



HAL
open science

Des manifestations du pluralisme juridique en France

Sabine Lavorel

► **To cite this version:**

Sabine Lavorel. Des manifestations du pluralisme juridique en France. Droit. Université Pierre Mendès-France - Grenoble II, 2007. Français. NNT : 2007GRE21027 . tel-01067065

HAL Id: tel-01067065

<https://theses.hal.science/tel-01067065v1>

Submitted on 22 Sep 2014

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.

UNIVERSITÉ PIERRE MENDÈS FRANCE - GRENOBLE II
FACULTÉ DE DROIT

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit public

**DES MANIFESTATIONS
DU PLURALISME JURIDIQUE EN FRANCE**

L'ÉMERGENCE D'UN DROIT FRANÇAIS DES MINORITÉS NATIONALES

par
Sabine LAVOREL

Thèse soutenue publiquement le 10 décembre 2007

Jury de soutenance

Monsieur Joël-Pascal BIAYS †, Professeur à l'Université Grenoble II
Directeur de recherche

Monsieur Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Professeur à l'Université Bordeaux IV
Rapporteur

Monsieur Alexandre VIALA, Professeur à l'Université Montpellier I
Rapporteur

Monsieur Jean-Marie PONTIER, Professeur à l'Université Paris I

Monsieur Marcel-René TERCINET, Professeur à l'Université Grenoble II
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Grenoble

UNIVERSITÉ PIERRE MENDÈS FRANCE - GRENOBLE II
FACULTÉ DE DROIT

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit public

**DES MANIFESTATIONS
DU PLURALISME JURIDIQUE EN FRANCE**

L'ÉMERGENCE D'UN DROIT FRANÇAIS DES MINORITÉS NATIONALES

par
Sabine LAVOREL

Thèse soutenue publiquement le 10 décembre 2007

Jury de soutenance

Monsieur Joël-Pascal BIAYS †, Professeur à l'Université Grenoble II
Directeur de recherche

Monsieur Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Professeur à l'Université Bordeaux IV
Rapporteur

Monsieur Alexandre VIALA, Professeur à l'Université Montpellier I
Rapporteur

Monsieur Jean-Marie PONTIER, Professeur à l'Université Paris I

Monsieur Marcel-René TERCINET, Professeur à l'Université Grenoble II
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Grenoble

REMERCIEMENTS

L'exercice des remerciements est sans doute l'un des plus délicats qui soient. Il paraît inévitablement convenu à celles et ceux qui le lisent mais n'en demeure pas moins essentiel, en ce qu'il témoigne d'une dette dont il est souvent difficile de pleinement s'acquitter.

Il est d'usage, à cet égard, de remercier en premier lieu le directeur de thèse pour son soutien, ses conseils et son rôle conducteur. C'est avec une vive émotion que je réserve ici cette première place à Monsieur le Professeur Joël-Pascal Biays, qui a suivi et encadré le cheminement de ma réflexion pendant six ans, avec le dynamisme et l'implication qui lui étaient si caractéristiques. Sa disparition prématurée laisse cette thèse orpheline ; il est certain qu'elle aurait eu une autre couleur s'il n'en avait été le directeur.

Je tiens ensuite à remercier Monsieur le Professeur Pierre Noreau pour m'avoir accueillie au sein du Centre de Recherche en Droit Public (CRDP) de l'Université de Montréal entre janvier et avril 2004. L'hospitalité de son équipe de recherche et la disponibilité dont il a lui-même fait preuve ont pleinement contribué à l'intérêt de mon séjour au Québec, qui n'aurait au reste pas été possible sans le financement du Ministère délégué à la Recherche et aux Nouvelles technologies.

J'adresse également mes remerciements les plus vifs à Madame la Professeure Andrée Lajoie et à Monsieur le Professeur Jean Leclair de l'Université de Montréal, pour leurs éclairages sur le pluralisme juridique au Canada et leurs observations sur ce qui n'était alors qu'une ébauche.

S'il est une dette dont je ne pourrai sans doute jamais me libérer, c'est celle qui me lie à Elisabeth et à Hafida. Qu'elles reçoivent ici ma plus profonde reconnaissance, Elisabeth pour avoir initié ce travail, Hafida pour avoir permis son aboutissement.

Merci également à Christelle et à Sébastien pour leur soutien constant au cours de ces longs mois de rédaction, ainsi qu'à Aude, Cédric, Emilie, Ludovic et Oriane pour le temps et l'attention qu'ils ont consacrés à la relecture de ce manuscrit.

A mes parents enfin, et à Jean-Christophe sans qui, à plus d'un titre, cette thèse n'existerait pas.

A Jean-Christophe

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises
dans cette thèse. Ces opinions doivent être
considérées comme propres à leur auteur.*

TABLE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AC	Avis consultatif
ADRAF	Agence de Développement Rural et d'Aménagement Foncier
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AG	Assemblée Générale des Nations Unies
AIJC	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
al.	alinéa
Ann.	Annuaire
APD	Archives de Philosophie du Droit
art.	article(s)
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de Cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CESDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
civ.	civil
cf.	confer
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
CG3P	Code Général de la Propriété des Personnes Publiques
chron.	Chronique
CIJ	Cour Internationale de Justice
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
Coll.	Collection
com.	commercial
COM	Collectivité d'outre-mer
Concl.	Conclusions
cons.	considérant(s)
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
crim.	criminel
CURAPP	Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie
dir.	(sous la) direction
doc.	document(s)

DOM	Département d'outre-mer
DROM	Département / Région d'outre-mer
éd.	édition
fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GDPL	Groupement de droit particulier local
JCP	JurisClasseur Périodique (La Semaine juridique)
JCP-ACT	JurisClasseur Périodique - Administrations et Collectivités territoriales
JDI	Journal du Droit International
JORF Débats	Journal Officiel des Débats parlementaires
JONC	Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie
JOPF	Journal Officiel de la Polynésie française
JORF	Journal Officiel de la République Française
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Leb.	Recueil Lebon
LOOM	Loi d'orientation pour l'outre-mer
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
OIT	Organisation Internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	ouvrage précité
ORIHs	Observatoire des Relations Internationales dans l'Hémisphère Sud
OSCE	Organisation sur la Sécurité et la Coopération en Europe
p.	page
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PUN	Presses Universitaires de Nancy
RA	Revue Administrative
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
RCS	Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada
RDP	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger
Rec.	Recueil
Req.	Requête
Rés.	Résolution
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RFFP	Revue Française de Finances Publiques
RFSP	Revue Française de Science Politique
RGCT	Revue Générale des Collectivités Territoriales

RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RIEJ	Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJPEF	Revue Juridique et Politique des Etats francophones
RJPIC	Revue Juridique et Politique. Indépendance et Coopération
RJPOM	Revue Juridique et Politique d'Outre-Mer
RJPUF	Revue Juridique et Politique de l'Union française
RRJ	Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RUDH	Revue Universelle des Droits de l'Homme
s.	suivant(e)s
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des Conflits
TOM	Territoire d'outre-mer
Trib.	Tribunal
UE	Union Européenne

INTRODUCTION

En 1980, devant le Sénat qui discute de l'adoption de la loi autorisant la ratification par la France du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Ministre des Affaires étrangères affirme sans ambages que « l'article 27 [de ce Pacte] ne s'applique qu'aux Etats où il existe des minorités. Or, tel n'est pas le cas de la France puisque les principes fondamentaux de notre droit public [...] interdisent les distinctions entre citoyens en fonction de leur origine, de leur race, de leur religion »¹. Cette position, constamment réitérée par les différents gouvernements français, quelle que soit leur orientation politique, est sans ambiguïté. Elle récuse l'existence, sur le territoire national, de groupes susceptibles de se prévaloir de la qualification de minorités. Dans ce cadre, l'étude du droit des minorités nationales en France paraît sans objet.

Les faits, pourtant, témoignent d'une réalité socioculturelle bien différente. L'observation de la population française révèle en effet l'existence de cultures locales et de diversités régionales. La population nationale n'est pas ce bloc monolithique que semble désigner le Conseil constitutionnel lorsqu'il consacre l'unicité du peuple français². Elle rassemble au contraire divers groupes qui se sont dénommés ou révélés *de facto* comme des minorités nationales³, qu'il s'agisse de minorités métropolitaines (Alsaciens-Mosellans, Basques, Bretons, Catalans, Flamands, Corses, Occitans⁴) ou

¹ *JORF Débats Sénat*, 17 juin 1980, p. 2765. L'article 27 du Pacte prévoit en effet 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 ».

² Dans sa décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, le Conseil constitutionnel indique en effet que « la Constitution ne connaît qu'un seul peuple ; et ce peuple est composé de citoyens, c'est-à-dire d'individus indifférenciés » (*Rec.*, p. 40). Voir PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *Revue des sciences administratives de la Méditerranée orientale*, n° 31, 1990, pp. 141-151.

³ Le dénombrement des minorités s'avère difficile, dans la mesure où le recensement de la population française au regard de critères d'origine, de race ou de religion est contraire à l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. Ainsi, les opérations de recensement réalisées en 2004 en Nouvelle-Calédonie n'ont comporté aucune question relative à l'appartenance ethnique, contrairement aux précédents recensements qui rendaient compte de la composition ethnique de la population calédonienne. Ce débat s'est trouvé récemment ravivé par plusieurs propositions tendant à l'instauration d'un « comptage ethnique » destiné à « mesurer la diversité des origines » dans les administrations et les entreprises (en ce sens, voir le rapport de FAUROUX (Roger), *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Paris, Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, 2005, pp. 20-24). Ces initiatives n'ont jusqu'ici pas eu de suite (MONTVALON (Jean-Baptiste de), VAN EECKHOUT (Laetitia), « La France résiste au comptage ethnique », *Le Monde*, 2 juillet 2006). Par suite, les chiffres fournis ici ne constituent que des évaluations non officielles.

⁴ Les minorités métropolitaines présentent un caractère essentiellement linguistique, ce qui permet d'en donner une évaluation quantitative fondée sur le nombre de locuteurs. Ainsi, en adoptant le critère de la langue parlée, on peut dénombrer près d'un million d'Alsaciens, 600 000 Bretons, plus de 200 000

ultra-marines (Amérindiens et Noirs-réfugiés de Guyane ¹, Créoles des Antilles et de la Réunion ², Kanaks ³, Polynésiens ⁴, Wallisiens ⁵, Mahorais ⁶). Dès lors, la conception unitaire de l'Etat et du peuple français se heurte à la volonté de ces groupes de « construire, de composer et de recomposer leur identité, selon leur propre système de normalisation et de signes d'appartenance, sans entrave émanant de l'ordre juridique étatique » ⁷.

Les manifestations identitaires de ces différentes minorités nationales de fait sont extrêmement disparates : leur nature et leur ampleur varient en fonction des prétentions affichées par chaque groupe. Si certaines minorités présentent uniquement des revendications d'ordre socio-économique, d'autres pourront avoir des exigences politiques, voire territoriales. Pour autant, tous ces groupes minoritaires n'en gardent pas moins un objectif commun : la transposition de leurs revendications en termes juridiques. Cette « mobilisation politique du droit » ⁸ par les minorités nationales peut

Catalans, 200 000 Basques, 180 000 Corses et 80 000 Flamands (évaluations du Ministère de la Culture). En outre, un peu plus de 500 000 personnes parlent l'occitan (BISTOLFI (Robert), « Enjeux occitans face à la décentralisation », *Confluences Méditerranée*, n° 49, printemps 2004, p. 176).

¹ Sur les 157 000 habitants de Guyane, on dénombre environ 5 000 Amérindiens répartis en six ethnies et 4 000 Noirs-réfugiés (ou Noirs-marrons) descendants des anciens esclaves noirs, répartis en quatre ethnies. Ces différentes communautés ont conservé leurs coutumes et leurs structures sociales, qui fondent un fort sentiment d'appartenance ethnique. Voir ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDJ*, 1996, p. 1616.

² Les minorités créoles sont des minorités linguistiques dont la langue s'est formée aux XVI^e et XVII^e siècles par mixage entre le français et les langues des esclaves noirs importés dans les colonies. On dénombre aujourd'hui près de 380 000 locuteurs en Martinique, 425 000 en Guadeloupe et 600 000 à la Réunion, mais également quelques milliers en Guyane et en Nouvelle-Calédonie. Les langues créoles présentent peu de similitudes entre elles, dans la mesure où les esclaves des différentes colonies étaient d'origines diverses. Voir CHAUDENSON (Robert), « Les langues créoles », *La Recherche*, n° 248, 1992, pp. 1248-1252.

³ Selon le recensement de septembre 2004, plus de 230 000 personnes résident en Nouvelle-Calédonie ; 27 756 personnes relèvent du statut coutumier (décret n° 2005-807 du 18 juillet 2005, *JORF*, 20 juillet 2005, p. 11800). Le recensement précédent, réalisé en avril 1996, indiquait que 44 % de la population néo-calédonienne, qui comptait alors près de 197 000 habitants, était d'origine mélanésienne (décret n° 96-1084 du 11 décembre 1996, *JORF*, 13 décembre 1996, p. 18268).

⁴ Le recensement de 2002 a dénombré plus de 245 000 habitants en Polynésie française (décret n° 2003-725 du 1^{er} août 2003, *JORF*, 5 août 2003, p. 13 481) ; plus de 80 % de cette population est d'origine polynésienne (GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 2)

⁵ La population de Wallis et Futuna s'est établie à près de 15 000 habitants au recensement de juillet 2003 (décret n° 2004-316 du 29 mars 2004, *JORF*, 31 mars 2004, p. 6208). Plus de 85 % des habitants sont natifs du territoire et 10 % natifs de Nouvelle-Calédonie (statistiques du Ministère de l'outre-mer).

⁶ Le dernier recensement de juillet 2002 révèle une population totale à Mayotte d'un peu plus de 160 000 habitants (décret n° 2003-32 du 9 janvier 2003, *JORF*, 12 janvier 2003, p. 696), dont près de 60 % de Mahorais. Cette population mahoraise connaît une spécificité religieuse (95 % des Mahorais sont musulmans) doublée d'une spécificité linguistique (la proportion de Mahorais parlant français est estimée, au plus, à 25 %). Voir BONNELLE (François) dir., *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Rapport au Secrétaire d'Etat à l'Outre-mer, Paris, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 1998, p. 15.

⁷ OTIS (Ghislain), « La tolérance comme fondement et limite de droits identitaires autochtones », in DUMOUCHEL (Paul), MELKEVIK (Bjarne) dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 98.

⁸ Selon Pierre Noreau et Elisabeth Vallet, la « mobilisation politique du droit » par les minorités revêt trois aspects : la reconnaissance de droits, l'exercice de droits et le respect des droits (NOREAU (Pierre), VALLET (Elisabeth), « Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de

alors se traduire par une exigence de non-discrimination, par la réclamation de droits différenciés, voire par la prétention à l'autonomie normative – dans tous les cas, par l'aspiration à bénéficier de règles spécifiques dont la coexistence avec les règles de droit commun est constitutive d'un phénomène de pluralisme juridique.

Confronté à ces revendications juridiques, l'Etat a dû entreprendre une difficile conciliation entre le respect des différences et la protection des droits fondamentaux, entre la reconnaissance de droits singuliers et l'application du principe d'égalité, entre la consécration d'un droit à l'identité et la sauvegarde de l'unité nationale. Cette évolution s'est traduite par l'élaboration progressive d'un « droit de la différence »¹ aux contours d'autant plus incertains que le discours officiel des autorités publiques à l'égard des minorités ne s'est pas modifié. Ce refus affiché de reconnaître l'existence de minorités nationales en France ne cache toutefois pas « les ambivalences d'un système juridique interne qui aménage subrepticement des recompositions afin d'adapter les règles de droit aux situations géographiques, culturelles et communautaires particulières »². L'adoption d'un statut octroyant une autonomie politique sans précédent à la Nouvelle-Calédonie en 1998, la révision du statut de Mayotte en 2001, l'accentuation de la différenciation statutaire de la Corse en 2002, la révision constitutionnelle renforçant la décentralisation en 2003 ou la réforme du statut d'autonomie de la Polynésie française en 2004 ne sont que des exemples récents de ce mouvement continu vers un pluralisme juridique qui n'est lui-même que la traduction du pluralisme socioculturel de la population française. Face à la multiplication des réformes, il est temps de s'interroger sur la portée que ces dernières peuvent avoir sur la structure, le contenu et les fondements du droit public français.

Ce mouvement – ébauché mais encore fragile – de redéfinition des rapports entre l'Etat et les minorités nationales présente en effet deux enjeux autour desquels se joue l'avenir de la République « indivisible, laïque, démocratique et sociale »³. Il s'agit, dans un premier temps, de reconnaître l'existence de collectivités minoritaires sans remettre en cause l'unité de l'État, par l'affirmation d'un droit au pluralisme (I). Cette institutionnalisation des diversités socioculturelles pourra alors se traduire, dans un second temps, par une évolution de la régulation juridique désormais fondée sur le pluralisme du droit (II).

mobilisation politique du droit », in NOREAU (Pierre), WOEHLING (José) dir., *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, pp. 55-77).

¹ Le Professeur Koubi définit le droit de la différence comme « une forme de gestion des relations entre l'individu, le groupe et l'Etat, [qui] découle du pouvoir dont dispose le législateur de nuancer les applications du principe d'égalité, la différence de situation emportant la différence de traitement » (Koubi (Geneviève), « Droit et minorité dans la République française », in FENET (Alain), Koubi (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001, pp. 296-297).

² Koubi (Geneviève), *op. cit.*, p. 354.

³ Aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

I. LE DROIT AU PLURALISME

C'est à partir des années 1970 qu'émerge en France un courant identitaire au niveau local, qui prend la forme d'un régionalisme dont l'objectif, pour les collectivités concernées, est « d'assurer et de préserver les spécificités caractéristiques du territoire sur lequel elles sont établies »¹. Se constituent alors un certain nombre de mouvements visant à réhabiliter les langues et cultures minoritaires et à affirmer l'existence d'identités régionales² ; ces revendications trouvent un écho particulier en outre-mer, notamment dans les Antilles où différents courants fondés sur la « créolité » apparaissent. La multiplication de ces mouvements identitaires se traduit alors par une prise de conscience de la diversité culturelle de la société nationale : l'unité proclamée du peuple français est ébranlée par le constat inévitable de l'existence de cultures minoritaires refusant leur assimilation à la culture dominante³.

Ces prétentions identitaires ne relèvent pas, à l'évidence, du domaine du droit. Toutefois, dans la mesure où l'identité est présentée par les groupes minoritaires « comme une valeur à protéger ou comme une conquête à assurer »⁴, leurs revendications appellent une réponse de l'Etat et finissent, dans certains cas, par avoir une traduction juridique. Cette juridicisation demeure toutefois incertaine : bien que le respect du pluralisme soit consacré comme l'une des caractéristiques des sociétés ouvertes⁵ et l'une des conditions de la démocratie⁶, la reconnaissance des diversités

¹ WEBERT (Francine), *Unité de l'Etat et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse de doctorat, Université Nancy II, 1997, p. 104.

² Ces initiatives, qui s'accroissent avec le mouvement de décentralisation de 1982-1983 et l'affirmation d'une Europe des régions, concordent parfois avec des mouvements nationalistes ou autonomistes. Néanmoins, de manière générale, les régionalistes ne revendiquent pas une part de souveraineté mais souhaitent une prise en considération juridique de leurs spécificités culturelles. A cet égard, voir GUILLOREL (Hervé), « *Mouvements régionalistes* », in SIRINELLI (Jean-François) dir., *Dictionnaire historique de la vie politique française au XX^e siècle*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2003, pp. 835-839. Pour un panorama des mouvements régionalistes, autonomistes et indépendantistes en France, voir CHARTIER (Erwan), LARVOR (Ronan), *La France éclatée, Régionalisme, autonomisme, indépendantisme*, Spézet, Coop Breizh, 2004, 348 p.

³ La notion de culture est particulièrement difficile à définir en raison de sa subjectivité (en ce sens, voir PONTIER (Jean-Marie), RICCI (Jean-Claude), BOURDON (Jacques), *Droit de la culture*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, pp. 5-7). Une acception large peut être retenue ici, à l'instar de celle avancée par la Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, adoptée par l'UNESCO en 1982 : « la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeur, les traditions et les croyances ».

⁴ PONTIER (Jean-Marie), « Les données juridiques de l'identité culturelle », *RDP*, 2000, p. 1277.

⁵ Les sociétés ouvertes, que le philosophe autrichien Karl Popper oppose aux sociétés closes ou tribales, supposent l'existence d'un débat public fondé sur la libre expression des diverses opinions, qui implique elle-même la protection des libertés d'association, de réunion ou encore de la presse (POPPER (Karl), *La société ouverte et ses ennemis*, tome 2, Paris, Seuil, 1979, p. 149). Voir également RESZLER (André), *Le pluralisme. Aspects théoriques et historiques des sociétés ouvertes*, Genève, Georg Eshel Editeur, 1990, pp. 51-65.

⁶ L'expression est empruntée au juge constitutionnel français (CC, décisions n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Rec.*, p. 141 ; et n° 89-283 DC du 11 janvier 1990, *Rec.*, p. 141) mais le lien insécable

ethniques, linguistiques, religieuses ou culturelles rencontre une réelle résistance de la part des autorités nationales. Le développement d'identités culturelles spécifiques heurte en effet les structures étatiques peu favorables à l'expression de cultures locales, dans la mesure où ces cultures induisent une différenciation territoriale, voire ethnique, qui va à l'encontre de l'unité du territoire et de la population nationale. Il met en jeu deux logiques apparemment contradictoires : celle des minorités qui revendiquent la reconnaissance et la protection de leurs particularismes et celle de l'Etat qui recherche l'adhésion à un modèle culturel national¹.

Ainsi, la diffusion des revendications de groupes minoritaires dans le cadre de l'Etat unitaire français soulève deux questions indissociables. La première, centrée sur la diversité de ces groupes et de leurs aspirations, est relative à l'expression multiforme des minorités nationales (A). La seconde porte en revanche sur les réponses ambiguës de l'Etat face à ces revendications identitaires et concerne la reconnaissance équivoque des minorités nationales (B).

A. L'expression multiforme des minorités nationales

En dépit du développement des mouvements minoritaires, il n'existe actuellement aucune définition universelle de la notion de minorité². Plusieurs tentatives ont été faites en ce sens dans le cadre des Nations Unies³ mais aucune d'entre elles n'a trouvé de traduction juridique positive. De nombreuses conventions et résolutions internationales désignent le phénomène minoritaire sans le qualifier, contournant ainsi l'impossibilité de réunir l'accord des Etats sur une définition opératoire. La Déclaration internationale des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée par l'Assemblée

entre démocratie et pluralisme a également été rappelé à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme (voir notamment CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et alii c. Turquie*, Rec., I, § 43, commenté in SUDRE (Frédéric) et al., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 4^{ème} éd., 2007, pp. 58-71 ; CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, AJDA, 2002, p. 52, note F. Julien-Laferrière).

¹ En France, l'unité de l'Etat est fondée autour d'une culture nationale homogène, ce qui distingue le modèle français d'autres modèles, à l'exemple de l'Espagne, construits autour d'une pluralité de cultures.

² Le constat en est fait par tous les auteurs ayant étudié la question des minorités, notamment FENET (Alain), KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001, p. 17 ; ROULAND (Norbert), PIERRE-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, pp. 218-219 ; RIGAUX (François), « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, n° 30, avril-juin 1997, pp. 155-175.

³ Voir notamment le mémorandum du Secrétaire général de l'ONU du 27 décembre 1949 intitulé « Définition et classification des minorités » (Doc. E/CN.4/sub.2/85), le rapport de Francesco Capotorti de 1977 (Doc. E/CN.4/sub.2/384/Rev.1), le rapport de Jules Deschênes de 1985 (Doc. E/CN.4/sub.2/1985/31) et le rapport d'Asbjorn Eide de 1992 (Doc. E/CN.4/sub.2/1993/34).

Générale de l'ONU le 18 décembre 1992¹, ne propose elle-même aucune définition, ni aucun mode de détermination de l'appartenance à une minorité. Cette lacune des textes internationaux est souvent justifiée par « l'impossibilité de s'entendre sur les expressions à utiliser et les catégories de groupes à inclure dans la notion »² : l'hétérogénéité des phénomènes minoritaires excuserait l'inaptitude des États et des organisations internationales à donner une formulation juridique générale et abstraite de la notion de minorité³. Bien que nombre d'auteurs s'accordent pour affirmer que cette explication s'apparente plus à un prétexte qu'à une réelle justification⁴, force est néanmoins de constater que les minorités nationales, y compris dans le cas français, présentent des spécificités diverses (1) et des revendications graduelles (2).

1. Des spécificités diverses

Cette « mission impossible »⁵ que constitue la définition d'une minorité s'avère pourtant nécessaire au regard des enjeux que présente une définition ayant force de droit, en termes de reconnaissance et de protection des collectivités minoritaires. La qualification juridique des minorités permettrait en effet de les distinguer nettement d'autres phénomènes communautaires – tels que les regroupements de populations immigrées ou réfugiées – qui n'ont pas les mêmes objectifs⁶. La détermination

¹ AG Rés. 47/135, reproduite in *RGDIP*, 1993, pp. 500-502.

² BOKATOLA (Isse Omanga), « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques », *RGDIP*, 1993, p. 749.

³ Le mémorandum du Secrétaire général des Nations Unies du 27 décembre 1949 explique ainsi la difficulté à donner une définition précise de la notion de minorité par le fait que celle-ci englobe des éléments trop nombreux et trop volatils pour être généralisables (Doc. E/CN.4/sub.2/85, p. 10). L'argument est repris par la doctrine, qui affirme que « l'infinie variété des situations minoritaires apparaît comme un défi à toute systématisation théorique » (SOULIER (Gérard), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 626)

⁴ « De fait, si un consensus n'a pu se réaliser en droit positif sur une définition univoque, cela tient plus au refus de certains États de reconnaître en soi ce qu'ils considèrent comme des nations à part entière [...], que d'une réelle divergence quant à la signification du phénomène minoritaire » (ROULAND (Norbert), PIERRE-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *op. cit.*, p. 238). Les États craignent en effet qu'une définition juridique ne favorise l'institutionnalisation de minorités qui remettraient en cause la stabilité politique nationale en revendiquant notamment l'application, à leur encontre, de règles dérogatoires au droit commun. Voir KOUBI (Geneviève), « L' "entre-deux" des Droits de l'Homme et des droits des minorités : "un concept d'appartenance" ? », *RTDH*, n° 18, avril-juin 1994, p. 180.

⁵ RIGAUX (François), « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, n° 30, avril-juin 1997, pp. 155-175.

⁶ La question des minorités immigrées pourrait faire l'objet d'une étude approfondie sous l'angle du pluralisme juridique, qui constituerait à l'évidence un complément intéressant à la recherche menée ici. Une telle étude s'avérerait toutefois fort délicate eu égard aux enjeux politiques et à l'acuité du débat public que suscite la question de l'immigration. Elle aboutirait d'ailleurs à des conclusions pour le moins différentes, tant il est vrai que les différences ne sont pas appréhendées à égalité par la population française : « si l'opinion publique savait – mais elle l'ignore – que le droit musulman peut à Mayotte régir des citoyens français, elle s'en soucierait beaucoup moins que de l'éventuelle application du même droit en métropole » (ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, pp. 164-166).

précise de la notion de minorité permettrait par ailleurs de rendre les mécanismes de protection existants véritablement effectifs en identifiant clairement les titulaires des droits reconnus aux minorités, voire d'instituer de nouveaux régimes juridiques de protection mieux adaptés aux conditions de vie des minorités considérées¹.

La définition doctrinale la plus complète a été proposée par le Professeur Capotorti, rapporteur spécial pour les questions minoritaires au sein de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, rattachée à la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies. Aux termes de l'étude présentée en 1977, une minorité est un « groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres – ressortissants de l'État – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue »². La première observation sur cette définition est qu'elle envisage la minorité comme un « groupe ». L'utilisation de ce terme pourtant neutre a été critiquée : certains préféreraient recourir à la notion de « communauté »³, qui insiste davantage sur la solidarité animant toute minorité⁴. Si la jurisprudence internationale semble conforter cette position par l'emploi des termes « communauté » et « minorité nationale » comme synonymes⁵, cette querelle sémantique paraît inutile sur le plan juridique. En effet, si l'emploi des termes « groupe », « communauté » ou encore « collectivité », n'est pas neutre sur le plan politique puisqu'ils reflètent différents degrés d'institutionnalisation, il n'emporte en revanche aucune conséquence juridique puisqu'aucun droit spécifique n'est lié au « groupe », pas plus qu'à la « communauté » ou qu'à la « collectivité ». Dès lors, ces différents termes peuvent être utilisés comme synonymes.

¹ Sous réserve que « si une définition abstraite de la notion de minorité peut être d'une grande utilité, il ne faut pas la considérer comme un préalable à l'établissement d'une protection des minorités » (BOKATOLA (Isse Omanga), « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques », *RGDIP*, 1993, p. 749).

² CAPORTORTI (Francesco), *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 24 juin 1977, p. 102 (E/CN.4/sub.2/384/Rev.1).

³ En ce sens, voir BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 343.

⁴ Une communauté peut être définie comme un « groupe social dont les membres vivent ensemble, ou ont des biens, des intérêts communs » (*Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, v° Communauté). Sur les différents sens du concept de communauté, voir COTTERRELL (Roger), « A Legal Concept of Community », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 75-92.

⁵ Voir l'avis consultatif de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) du 31 juillet 1930 relatif aux communautés gréco-bulgares : « Le critérium de la notion de communauté [...] est l'existence d'une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnés, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres, et unies par l'identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions dans un sentiment de solidarité, à l'effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément au génie de leur race et de s'assister mutuellement » (CPJI, AC, *Série B*, n° 17, p. 21). Si cette définition s'applique formellement à la « communauté », la similitude avec la définition doctrinale de la « minorité » est notable.

Au-delà de la notion de groupe, la définition présentée par Francesco Capotorti combine des éléments objectifs – l’infériorité numérique, la position non dominante, le rattachement à un État et la spécificité fondée sur des caractéristiques ethniques, religieuses, linguistiques ou culturelles – et des éléments subjectifs – le sentiment de solidarité des membres du groupe et la volonté de préserver l’identité minoritaire. Ces éléments cumulatifs, désormais adoptés par la grande majorité de la doctrine, appellent quelques remarques. Les deux premiers critères mentionnés dans la définition introduisent une perspective dépréciative inhérente au terme même de minorité : quantitativement, une minorité constitue une collectivité numériquement moins étendue que la collectivité de référence, généralement la communauté nationale ; qualitativement, l’appartenance à une minorité s’accompagne souvent d’un statut économique, social ou politique défavorisé¹. Ces critères peuvent toutefois être dissociés : un groupe majoritaire en termes numériques mais soumis à la domination d’un autre groupe pourra, du fait de cette soumission et du statut défavorisé qui en découle, être considéré comme minoritaire². Le déterminant quantitatif n’est donc pas absolu : plus que d’une situation d’infériorité numérique, « la notion de minorité se déduit de la situation de soumission ou d’infériorité dans laquelle se trouvent certains groupes sociaux, communautés ou collectivités, en face des pouvoirs publics dans tout État »³.

Apparaît ainsi le troisième élément de définition d’une minorité : le rapport à l’État. En effet, la position non dominante d’un groupe minoritaire ne s’évalue pas uniquement en termes sociaux mais présente un aspect politique, dans la mesure où « les minorités ne peuvent être situées que dans le cadre d’un État donné. Quand bien même elles seraient pensées sous la forme de groupes sociaux particuliers, plus ou moins homogènes, la prise en considération des différences, souvent d’ordre culturel, relève d’actions positives (ou négatives) des pouvoirs publics, donc nécessairement de l’État »⁴. Dès lors, les membres d’un groupe minoritaire doivent être ressortissants de l’État où ils vivent⁵ ; cette condition, qui peut paraître contestable⁶, permet de

¹ Pour insister sur la position ou le statut défavorisé d’un groupe, qu’il soit numériquement minoritaire ou non, certains auteurs utilisent le néologisme de « groupe minorisé ». En ce sens, voir LAJOIE (Andrée), *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, pp. 25-26.

² A ce titre, la population noire d’Afrique du Sud durant l’apartheid constituait la majorité numérique de la population sud-africaine mais se trouvait en situation de minorité du fait de la domination politique qu’elle subissait. Des situations similaires ont pu être observées également au Proche-Orient dans le dernier quart du XX^e siècle (voir BIAYS (Joël-Pascal), *La protection des minorités dans les pays arabes du Proche-Orient*, Mémoire non publié, Université de Nice, Institut du Droit de la Paix et du Développement, 1979, p. 8).

³ KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), « Peuple autochtone et minorité dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », *RIEJ*, n° 45, 2000, p. 6.

⁴ *Ibid.*

⁵ Ainsi, la jurisprudence internationale impose traditionnellement que les membres d’une minorité aient la nationalité de l’État sur le territoire duquel ils sont établis (CPJI, AC, 15 septembre 1923, *Acquisition de la nationalité polonaise*, Série B, n° 7, pp. 16-17).

⁶ Le Professeur Koubi indique, à juste titre, que toute étude sur le concept de minorité ne devrait pas susciter d’interrogation sur la nationalité, dans la mesure où une telle étude concerne « les groupes de

distinguer leur situation de celle de personnes appartenant à des groupes sans allégeance politique avec l'État concerné, tels que les réfugiés, les apatrides, les bénéficiaires d'asile politique ou les étrangers séjournant sur le territoire de l'État.

Enfin, le dernier critère objectif d'appartenance à une minorité repose sur la possession de caractéristiques ethniques, religieuses, linguistiques ou culturelles¹. Ces caractéristiques identitaires sont de nature collective : il ne s'agit pas de traits purement individuels mais de spécificités communes, qui fondent l'identité du groupe et différencient ses membres des autres membres de la communauté nationale². Ainsi, l'identité minoritaire ne se définit que par référence à des spécificités, qu'elles soient de nature culturelle, religieuse, linguistique ou ethnique³ : comme l'indique le Professeur Koubi, « les minorités sont captées dans le discours du droit par le mécanisme différentiel des épithètes [...]. Il n'existe pas de minorités sans épithète : les minorités sont culturelles, historiques, linguistiques, religieuses – quand elle ne sont pas dites ethniques [...] en référence justement à l'une de ces qualités »⁴. Cette singularisation des populations minoritaires s'oppose, à l'évidence, aux thèses libérales qui privilégient la protection des libertés individuelles et des droits fondamentaux, et réfutent toute discrimination des individus fondée sur des appartenances réelles ou supposées⁵. Elle permet cependant de désigner précisément les collectivités bénéficiant, le cas échéant, d'une protection juridique internationale ou constitutionnelle ; cette identification paraît nécessaire dans la mesure où « il est difficile mais possible de protéger des minorités clairement identifiées, il est impossible de garantir *juridiquement* la protection de toute minorité quelconque »⁶.

populations distincts présentant des traditions ou caractéristiques culturelles, sans que soient remises en cause la nationalité et la citoyenneté de ces groupes comme des individus qui les composent » (KOUBI (Geneviève), « L'«entre-deux» des Droits de l'Homme et des droits des minorités : “un concept d'appartenance” ? », *RTDH*, n° 18, avril-juin 1994, pp. 181-182). Dans cette perspective, la référence à la nationalité comme critère d'appartenance à une minorité ne semble devoir concerner que les minorités qualifiées de nationales.

¹ La référence à des critères ethniques, culturels, religieux ou linguistiques contribue à distinguer les minorités structurelles dont il est question ici, de deux autres phénomènes minoritaires : d'une part les « minorités politiques », qui prennent généralement le titre d'« opposition » et peuvent espérer, dans un système démocratique représentatif, exercer le pouvoir après de nouvelles élections, d'autre part les « minorités sociales » qui, selon la terminologie utilisée par le Professeur Lajoie, regroupent indistinctement les communautés homosexuelles et les femmes (LAJOIE (Andrée), *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, p. 33 et s).

² RIGAUX (François), « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, n° 30, 1997, p. 156.

³ Le terme « ethnique » semble pouvoir désigner l'ensemble des autres caractéristiques auxquelles il est ici fait référence. En effet, selon le doyen Ben Achour, « tous les facteurs spécifiques d'identification des minorités – la langue, la race, la religion, [la culture] – peuvent se ramener à l'ethnicité [...]. “Minorité ethnique” constitue, par conséquent, l'expression la plus large du fait minoritaire » (BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 348).

⁴ KOUBI (Geneviève), « L'«entre-deux» des Droits de l'Homme et des droits des minorités : “un concept d'appartenance” ? », *RTDH*, n° 18, avril-juin 1994, p. 186.

⁵ HAARSCHER (Guy), « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, pp. 231-234.

⁶ RIGAUX (François), *op. cit.*, p. 172 (les italiques figurent dans le texte original).

Il n'en demeure pas moins que ces qualifications fondées sur la culture, la religion, la langue ou même l'ethnie, paraissent quelque peu artificielles dans la mesure où elles créent des classifications arbitraires des minorités. Force est en effet de constater qu'en dépit de leur utilité théorique, ces « critères de distinction sont approximatifs, et s'interpénètrent en général »¹. L'épithète qui semble, dès lors, le plus adéquat pour regrouper les multiples traits constitutifs des collectivités minoritaires est celui de « national ». L'article 1^{er} de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, adoptée le 10 novembre 1994 par le Conseil de l'Europe, définit une minorité nationale comme « un groupe de personnes dans un État qui a) résident sur le territoire de cet État et en sont citoyens ; b) entretiennent des liens solides et durables avec cet État ; c) présentent des caractéristiques ethniques, culturelles, religieuses ou linguistiques spécifiques ; d) sont suffisamment représentatives, tout en étant moins nombreuses que le reste de la population de cet État ou d'une région de cet État ; e) sont animées de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité commune, notamment leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue »². Cette définition, qui se présente comme la première véritable définition conventionnelle de la notion de minorité, ne s'écarte pas fondamentalement de la définition doctrinale du Professeur Capotorti ; elle en précise toutefois certains éléments. La Convention-cadre pose ainsi comme critère d'appartenance à une minorité nationale les conditions cumulatives de résidence et de citoyenneté – là où la définition de l'ONU se limitait à la seule condition de nationalité. Ce renforcement des critères vise sans conteste à affermir le lien d'allégeance des minorités à l'État, justifiant ainsi l'ajout du qualificatif « national »³. En effet, alors que la nationalité se limite à établir un lien juridique entre l'État et l'individu, la citoyenneté emporte un certain nombre de droits (politiques, civils, sociaux, droit à être protégé) et d'obligations (obéissance aux lois, assujettissement à l'impôt, service national le cas échéant)⁴ qui s'appliquent donc

¹ BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 348.

² La Convention-cadre est reproduite in *RGDIP*, 1995, pp. 229-236. Sur cette convention, voir notamment TAVERNIER (Paul), « A propos de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *RGDIP*, 1995, pp. 385-402 ; KLEBES (Heinrich), « La convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales deux ans après son ouverture à la signature des Etats », *RTDH*, n° 30, avril-juin 1997, pp. 205-227.

³ L'utilisation de l'adjectif « national » est sémantiquement contestable dans la mesure où, en toute logique, les « minorités nationales » devraient regrouper des individus jouissant de la nationalité de l'État concerné, tandis que celles composées d'individus résidents et citoyens de l'État devraient être qualifiées de « minorités résidentes » ou « minorités citoyennes ». Cette imprécision sémantique a donné lieu à des interprétations doctrinales divergentes quant à la signification du terme « national ». Pour Bruno De Witte, une minorité est nationale lorsqu'elle aspire à la formation d'un Etat-nation (DE WITTE (Bruno), « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, p. 113). Pour Yadh Ben Achour, en revanche, « le caractère national ne provient pas de la tendance de telle ou telle minorité à vouloir être une nation, mais du fait que, par sa dimension et ses spécificités, telle minorité a une importance nationale, mérite une prise en charge particulière » (BEN ACHOUR (Yadh), *op. cit.*, p. 346).

⁴ CAPORAL (Stéphane), « Citoyenneté et nationalité en droit public interne », in KOUBI (Geneviève) dir., *De la citoyenneté*, Actes du colloque de Nantes, 3-5 novembre 1993, Paris, Litec, 1995, pp. 59-68.

aussi aux personnes appartenant à des minorités nationales ¹. En outre, la condition de résidence permet de territorialiser les collectivités minoritaires et, par suite, de renforcer encore le lien avec l'État dont le territoire est l'un des éléments constitutifs ². Enfin, l'exigence de « liens solides et durables » entre la minorité et l'État concerné pose une condition d'effectivité et de durée des relations qui ancre le groupe minoritaire dans le cadre national, contrairement à des populations immigrées ou réfugiées. Ainsi, la définition de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe paraît opératoire, dans la mesure où elle est assez large pour englober l'ensemble des phénomènes minoritaires, tout en étant assez restrictive pour écarter les phénomènes connexes.

La question reste toutefois posée pour le cas particulier des populations autochtones ³, que le rapport présenté aux Nations Unies en 1986 par José Martínez-Cobo définit comme les communautés qui, « liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires et parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques » ⁴. Le recours à cette définition conduit à identifier *de facto* cinq communautés autochtones parmi les différentes populations minoritaires françaises : les Amérindiens de Guyane, les Kanaks, les Mahorais, les Polynésiens et les Wallisiens-Futuniens, chacune de ces communautés étant elle-même composée de plusieurs groupes ou ethnies.

¹ FENET (Alain), « Citoyenneté et minorités », in KOUBI (Geneviève) dir., *op. cit.*, pp. 79-82.

² Cette condition de résidence est contestée par certains auteurs pour qui « la cohérence de la minorité ne présume pas le rassemblement de ses membres dans un même espace géographique, conditionnée qu'elle est par l'instauration de réseaux intellectuels assurant la préservation des modèles sociaux et des modes de transmission des valeurs agrégatives » (KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), « Peuple autochtone et minorité dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », *RIEJ*, n° 45, 2000, p. 7).

³ Le terme autochtone, d'étymologie grecque, se rapporte à tout individu ou tout groupe « qui est issu du sol même où il habite, qui est censé n'y être pas venu par immigration » (*Petit Robert*). Il est utilisé indistinctement avec deux termes d'origine latine, aborigène et indigène – bien que le premier paraisse spécialement usité pour désigner les peuples occupant l'Australie avant l'arrivée des colons, tandis que le second semble s'appliquer essentiellement aux populations d'outre-mer.

⁴ MARTINEZ-COBO (José), *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Vol. 5, New York, Nations Unies, 1987, § 379, p. 31 (Doc. E/CN.4/sub.2/1986/7/Rev.4). La définition proposée dans le rapport Martínez-Cobo fait figure de référence et semble même avoir acquis valeur coutumière. La Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), adoptée en 1989 et relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, avance une définition plus concise : certains peuples « sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles » (art. 1^{er}, al. 1^{er}, § b).

La situation de soumission et la revendication identitaire constituent des caractéristiques communes aux populations autochtones et aux minorités nationales, qui incitent une partie de la doctrine à intégrer la question autochtone dans la problématique minoritaire¹. Cependant, les peuples aborigènes réfutent eux-mêmes cette confusion, en insistant sur le caractère spécifique de leur relation avec le territoire ancestral, leur antériorité par rapport aux sociétés devenues dominantes par effet de la colonisation, et leur nature de peuple qui leur donnerait accès au droit à l'autodétermination². Les Professeurs Koubi et Schulte-Tenkhoff confirment cette position en affirmant que l'utilisation du terme minorité « ne peut, en aucun cas, permettre l'appréhension des systèmes sociaux et juridiques des peuples autochtones »³; l'assimilation des deux notions serait, selon elles, délibérément entretenue par les autorités étatiques et les organisations internationales, afin de gommer les spécificités propres aux Autochtones et de freiner leurs revendications indépendantistes en contrariant la mise en œuvre du droit à la libre disposition attaché traditionnellement à la notion de peuple⁴. En effet, le peuple est un concept porteur d'une vocation à constituer un État⁵, contrairement à la minorité qui ne se voit reconnaître aucun droit à l'autodétermination⁶. Ainsi, « user du terme de minorité [pour désigner les groupes autochtones] confirme le rejet d'une dénomination de ces groupes en tant que "peuples". Se révèlent la méfiance, la crainte, l'inquiétude des organisations internationales ou européennes et des gouvernements à l'égard des formes, des modalités, des processus d'institutionnalisation ou de structuration politique des collectivités intra-étatiques »⁷.

¹ Le Comité des droits de l'homme, institué par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, a considéré, dans l'affaire *Sandra Lovelace c. Canada* jugée le 30 juillet 1981, que la notion de minorité au sens de l'article 27 du Pacte englobait les populations autochtones (Communication n° 24/1977).

² Cette position a été confirmée lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en juin 1993 (Doc. A/Conf.157/7, 14 juin 1993, p. 6).

³ KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), « Peuple autochtone et minorité dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », *RIEJ*, n° 45, 2000, p. 7.

⁴ KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *op. cit.*, pp. 4-7.

⁵ Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré explicitement par la Charte des Nations Unies (art. 1^{er} § 2), peut se manifester par « la création d'un Etat nouveau indépendant, la libre association ou intégration avec un Etat indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple » (AG, Rés. 1514 (XV), 14 décembre 1960). En pratique, le bénéfice de ce droit à l'autodétermination a été limité aux peuples revendiquant leur indépendance et soumis à une domination coloniale, à une occupation étrangère ou à un régime raciste. Il est à noter que dans ce cadre, le Comité de décolonisation de l'ONU est toujours saisi du cas de la Nouvelle-Calédonie. Voir notamment GUILHAUDIS (Jean-François), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Grenoble, PUG, 1976, pp. 44-67.

⁶ Il est toutefois à noter que certains auteurs revendiquent la reconnaissance, pour toute minorité présentant les caractéristiques d'une nation, du bénéfice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (en ce sens, voir ERMACORA (Felix), « The Protection of Minorities Before the United Nations », *RCADI*, n° 182, 1983, p. 327).

⁷ KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), « Peuple autochtone et minorité dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », *RIEJ*, n° 45, 2000, p. 6.

Sans remettre en cause la pertinence de ces arguments, il faut toutefois remarquer que la question autochtone, comme la question minoritaire, relève précisément de la problématique générale de la reconnaissance juridique et politique de collectivités intra-étatiques. Cette similarité des enjeux justifie, dans une certaine mesure, l'assimilation doctrinale opérée entre populations autochtones et minoritaires, quelle que soit la diversité de leurs caractéristiques et de leurs modes d'identification. Cette association des deux concepts trouve une seconde justification si l'on considère le caractère relatif et évolutif de la notion de minorité. Prenant l'exemple des Catalans en Espagne, le Professeur Rigaux montre ainsi qu'à l'époque du centralisme instauré par le régime franquiste, les Catalans étaient considérés comme une minorité à l'intérieur de l'État national. En revanche, sous le régime actuel d'autonomie de la Catalogne, les Catalans se perçoivent non plus comme une minorité mais comme un peuple distinct des autres composantes du peuple espagnol : « le statut de minorité a été perçu par les Catalans comme le signe d'une phase intermédiaire pour l'acquisition des attributs d'un peuple »¹. Dès lors, une étude portant sur l'expression juridique des groupes infra-nationaux, sans considération particulière pour leurs traits distinctifs, ne peut légitimement séparer le sort des peuples autochtones de celui des minorités nationales. Leurs revendications respectives se caractérisent du reste bien plus par une différence de degré que par une différence de nature².

2. Des revendications graduelles

Les études d'anthropologie juridique montrent que les revendications des collectivités minoritaires et autochtones se polarisent essentiellement autour de la protection de l'identité collective d'un côté, et de la reconnaissance d'une certaine autonomie politique et territoriale de l'autre³.

La défense de l'identité du groupe se traduit par la volonté farouche de préserver la langue, la culture, la religion ou les pratiques spirituelles communes, mais aussi le droit du groupe – entendu comme l'ensemble des usages, coutumes et normes de conduite propres à la minorité. Les anthropologues ont en effet observé que les individus appartenant à une minorité obéissaient dans leur vie quotidienne à des normes spécifiques à leur groupe, engendrées en marge du droit étatique par le groupe minoritaire lui-même. Le droit international a confirmé cette observation, concernant

¹ RIGAUX (François), « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, n° 30, avril-juin 1997, p. 163.

² Un rapport présenté à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des Droits de l'homme de l'ONU en 2000 affirme ainsi que « les distinctions entre peuples autochtones et minorités sont maintenant davantage des questions de degrés » (DAES (Erica-Irène), EIDE (Asbjørn), *Le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, Document des Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/2000/10, 10 juillet 2000, p. 10).

³ Le constat en est fait par le Professeur Lajoie au terme de plusieurs études consacrées à l'intégration des valeurs de certaines minorités du Canada dans le droit de l'État. LAJOIE (Andrée), *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, pp. 45-60.

tout au moins les Autochtones, en leur reconnaissant la possibilité d'être « régis totalement ou partiellement par des coutumes ou traditions qui leur sont propres »¹. Cette protection internationale se trouve justifiée si l'on adopte le « postulat d'identité du droit indigène » développé par le Professeur Chiba², au terme duquel le droit produit par une population indigène – minoritaire ou autochtone – présente un caractère tout aussi culturel que prescriptif : tout en servant de normes de conduite, elles présentent une fonction d'identification au groupe. Ainsi, le droit joue un rôle culturel fondamental en participant directement à la définition et au maintien de l'identité du groupe.

Les normes traditionnelles ont donc une fonction identitaire qui justifie leur protection, au même titre que la langue, la culture ou la religion. Par suite, la revendication par la minorité d'un pluralisme juridique, c'est-à-dire du droit d'avoir un droit spécifique différent du droit commun, est tout aussi légitime que l'exigence d'un pluralisme linguistique, culturel ou religieux – le pluralisme juridique n'étant que la traduction, dans le droit, de l'existence de ces différents types de pluralisme social³. Dès lors, une minorité considérée sous l'angle du pluralisme juridique peut être utilement définie comme une communauté de « personnes acceptant de faire partie d'une société, mais estimant devoir échapper, en raison de leur appartenance à une autre société, à une partie du droit que la première entend leur imposer »⁴.

Les réclamations d'ordre territorial sont directement liées à la défense des spécificités identitaires. Le territoire est en effet perçu comme la source de l'autosuffisance économique indispensable à la survivance de la collectivité minoritaire ; il est également considéré comme l'assise d'un certain pouvoir politique nécessaire à l'expression et à la représentation de cette collectivité⁵. Il devient, de ce fait, l'objet de revendications visant à obtenir une certaine autonomie politique par rapport au pouvoir étatique. Le degré d'autonomie demandée est alors susceptible de varier, en fonction des prétentions de la minorité, sur une échelle allant du simple exercice de compétences propres à l'indépendance totale. Les différents groupes minoritaires en France peuvent ainsi être classés au regard du degré d'autonomie

¹ Art. 1^{er} de la Convention 169 de l'OIT.

² CHIBA (Massaji), « The Identity Postulate of Indigenous Law and its Function in Legal Transplantation », in SACK (Peter), MINCHIN (Elizabeth) eds., *Legal Pluralism*, Camberra, Australian National University, 1986, pp. 35-59.

³ Le Professeur Griffiths indique à cet égard que « le pluralisme juridique est concomitant du pluralisme social : l'organisation juridique de la société est congruente avec son organisation sociale » (GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 38).

⁴ VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste. Solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 669. Cette définition n'est toutefois suffisante ni pour distinguer les différents types de minorités, ni pour établir avec certitude l'appartenance d'un individu à une minorité ; elle ne peut donc s'abstraire des critères objectifs et subjectifs dégagés par la doctrine et le droit international.

⁵ Sur le territoire comme base de l'identité collective, voir RAMAGA (Philip), « The Bases of Minority Identity », *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, n° 3, août 1992, pp. 409-428.

revendiquée : si la minorité occitane, qui paraît peu ou prou se contenter de l'autonomie administrative qui lui est attribuée dans le cadre du processus de décentralisation ¹, se place dans le bas de l'échelle, les Kanaks se situent en revanche dans la partie haute, leurs revendications portant sur une autonomie politique susceptible de déboucher sur l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie ². Entre les deux, les six ethnies amérindiennes de Guyane demandent à être reconnues en tant que « peuples » ayant « des droits ancestraux à la propriété de leurs territoires » ainsi que « le droit de conserver leurs langues et leurs cultures et de développer leurs institutions » ³. Au regard de ces différents exemples, l'influence cumulée de l'éloignement géographique et de l'insularité par rapport au centre n'est pas anodine : ces deux facteurs sont de véritables catalyseurs des revendications identitaires. En effet, si la discontinuité territoriale se traduit avant tout par un isolement géographique et économique ⁴, la promiscuité sociale qu'elle engendre suscite une forte identification au groupe et garantit le maintien de la culture insulaire ⁵. L'insularité devient ainsi un phénomène politique : la caractéristique géographique est utilisée par la population insulaire pour revendiquer, face à l'Etat, une identité culturelle, économique et politique distincte – le cas de la minorité corse en est l'exemple frappant ⁶.

La portée de ces différentes revendications est, à l'évidence, fonction de la taille du groupe et de son activisme politique : l'actualité met plus souvent l'accent sur les minorités militantes qui tiennent à leur particularisme et résistent à toute forme d'intégration, que sur les minorités passives qui s'adaptent ou se résignent à une certaine assimilation ⁷. Dans le premier cas, la collectivité minoritaire aura tendance à

¹ BISTOLFI (Robert), « Enjeux occitans face à la décentralisation », *Confluences Méditerranée*, n° 49, printemps 2004, pp. 173-182.

² NICOLAU (Gilda), « Particularités ? Particularisme ? Pluralisme ? A propos de la Nouvelle-Calédonie », *Ethnologes*, n° 2, 1997, pp. 1-20.

³ Ces revendications ont été formulées pour la première fois en 1984, à l'occasion du premier congrès de l'Association des Amérindiens de Guyane, qui avait été créée trois ans auparavant. Elles n'ont pas varié depuis et constituent aujourd'hui le leitmotiv de la Fédération des organisations amérindiennes de Guyane (FOAG), créée en 1992. Sur les revendications des Amérindiens de Guyane, voir KARPE (Philippe), « Y a-t-il encore des collectivités autochtones en Guyane française ? D'une méconnaissance à une indifférence », *RJPIC*, Vol. 56, n° 2, 2002, pp. 231-244 ; COLLOMB (Gérard), « De la revendication à l'entrée en politique (1984-2004) », *Ethnies*, n° 31-32, printemps 2005, pp. 16-28.

⁴ ROMBALDI (Michel), « Conséquences socio-économiques de l'insularité : de l'isolement à la coopération », in MEISTERSHEIM (Anne) dir., *L'île laboratoire*, Ajaccio, Ed. Alain Piazzola, 1999, p. 103.

⁵ En ce sens, voir les différentes contributions à l'ouvrage SANGUIN (André-Louis) dir., *Vivre dans une île, une géopolitique des insularités*, Paris, L'Harmattan, 1997, 389 p.

⁶ Cette « spécificité corse » peut s'expliquer par le fait que la Constitution française, contrairement aux Constitutions espagnole ou portugaise, ignore le caractère insulaire de certains territoires pour s'attacher uniquement au caractère ultra-marin, prenant en compte les spécificités historiques au détriment des spécificités géographiques. Ceci a pour conséquence immédiate d'écarter la Corse du champ d'application des articles 73 et 74 du texte fondamental.

⁷ Voir GIORDAN (Henri), « Les minorités ethnico-sociales entre le terrorisme et le silence », in FENET (Alain), SOULIER (Gérard) dir., *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 185-204.

prôner des solutions politiques radicales conduisant au mieux à l'autonomie, au plus à la sécession – les minorités corse et kanake illustrant parfaitement cette alternative¹. Dans le second cas, c'est au contraire une approche sociale qui prévaudra, mettant essentiellement l'accent sur des mesures de non-discrimination et de respect des différences.

Cependant, quelle que soit la stratégie adoptée par les minorités nationales, la simple expression de revendications identitaires remet en cause l'organisation de l'État, fondée sur les principes d'unité juridique, d'intégrité territoriale et d'indivisibilité de la souveraineté. Il existe en effet un antagonisme profond entre la logique d'unification et d'uniformisation de l'État-nation² et l'existence de minorités qui ne peuvent renoncer à l'expression de leurs différences, au point que certains auteurs affirment que « l'idée de minorité nationale est *littéralement* inconciliable avec celle d'État-nation »³. Sans adopter une opinion aussi tranchée, il faut admettre que les exigences d'autonomie juridique et politique des groupes minoritaires conduisent l'État à une attitude paradoxale, consistant à respecter – à défaut de protéger – les manifestations identitaires des minorités, tout en sachant que ces groupes infra-nationaux constituent une source de perpétuelle tension et une menace pour l'unité étatique. Dans ces circonstances, la reconnaissance par l'État de ses minorités nationales ne peut être qu'équivoque.

B. La reconnaissance équivoque des minorités nationales

Dans un avis rendu le 11 janvier 1992, la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie a estimé que « si au sein d'un État il existe un ou plusieurs groupes constituant une ou des communautés ethniques, religieuses, ou linguistiques, ces groupes ont, en vertu du droit international, le droit de voir leur identité reconnue »⁴. En vertu de cet avis consultatif, les États auraient donc

¹ Certaines franges extrémistes n'ont pas hésité à recourir à la violence pour réclamer la reconnaissance des droits de leur minorité. En Corse, des attentats sont perpétrés régulièrement depuis les années 1970, atteignant leur paroxysme avec l'assassinat du préfet Erignac en 1998. En Nouvelle-Calédonie, les troubles insurrectionnels des années 1980, à l'exemple des événements sanglants d'Ouvéa, se sont soldés par la mort de plusieurs personnes. D'autres minorités, comme les Bretons ou les Basques, ont pu avoir recours à la violence de manière plus ponctuelle. Dans tous ces cas, il convient de bien distinguer les aspirations de l'ensemble des membres de la minorité, de celles des activistes qui prétendent les représenter (en ce sens, voir AN TOMARCHI (Florence), « La société civile insulaire et ses aspirations à l'autonomie », *Confluences Méditerranée*, n° 36, hiver 2000-2001, pp. 57-66).

² François Rigaux indique, à juste titre, que « le projet de l'État-nation, dont les régimes issus de la Révolution française offrent le modèle décisif, tend à gommer tout particularisme, qu'il soit régional, linguistique ou confessionnel » (RIGAUX (François), « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, n° 30, avril-juin 1997, p. 157).

³ SOULIER (Gérard), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 630 (le terme est souligné dans le texte original).

⁴ Conférence pour la paix en Yougoslavie, avis de la Commission d'arbitrage, avis n° 2, 11 janvier 1992, reproduit in *RGDIP*, 1992, pp. 266-267.

l'obligation de reconnaître juridiquement l'existence de minorités sur leur sol et d'instaurer, en conséquence, des mécanismes de protection de ces identités minoritaires. Si une telle obligation paraît théoriquement fondée, tant il est vrai que « la survie et l'épanouissement d'une culture (sociétale ou minoritaire) dépendent fondamentalement de la façon dont les institutions étatiques d'une société répondent à ces questions »¹, son application pratique rencontre souvent l'opposition des États. Ceux-ci préfèrent en effet mettre en œuvre des politiques d'intégration ou d'assimilation pour éviter les risques d'instabilité politique et de scission territoriale sous-tendues pas les phénomènes identitaires. Ainsi, la traduction juridique des revendications minoritaires demeure soumise à des considérations d'opportunité politique dont l'appréciation reste à la discrétion des autorités étatiques. Cette situation explique qu'en dépit des évolutions récentes du droit international (1), la France ait pu conserver une attitude ambiguë en matière de reconnaissance de ses minorités nationales (2).

1. Une reconnaissance incitée par le droit international

Le droit des gens est longtemps resté silencieux sur la question minoritaire². Les premiers textes adoptés par l'Organisation des Nations Unies après sa création sont orientés vers la protection globale de la personne humaine, sans aucune distinction d'appartenance communautaire³. La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950, opère une première avancée en interdisant, en son article 14, les discriminations fondées sur l'appartenance à une minorité nationale⁴. Toutefois, le

¹ NOOTENS (Geneviève), « Multiculturalisme et tolérance : penser le pluralisme culturel », in DUMOUCHEL (Paul), MELKEVIK (Bjarne) dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 165.

² Le premier régime juridique international de protection des minorités est instauré après la Première Guerre mondiale dans le cadre de la Société des Nations (SDN) ; il assure aux individus appartenant à des minorités l'égalité jouissance des droits civils et politiques, et reconnaît aux minorités le droit de préserver leur identité culturelle. Sur le régime de protection des minorités antérieur à 1945, voir notamment ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, pp. 157-197.

³ C'est ainsi que la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, et même la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 assurent la protection des droits de l'homme et la non-discrimination, sans faire mention de la protection des minorités. La protection collective disparaît au bénéfice de la protection individuelle, jugée suffisante. Toutefois, ce silence des textes internationaux ne signifie pas que l'ONU ait ignoré la question des minorités. Dès 1947 est créée, sous l'autorité du Conseil économique et social, la Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, renommée en 1999 Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (http://www.unhchr.ch/french/html/menu2/2/sc_fr.htm).

⁴ Par ailleurs, en garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10) et la liberté de réunion et d'association (art. 11), « la Convention apporte une protection individuelle aux minorités en ce qu'elle garantit à tout individu se trouvant sous la juridiction des Etats parties les droits et libertés assurant le développement de la personne humaine et permettant le

premier traité qui fasse expressément mention des droits des minorités est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté dans le cadre de l'ONU le 19 décembre 1966. Son article 27 précise 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 »¹. Ce libellé très général, qui nécessitait d'être complété par un énoncé plus précis des droits des minorités et des devoirs des États à leur égard, est pourtant resté la seule disposition applicable en la matière jusqu'à la fin de la Guerre froide.

Il faut attendre les années 1990 pour que plusieurs instruments internationaux visant à améliorer la condition des populations minoritaires soient élaborés et instituent un véritable droit des minorités². C'est ainsi qu'ont été adoptées la Déclaration de Copenhague par la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe le 29 juin 1990³, la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 18 décembre 1992⁴, et la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales par le Conseil de l'Europe le 10 décembre 1994⁵. A ces instruments internationaux et européens de portée générale s'ajoutent ceux qui limitent leur objet à une minorité particulière, à l'exemple de la Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, adoptée par

fonctionnement d'une société démocratique » (FENET (Alain) dir., *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 97). Cependant, aux termes d'une jurisprudence constante de la Commission puis de la Cour européenne des Droits de l'Homme, « la Convention ne garantit pas de droits spécifiques aux minorités » (décision relative aux Lapons de Norvège, 3 octobre 1983, *G. et E. c. Norvège*, D.R., 35, p. 30), bien que de timides avancées aient pu être récemment observées en ce sens (décision relative aux minorités tsiganes, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, D.R., 18, p. 88, obs. F. Sudre, *RTDH*, n° 47, 2001, pp. 905-915).

¹ Le Pacte international de 1966 crée également le Comité des droits de l'homme de l'ONU, qui est intervenu à plusieurs reprises dans des affaires intéressant des minoritaires ou des autochtones. Ainsi, le Comité a eu à connaître de litiges relatifs aux conditions d'appartenance à une communauté minoritaire (30 juillet 1981, *Sandra Lovelace c. Canada*), au droit à l'autodétermination (26 mars 1990, *Lubicon Lake Band c. Canada*), aux modalités d'utilisation de langues minoritaires (11 avril 1991, *Barzhig c. France*), ou encore au respect des lieux d'histoire et de culture de populations minoritaires (29 juillet 1997, *Hopu et Bessert c. France*). Ces décisions sont disponibles sur le site du Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme : <http://www.unhcr.ch>.

² Ces textes sont reproduits dans les annexes de FENET (Alain), KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001, pp. 487-640.

³ La Déclaration de Copenhague, consacrée à la protection des droits fondamentaux, comporte un chapitre relatif aux minorités nationales. Voir FENET (Alain), KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *op. cit.*, pp. 577-580.

⁴ BOKATOLA (Isse Omanga), « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques », *RGDIP*, 1993, pp. 745-765. Le texte de la Déclaration (AG Rés. 47/135) est reproduit in *RGDIP*, 1993, pp. 500-502.

⁵ TAVERNIER (Paul), « A propos de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *RGDIP*, 1995, pp. 385-402. Sur la protection des minorités dans le cadre européen, voir THIERRY (Damien), « Les développements récents du droit des minorités en Europe : de timides avancées contrariées par un conservatisme dominant », *RRJ*, n° 3, 2000, pp. 1073-1099.

l'Organisation Internationale du Travail (OIT) le 27 juin 1989¹, de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, adoptée par le Conseil de l'Europe le 5 novembre 1992² et de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2007³. Ces différents textes s'inscrivent dans une démarche de préservation de la diversité des cultures et établissent des dispositifs juridiques de reconnaissance et de garantie des droits des individus minoritaires et des minorités elles-mêmes : à une protection générale, garantissant aux personnes appartenant à des minorités l'exercice intégral et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales sans aucune discrimination⁴, s'ajoute une protection spéciale, accordée aux minorités en tant que groupes afin de préserver leur existence et leur identité particulière⁵. Les objectifs affichés par les instruments internationaux sont donc ambitieux. Aux termes de ces différents textes, les États parties ont non seulement l'obligation de s'abstenir de toute mesure susceptible de porter atteinte à l'existence et à l'identité des groupes minoritaires – qu'il s'agisse de mesures ponctuelles infamantes, de mesures générales

¹ La Convention 169 a été adoptée pour réviser les dispositions de la Convention 107, rédigée en 1957 et aujourd'hui fermée à la signature. L'objectif initial de la Convention 107 n'était aucunement d'assurer l'indépendance des peuples autochtones ni même leur autonomie, mais d'organiser progressivement et pacifiquement leur assimilation. La Convention 169, au contraire, repose essentiellement sur les idées de pluralisme et de respect des spécificités ethniques. Elle est entrée en vigueur le 5 septembre 1991 mais n'avait été ratifiée, fin 2005, que par dix-sept États. Sur ces textes, voir BELKACEMI (Nassira), *Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne*, thèse de doctorat, Université Montpellier I, 1996, pp. 56-76 ; SWEPSTON (Lee), « Un premier bilan de la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux de l'OIT », *Recherches amérindiennes au Québec*, Vol. 25, n° 3, 1995, pp. 47-58.

² KOVACS (Peter), « La protection des langues des minorités ou la nouvelle approche de la protection des minorités ? Quelques considérations sur la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *RGDIP*, 1993, pp. 411-418.

³ Doc. A/61/L.67/Add.1. La Déclaration sur les droits des peuples autochtones est le fruit de deux décennies de travaux dans le cadre de la Commission des Droits de l'Homme de l'ONU, relayés par l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, créée en 2000 par le Conseil économique et social. Le texte de la déclaration est reproduit sur le site <http://www.docip.org>.

⁴ La Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques reconnaît aux membres des minorités la liberté de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et politique du pays où ils vivent, et les droits de jouir de leur propre culture, de professer et pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue en privé et en public (art. 2 § 2) ; elle leur accorde en outre le droit d'établir et de maintenir des contacts avec d'autres membres de leur groupe (art. 2 § 5), et pose l'interdiction de toute discrimination (art. 4 § 1^{er}). La Déclaration de Copenhague reconnaît aux personnes appartenant à une minorité le droit d'exprimer, de préserver et de développer en toute liberté leur identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse (§ 32).

⁵ L'ensemble des textes affirme le droit des minorités à la protection de leur existence et de leur identité : la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies interdit toute tentative d'élimination des minorités du territoire de l'État par l'extermination physique ou par l'expulsion et protège les minorités contre toute tentative d'assimilation culturelle (art. 1^{er} § 1^{er}), la Déclaration de Copenhague incite les États signataires à protéger l'identité des minorités nationales sur leur territoire et à créer des conditions propres à promouvoir cette identité (§ 33), tandis que le préambule de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe précise que les États parties sont « résolus à protéger l'existence des minorités nationales sur leur territoire respectif ». Par ailleurs, les textes internationaux proclament le droit pour les minorités de participer effectivement aux affaires publiques, notamment aux affaires concernant leurs groupes, et de créer et gérer leurs propres associations et organisations représentatives (art. 2 § 3-4 de la Déclaration de l'AGNU, § 34 de la Déclaration de Copenhague).

discriminatoires ou d'assimilation forcée – mais ils doivent, au surplus, adopter des mesures positives de soutien, de promotion et de protection des caractères identitaires de ces groupes.

Force est toutefois de reconnaître que les moyens engagés ne sont pas à la hauteur de ces ambitions, pour trois raisons. En premier lieu, l'objet de ces textes reste « volontairement indéterminé »¹ : le droit international et le droit européen ne dressent ni la liste des minorités auxquels ils s'appliquent, ni surtout des critères permettant d'identifier ces minorités – ce qui permet notamment à la France de considérer qu'elle n'est pas concernée. Si la définition des populations autochtones est plus précise et permet une meilleure détermination des collectivités destinataires des dispositions internationales, ces dispositions se sont toutefois longtemps limitées à celles contenues dans la Convention 169 de l'OIT. L'adoption récente de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, curieusement soutenue par la France², constitue à cet égard une avancée juridique notable dont la portée effective ne pourra être évaluée qu'avec le temps³.

En second lieu, la portée juridique des instruments internationaux relatifs aux minorités est elle-même limitée. Certains de ces textes établissent des procédures de contrôle de la mise en œuvre de leurs dispositions⁴, mais aucun d'entre eux ne prévoit de mesures de sanction en cas de violation par l'État de ses obligations envers les minorités. Ce constat qui rejoint celui, plus général, de la faible effectivité du droit international⁵, soulève la question de la justiciabilité des droits des minorités et des Autochtones. Les mécanismes de contrôle politique, quand ils sont prévus, ne se doublent jamais de mécanismes juridictionnels qui permettraient, sur le modèle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de condamner les États ne respectant pas

¹ ROULAND (Norbert), PIERRE-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 232.

² Seuls les Etats-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont voté contre la résolution. Voir BOLOPION (Philippe), « Les Nations Unies reconnaissent les droits des peuples indigènes », *Le Monde*, 15 septembre 2007.

³ Il est intéressant de noter que dans le cadre des travaux menés par l'ONU pour l'élaboration de cette Déclaration depuis 1982, les Amérindiens de Guyane française comme les Kanaks de Nouvelle-Calédonie sont classés parmi les peuples autochtones. Toutefois, à la différence de la Nouvelle-Calédonie, le département de la Guyane française n'a jamais été inscrit au Comité de décolonisation de l'ONU. Voir ROULAND (Norbert), « Etre Amérindien en Guyane française : de quel droit ? », *RFDC*, n° 27, 1996, p. 513.

⁴ Aux termes de l'art. 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, les Etats doivent soumettre au Comité des Droits de l'Homme des rapport réguliers sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le Pacte, et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits. De manière similaire, la Convention-cadre du Conseil de l'Europe institue un Comité européen pour la protection des minorités, auquel les Etats parties devront présenter des rapports réguliers sur les mesures prises pour donner effet à la Convention.

⁵ Voir FRIED (John), « How Efficient is International Law ? », in DEUTSCH (Karl), HOFFMANN (Stanley) eds., *The Relevance of International Law*, Cambridge, Schenkman, 1968, pp. 93-132.

leurs engagements : ni les textes internationaux ¹ ni les textes européens ² ne prévoient de tels recours.

Enfin, la troisième limite de ces instruments juridiques réside dans leur manque de force contraignante : certains ne présentent qu'une simple valeur déclaratoire ³. Seuls le Pacte de 1966, la Convention 169 de l'OIT et la Convention-cadre du Conseil de l'Europe, qui sont de véritables traités, revêtent une force obligatoire en vertu du principe *pacta sunt servanda* ⁴. En dépit toutefois de leur caractère contraignant, ces derniers textes présentent les limites inhérentes à toute convention internationale : quels que soient le contenu et la portée du texte, les États demeurent libres de s'y obliger ou non ; ils peuvent en retarder la signature ou la ratification ; ils peuvent signer en faisant état de réserves qui modifieront ou écarteront la portée juridique de certaines dispositions ; ils peuvent aussi formuler des déclarations interprétatives qui, au besoin, restreindront leurs obligations. C'est ainsi que la France n'a pas adhéré à la Convention 169 de l'OIT, ni à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe ⁵ : les populations autochtones et minoritaires françaises ne peuvent donc en tirer aucun bénéfice. Par ailleurs, si les autorités françaises ont accepté de ratifier en 1980 le Pacte

¹ Toutefois, aux termes du protocole n° 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies peut recevoir des plaintes émanant de particuliers au sujet de violations des droits de l'homme commises par les Etats parties et émettre des constatations à ce propos. Ces recommandations, qui incitent généralement les Etats à modifier leurs pratiques ou des éléments de leur législation, ne sont toutefois pas assimilables à des décisions juridictionnelles et n'ont, de ce fait, aucune autorité autre que politique.

² Les droits énumérés par la Convention-cadre du Conseil de l'Europe ne sont pas justiciables dans la mesure où les minorités ne peuvent pas accéder au mécanisme juridictionnel de la CESDH. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pourtant recommandé, à plusieurs reprises, l'adoption d'un protocole additionnel à la CESDH sur les droits des minorités, qui permettrait de faire bénéficier les personnes appartenant à des minorités d'un droit de recours individuel devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (sur ce point, voir notamment KLEBES (Heinrich), « Projet de protocole additionnel à la CEDH sur les droits des minorités », *RUDH*, n° 5-6, septembre 1993, pp. 184-192). Toutefois, la Commission puis la Cour ont déclaré recevables des requêtes présentées individuellement par les membres de minorités nationales se plaignant d'ingérences étatiques dans des droits garantis par la CESDH (décision du 3 octobre 1983, *G. et E. c. Norvège, D.R.*, 35, pp. 42-45) ainsi que des requêtes de collectivités lapones revêtues de la qualité d'« organisations non gouvernementales » (décision du 25 novembre 1996, *Könkäma et 38 autres villages samis c. Suède, D.R.*, 87 B, p. 78). Voir MARGUENAUD (Jean-Pierre), « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 205-221.

³ C'est ainsi que la Déclaration de Copenhague et les Déclarations de l'AGNU ne revêtent aucune force juridique contraignante. Il est toutefois à noter que la distinction entre actes contraignants et actes déclaratoires en droit international est floue et changeante ; de plus, la coutume, mode de formation non négligeable du droit international, peut naître de textes déclaratifs qui acquerront alors force de droit.

⁴ Néanmoins, les dispositions de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe n'ont qu'une vocation programmatrice : elles se bornent à définir des principes et des objectifs que les Etats s'engagent, le cas échéant, à respecter dans leur propre législation nationale en vue de protéger les minorités.

⁵ Dans un avis du 6 juillet 1995, le Conseil d'Etat a estimé que la Convention-cadre était incompatible avec la Constitution, dans la mesure où le traité conduit à reconnaître l'existence de minorités nationales, prévoit un droit à l'utilisation de langues minoritaires et exige la création des conditions nécessaires à la participation effective des personnes appartenant aux minorités nationales aux affaires publiques, en particulier celles les concernant (CE, avis n° 357 466 du 6 juillet 1995, *EDCE*, 1995 n° 47, p. 397).

de l'ONU relatif aux droits civils et politiques, elles ont exclu l'application de son article 27 au territoire français, par le biais d'une déclaration interprétative précisant que la République française est indivisible et ne peut donc reconnaître l'existence de minorités¹. Plus récemment, la France a signé la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'ONU en 1989, mais en émettant une réserve sur son article 30 visant les droits des enfants de personnes d'origine autochtone ou appartenant à des minorités. Elle a également signé la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1992, mais ne l'a toujours pas ratifiée, suite à la décision de non-conformité à la Constitution rendue par le Conseil constitutionnel le 15 juin 1999². Le droit international des minorités paraît donc largement lacunaire mais son efficacité restera faible et son application soumise au bon vouloir des États tant que les organisations internationales, face au risque de séparatisme, subordonneront la reconnaissance des minorités à la volonté des États souverains³. Pour l'heure, ce n'est que par l'engagement conventionnel des États eux-mêmes que ce sujet peut devenir une question internationale échappant à la sphère réservée des affaires intérieures⁴; à défaut d'un tel engagement étatique, le traitement des minorités relève de la « compétence exclusive » de l'État⁵ et, par suite, de la législation interne que l'État impose à sa population par sa volonté souveraine et discrétionnaire⁶. C'est ainsi que le droit français à l'égard des minorités nationales peut rester volontairement ambigu.

¹ Voir GIORDAN (Henri), *Démocratie culturelle et droit à la différence*, Paris, La Documentation française, 1982, p. 16.

² CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71 ; *RDP*, 1999, p. 985, note F. Mélin-Soucramanien.

³ Ce constat relativise l'avis de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie, qui a élevé en 1991 le droit des minorités au rang de *jus cogens* (Conférence pour la paix en Yougoslavie, avis de la Commission d'arbitrage, avis n° 1, 29 novembre 1991, reproduit in *RGDIP*, 1992, pp. 264-266).

⁴ Comme l'indique le Professeur Combacau, « dans une collectivité fondée sur la souveraineté, ce pouvoir de se mêler de ce qui se passe à l'intérieur d'un domaine réservé de prime abord à la seule action de l'Etat ne peut résulter d'une règle supérieure [...] mais de son propre consentement : c'est parce que l'Etat le veut bien que la sphère privée s'ouvre ainsi au regard des tiers ». COMBACAU (Jean), « Souveraineté et non-ingérence », in BETTATI (Mario), KOUCHNER (Bernard) dir., *Le devoir d'ingérence*, Paris, Ed. Denoël, 1987, p. 231.

⁵ Si l'existence d'un domaine de compétence exclusive est généralement reconnue par les auteurs (voir notamment ARANGIO-RUIZ (Gaetano), « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI*, n° 225, 1990, pp. 9-484), certains ont en revanche pu prôner la disparition de cette « légende [...] juridiquement fautive » (SCELLE (Georges), « Critique du soi-disant domaine de compétence exclusive », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, pp. 393-394).

⁶ Dans son avis consultatif du 7 février 1923 relatif aux décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, la CPJI précise que dans les matières couvertes par la compétence exclusive, « chaque Etat est seul maître de ses décisions » (*CPJI*, AC, *Série B*, n° 4, p. 24).

2. Une reconnaissance ambiguë par le droit français

La plupart des États, y compris les États démocratiques ouverts à la notion de pluralisme, sont réticents à reconnaître l'existence d'une diversité susceptible de remettre en cause leur unité politique et juridique – diversité sans laquelle ni l'État de droit, ni la démocratie ne seraient pourtant envisageables¹. L'enjeu réside donc dans la recherche d'un compromis permettant de préserver à la fois l'intégrité étatique et le développement identitaire des minorités. Confronté à ce dilemme, l'État peut appréhender le phénomène identitaire de deux manières différentes. La première, souvent qualifiée d'« assimilationniste » ou d'« intégrative », consiste à lutter contre les discriminations dont sont victimes les membres d'une minorité, en leur reconnaissant – comme à l'ensemble des citoyens de l'État – une protection individuelle contre la discrimination raciale, l'intolérance religieuse ou toute autre forme de persécution, et la libre jouissance de droits fondamentaux tels que la liberté de conscience et de religion, le droit d'association, ou encore la liberté d'expression et de réunion. Cette approche consiste donc à assurer l'uniformité du droit applicable sur l'ensemble du territoire et l'égalité entre tous les citoyens, sans discrimination. La seconde, qualifiée d'« autonomiste », privilégie au contraire l'acceptation et la consécration d'identités distinctes au sein de l'État, par la reconnaissance de droits collectifs au bénéfice des groupes minoritaires ou l'établissement, à leur profit, d'un traitement différencié ou de structures institutionnelles particulières.

C'est bien souvent la démarche assimilationniste que privilégient les États, la France faisant à ce titre figure d'exemple². En effet, l'État s'est construit en France par l'agrégation de provinces, de peuplades, de groupes culturels qui se sont fondus, par l'effet de mouvements successifs de centralisation, dans une entité que la Révolution a consacrée : la nation française³. Cette « fusion intime des races » qui, selon les termes de Michelet, « constitue l'identité de notre nation, sa personnalité »⁴, s'est traduite par l'exaltation de la culture nationale au détriment de toutes les cultures minoritaires, bretonne, occitane ou basque, qui se sont alors vu dépérir. Elle a

¹ Si l'on considère que la finalité de l'État de droit est « la protection du citoyen contre l'arbitraire » (RIVERO (Jean), « État de droit, État du droit », in *L'État de droit, Mélanges Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609), l'État de droit rejoint en effet la démocratie dans sa quête du pluralisme, tout au moins sous l'aspect traditionnel du pluralisme politique qui suppose notamment la protection des libertés syndicale et d'association, de réunion ou encore de la presse, libertés qui facilitent l'expression des diverses opinions. Une protection véritablement effective des minorités ne peut donc se concevoir que dans le cadre des États de droit démocratiques, comme le confirme la Déclaration de Copenhague qui affirme que « les questions relatives aux minorités nationales ne peuvent être résolues de manière satisfaisante que dans un cadre politique démocratique se fondant sur l'État de droit, avec un système judiciaire indépendant efficace » (§ 30).

² Pour une comparaison entre différents systèmes juridiques européens, voir HOFMANN (Rainer), « Minority Rights : Individual or Group Rights ? A Comparative View on European Legal Systems », *German Yearbook of International Law*, Vol. 40, 1997, pp. 356-382.

³ Sur ce processus, voir VERRIERE (Jacques), *Genèse de la nation française*, Paris, Flammarion, 2000, 363 p.

⁴ Cité in TURPIN (Dominique), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003, p. 40.

également conduit, pendant la colonisation, à la mise en œuvre d'une politique d'assimilation visant à fondre les populations indigènes dans le creuset national. En métropole comme dans les colonies, la recherche de l'unité a incité les gouvernements français à vouloir réduire les différences, les absorber dans le cadre de la nation¹. Avec l'indépendance des anciennes colonies, la doctrine de l'intégration s'est progressivement substituée à l'assimilation² : la France a alors affirmé le primat du contrat social, fondateur d'une nation respectueuse de toutes les diversités. L'objectif affiché de cette politique d'intégration est de constituer une communauté politique, de susciter « la participation active à la société nationale d'éléments variés et différents, dans une égalité de droits et d'obligations »³. Dans ce cadre, l'individu appartenant à une minorité « conserve ses particularismes mais aucun n'entre en considération pour l'exercice de ses droits et pour l'accomplissement de ses obligations »⁴. La diversité ethnique, religieuse, linguistique ou culturelle ne peut s'exprimer que dans le cadre de l'exercice privé des libertés publiques : l'expression de toute identité spécifique se trouve repoussée dans l'espace privé⁵. Ainsi, la garantie des droits fondamentaux et l'application du principe d'égalité permettent de traiter la question des minorités en offrant à leurs membres un « standard minimum de protection »⁶, sans que les autorités reconnaissent pour autant l'existence de diversités. Cette position est constitutive de l'universalisme français : si elle récusé aux minorités le bénéfice de

¹ Le concept de nation revêt en France une acception essentiellement subjective : elle est perçue comme le produit d'éléments objectifs (une communauté de langue, de religion ou de tradition) auxquels se combine nécessairement une dimension subjective : la volonté de vivre ensemble. C'est en ce sens que lors de sa célèbre conférence du 11 mars 1882 à la Sorbonne, intitulée *Qu'est-ce qu'une Nation ?*, Renan a précisé qu'« une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis [...]. L'existence d'une nation est un plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de vie » (RENAN (Ernest), *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Mille et une nuits, rééd., 1997, pp. 31-32). Il est toutefois à noter que la pensée de Renan est souvent présentée de manière tronquée pour insister sur son universalisme ; pour une lecture plus exacte, voir NOIRIEL (Gérard), « L'identité nationale dans l'historiographie française », in CURAPP, *L'identité politique*, Paris, PUF, 1994, pp. 294-305.

² Sur les notions d'assimilation et d'intégration, voir BOUCHER (Manuel), *Les théories de l'intégration : entre universalisme et différencialisme*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 25-30 et 37-49.

³ Haut Conseil à l'Intégration, *Liens culturels et intégration*, Paris, La Documentation française, juin 1995, p. 13. Les études du Haut Conseil à l'Intégration portent essentiellement sur les minorités immigrées.

⁴ Haut Conseil à l'Intégration, *op. cit.*, p. 19.

⁵ MARCOU (Gérard), « De l'expression des différences dans l'Etat républicain : l'exemple de la France métropolitaine », in DECKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 89-106.

⁶ L'expression est empruntée au Doyen Ben Achour (BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 420). Bien que minimum, ce standard n'est toutefois pas atteint par tous les Etats, même ceux qui souscrivent aux conventions internationales des droits de l'homme ou qui se considèrent comme des Etats de droit. Ainsi, la répression de la minorité kurde apparaît fort peu compatible avec la ratification, par la Turquie, de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

tout traitement différencié, la neutralité de l'État à l'égard de tous ses citoyens, y compris des individus minoritaires, est une condition formelle de leur égalité¹.

Sans être négligeable, une telle protection individuelle se révèle cependant insuffisante : « à elle seule, la non-discrimination dans la jouissance des droits fondamentaux ne permet pas d'assurer la préservation et le développement de l'identité minoritaire »². Plus encore, « un État peut fort bien, tout en restant dans la limite [des droits fondamentaux], brimer les minorités qui existent à l'intérieur de son territoire. Il lui suffit de ne pas tenir compte des intérêts spécifiques de ces minorités »³. Il peut effectivement advenir, comme l'indiquait la Cour Permanente de Justice Internationale dans un avis du 6 avril 1935, que l'application d'un traitement égal en droit à la majorité et à la minorité, dont la condition et les besoins sont différents, aboutisse à une inégalité de fait⁴. Dès lors, si « l'égalité en droit exclut toute discrimination, l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaire des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes »⁵. Cette idée d'une modulation du principe d'égalité en fonction de la différence des situations, aujourd'hui consacrée par la jurisprudence constitutionnelle française⁶, ouvre la voie à l'adoption de mesures spécifiques – droits collectifs, discriminations positives – en faveur des groupes minoritaires, destinées à atténuer les déséquilibres entre la majorité et les minorités. Des mesures compensatoires pourraient permettre de corriger l'inégalité de fait dont les minorités sont victimes et de protéger leurs caractéristiques identitaires⁷.

A la lumière de ces arguments, l'intransigeance française à l'égard des minorités nationales apparaît rétrograde. Si l'on considère que « les politiques juridiques étatiques vis-à-vis des minorités s'inscrivent sur une échelle de valeur allant du refus

¹ De ce fait, la neutralité constitue, pour le Professeur Dworkin, un attribut essentiel du libéralisme : l'État doit s'interdire toute intervention dans les matières relevant de la sphère privée (DWORKIN (Ronald), « Foundations of Liberal Equality », in PETERSEN (Grethe) ed., *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, University of Utah Press, 1990, pp. 113-118).

² BOKATOLA (Isse Omanga), « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques », *RGDIP*, 1993, p. 749.

³ DEMICHEL (André), « L'évolution de la protection des minorités depuis 1945 », *RGDIP*, n° 1, 1960, pp. 34-35.

⁴ CPJI, AC, 6 avril 1935, *Ecoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, n° 64, p. 19.

⁵ *Ibid.*

⁶ Saisi en 1979 d'une loi autorisant l'institution de redevances d'un montant différent selon les catégories d'usagers pour l'usage de certains ouvrages de voirie, le Conseil constitutionnel affirme ainsi que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de personnes se trouvant dans des situations différentes » (décision n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Rec.* p. 31 ; *RDP*, 1979, p. 1691, note L. Favoreu ; *Pouvoirs*, n° 11, 1979, p. 186, note P. Avril et J. Gicquel).

⁷ Ces mesures pourraient revêtir diverses modalités : il pourrait s'agir de mécanismes d'ordre financier (assistance financière, privilèges fiscaux), politique (modes spécifiques de représentation électorale et de participation aux processus décisionnels) ou encore administratif (aménagement institutionnels, décentralisation, autonomie).

de reconnaissance du fait minoritaire à l'institutionnalisation du pluralisme »¹, la France se situe en bas de l'échelle. Toutefois, réduire la position française à une telle formulation négative revient à la dévaloriser injustement, d'une part parce que le principe d'égalité qui sous-tend cette attitude est lui-même constitutif du système de protection des droits fondamentaux depuis 1789 et, d'autre part, parce qu'un discours officiel universaliste peut fort bien s'accompagner d'une pratique juridique différencialiste². Force est en effet de constater que derrière une intransigeance de principe, le droit français s'est progressivement saisi de la question minoritaire, comme l'illustre la reconnaissance des coutumes kanakes ou mahoraises, ou encore la consécration d'un droit local spécifique dans les collectivités d'outre-mer et dans certaines parties du territoire métropolitain (Corse, Alsace-Moselle)³. Ces exemples tendent à décrire un modèle français d'intégration bien moins rigide que sa description officielle ne le laisserait croire. De ce fait, l'analyse de la politique de la France à l'égard de ses minorités ne peut se contenter du discours officiel ; elle doit nécessairement se fonder sur l'examen approfondi du droit positif et de la jurisprudence internes, à tous les niveaux de la hiérarchie des normes. Seule cette démarche pourra permettre de qualifier efficacement la position française et de découvrir si l'ambiguïté constatée à l'égard du droit au pluralisme se double d'une ambiguïté similaire à l'égard du pluralisme du droit.

II. LE PLURALISME DU DROIT

Comme la notion de minorité, la notion de pluralisme apparaît difficilement appréhensible sans le secours des épithètes. Le pluralisme revêt en effet plusieurs formes qui s'attachent à protéger les multiples aspects de la diversité. La première, le pluralisme social, apparaît dès que coexistent, dans une même société, des systèmes de valeurs différents portés par des groupes distincts. Dans ce cadre, le pluralisme culturel et le pluralisme religieux impliquent la libre expression des pratiques et des croyances propres aux différents groupes. Le pluralisme politique suppose, quant à lui, une représentation et une libre participation de ces groupes dans le processus décisionnel, et se manifeste de manière minimale par le multipartisme. Enfin, le

¹ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 261. Selon la typologie établie par le Professeur Pierré-Caps, les politiques juridiques des Etats à l'égard des minorités peuvent être classées dans cinq catégories, selon le degré de reconnaissance des minorités : l'absence de reconnaissance, la reconnaissance implicite, la reconnaissance internationale, la reconnaissance législative et la reconnaissance constitutionnelle (*op. cit.*, pp. 263-276).

² Pour une étude de fond sur ce point, voir BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, 533 p.

³ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », in LEMOYNE DE FORGES (Jean-Michel) dir., *Réformer les administrations*, Rapport de la Direction générale et l'Administration et de la Fonction publique, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 85-118.

pluralisme juridique conduit à accepter le libre exercice, par ces mêmes groupes, de droits spécifiques fondés sur leurs valeurs propres. Au regard de leur fonction, ces différentes variantes du pluralisme sont donc complémentaires pour assurer une protection effective des groupes minoritaires ¹.

Face à ces diverses manifestations du pluralisme, la France conserve une attitude ambiguë et singulière pour un régime démocratique. Si le pluralisme politique et le pluralisme socioculturel font l'objet d'une protection constitutionnelle ², la consécration des diversités rencontre une réelle résistance quand elle doit se traduire par un pluralisme juridique ou l'affirmation d'un droit à la différence. Il semblerait donc que toutes les variantes du pluralisme ne soient pas reconnues à égalité ³ : si le pluralisme politique représente une composante inhérente à la démocratie, le pluralisme juridique est en revanche considéré comme peu compatible avec certaines orientations typiquement françaises telles que l'affirmation d'un universalisme égalitaire, la défense de la liberté individuelle ou encore la volonté de préserver l'unité et l'indivisibilité de l'État. Ainsi, à l'appréhension variable du phénomène minoritaire semble correspondre une appréhension différenciée du pluralisme, facilitée par l'absence de définition officielle de cette notion ⁴ : le « pluralisme des courants d'expression socio-culturels » consacré par le juge constitutionnel français est une formulation « suffisamment souple pour permettre des interprétations multiples » ⁵ et garantir le pluralisme des opinions et des croyances, mais suffisamment cadrée pour ne pas l'étendre à des formes de pluralisme moins orthodoxes, telles que le pluralisme du droit.

Ce rejet du pluralisme juridique paraît pourtant injustifié au regard des perspectives d'évolution que lui prête une partie de la doctrine. Certains n'hésitent pas

¹ Sur ces différentes formes de pluralisme et leurs rapports, voir LAJOIE (Andrée), « Synthèse introductive », in LAJOIE (Andrée), BRISSON (Jean-Maurice), NORMAND (Sylvio), BISSONNETTE (Alain) dir., *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 1996, pp. 7-29.

² Le pluralisme politique est expressément consacré par la Constitution du 4 octobre 1958 qui affirme que « les partis et groupements politiques [...] se forment et exercent leur activité librement » (art. 4). Le Conseil constitutionnel a consacré la « préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » comme un « objectif de valeur constitutionnelle » (cf. décisions n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Rec.*, p. 52 ; n° 84-181 DC des 10/11 octobre 1984, *Rec.*, p. 73 ; n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Rec.*, p. 110 ; n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 ; *RA*, 1986, p. 458, note R. Etien ; *AJDA*, 1987, p. 102, note P. Wachsmann) et le Conseil d'Etat, pour sa part, a érigé le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion en « liberté fondamentale » (CE, ord., 24 février 2001, *M. Tiberi, Leb.*, p. 85).

³ Cette idée est développée par FITTE-DUVAL (Annie), « Droit et pluralisme dans l'Etat unitaire », *Revue politique et parlementaire*, Vol. 102, n° 1008, septembre - octobre 2000, pp. 52-76.

⁴ Le Conseil constitutionnel ne définit clairement le pluralisme dans aucune de ses décisions. Pour le Professeur Etien, cette absence de définition s'explique par le fait que la notion est simplement impossible à définir et soulève des interrogations sans réponse, notamment sur le plan quantitatif : « Quel est le nombre minimal à partir duquel l'on peut raisonnablement affirmer l'existence effective du pluralisme ? Deux... plus de deux et dans ce dernier cas : combien ? » (ETIEN (Robert), « Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle », *RA*, 1986, pp. 458-462).

⁵ ETIEN (Robert), *op. cit.*, p. 462.

à affirmer que « le pluralisme juridique a pris une importance telle dans la réalité sociale du droit contemporain [...] qu'il n'est plus loisible aux juristes de persister dans leur refus d'y reconnaître une nouvelle orthodoxie nécessaire scientifiquement et pratiquement »¹. En dépit toutefois de cet engouement (ou peut-être, justement, en raison de celui-ci), le pluralisme juridique est l'objet de débats doctrinaux dont la virulence est proportionnelle aux bouleversements qu'il implique, tant en théorie qu'en pratique². Considéré comme un nouveau pilier de la science du droit, le pluralisme juridique suscite donc à la fois un optimisme scientifique et une réserve critique : tout en constituant un mode controversé de traitement des revendications minoritaires (A), il peut être considéré comme un mode alternatif de gestion du phénomène minoritaire (B).

A. Un mode controversé de traitement des revendications minoritaires

Les discussions relatives au pluralisme juridique présentent un intérêt avant tout doctrinal : ni le législateur ni le juge ne s'embarrassent de considérations théoriques de cet ordre. Dans ce cadre, le pluralisme du droit se présente comme une hypothèse scientifique relevant essentiellement de la théorie ou de la philosophie du droit³. Cependant, au-delà de sa portée doctrinale, l'affirmation du pluralisme juridique peut être interprétée comme une prise de position politique⁴, dans la mesure où elle s'oppose au monopole normatif de l'Etat et réclame une décentralisation de la production du droit au profit de groupes sociaux autonomes⁵. Si ces implications politiques s'écartent de l'étude purement scientifique du pluralisme juridique, elles ont toutefois contribué à lui donner une impulsion significative en la présentant comme une alternative à la doctrine dominante, « un lent désapprentissage des schémas de

¹ BELLEY (Jean-Guy), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Mélanges Jean-François Perrin*, Genève, Helbing et Lichtenhahn, 2002, p. 136.

² Voir BENDA-BECKMANN (Franz von), « Who's Afraid of Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 47, 2002, pp. 37-82.

³ A cet égard, voir MORET-BAILLY (Joël), « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 195-206.

⁴ Chez Gurvitch notamment, la réflexion juridique se nourrissait de sympathies pour l'anarchisme proudhonien. D'autres promoteurs des théories pluralistes du droit ne cachaient pas leurs penchants marxistes. Le fait est que l'adhésion à l'idée de pluralisme juridique comme alternative à la conception dominante du droit peut conduire tant au réformisme juridique qu'au radicalisme anti-juridique. A cet égard, voir TREVES (Renato), « La sociologie du droit de Gurvitch », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 45, 1968, pp. 54-64 ; FITZPATRICK (Peter), « Marxism and Legal Pluralism », *Australian Journal of Law and Society*, n° 1, 1983, pp. 45-59 ; BANKOWSKI (Zenon), « Anarchism, Marxism and the Critique of Law », in SUGARMAN (David) ed, *Legality, Ideology and the State*, London, Academic, 1983, pp. 267-292.

⁵ L'autonomie est ici envisagée dans son sens étymologique, issu du préfixe *auto* (soi-même) et du substantif *nomos* (règle), et peut donc être regardée comme « le pouvoir attribué à des personnes publiques non souveraines de faire des normes juridiques équivalentes aux normes de la personne publique souveraine » (ESCARRAS (Jean-Claude), « L'Italie, un État régional ? », in BIDÉGARAY (Christian) dir., *L'Etat autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Paris, Economica, 1994, p. 85).

pensée unitaires et centralistes »¹, une progressive remise en cause du centralisme juridique (1) et des fondements de la République (2).

1. La remise en cause du centralisme juridique

La remise en cause du monopole étatique de la production du droit imprègne l'ensemble des travaux doctrinaux qui ont été effectués sur le pluralisme juridique, comme les multiples définitions qui en ont découlé.

Les premières théories du pluralisme juridique ont été le fait des juristes internationalistes, notamment des spécialistes du droit international privé dont l'objectif est précisément d'apporter une solution aux différends résultant de la confrontation de différents systèmes juridiques étatiques². Le droit international public s'est également approprié la notion, non plus pour désigner l'interaction entre différents systèmes étatiques mais pour qualifier les rapports entre le droit international et les systèmes juridiques nationaux³. Si ces premières théorisations ont contribué à exposer le pluralisme juridique comme un nouveau concept scientifique, elles sont restées limitées en raison de leur objet même : dans le cadre du droit international privé comme dans celui du droit international public, les systèmes juridiques étudiés sont étatiques ou inter-étatiques. Aucune place n'est laissée aux phénomènes juridiques pouvant exister hors de l'Etat.

Cette autre facette du pluralisme juridique a commencé à être explorée au début du XX^e siècle par des anthropologues du droit qui se sont alors intéressés aux populations colonisées par les Européens⁴ : dès lors, le concept de pluralisme juridique s'est appliqué à la situation de ces sociétés sous domination qui, à côté de leur droit traditionnel souvent coutumier, se sont vu imposer un droit d'origine occidentale⁵. A partir des années 1930, ces analyses anthropologiques sont parvenues

¹ YOUNES (Carole), « Le pluralisme juridique : penser l'homme pour penser le droit », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, p. 35.

² RALSER (Elise), « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ*, Vol. 55, n° 4, 2003, pp. 2547-2576.

³ Sur les théories monistes et dualistes en droit international public, voir DAILLIER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, pp. 92-97.

⁴ D'après le Professeur Rouland, les véritables fondateurs du pluralisme juridique en anthropologie sont les auteurs de l'école hollandaise du droit coutumier (*Adat Law School*) qui ont consacré, au tout début du XX^e siècle, plusieurs études au droit des populations autochtones d'Indonésie colonisées par la Hollande (ROULAND (Norbert), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 2528, 1995, pp. 79 et 109-110).

⁵ On peut faire référence aux travaux de Radcliffe et Brown sur l'Afrique du Sud (1940), de Bolke sur l'Indonésie (1953), de Little sur la Sierra Leone (1955) ou encore de Balandier sur les colonies françaises dans les années 1960 (ces travaux sont recensés in ROULAND (Norbert), *op. cit.*, p. 80). Après la décolonisation, le concept de pluralisme juridique a été utilisé pour décrire la situation juridique des Etats nouvellement indépendants, le thème de l'imposition de droits faisant alors place à celui de la réception de droits. Pour une étude récente adoptant cette démarche et appliquée aux pays arabes, voir LAVOREL (Sabine), *Les Constitutions arabes et l'Islam : les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, Coll. Enjeux contemporains, 2005, 202 p.

à dépasser le cadre des territoires colonisés pour investir celui des sociétés européennes et nord-américaines : des sociologues tels que Santi Romano en Italie, Eugen Ehrlich en Autriche et Georges Gurvitch en France ont alors commencé à interpréter les phénomènes normatifs des sous-groupes dans les sociétés industrialisées en termes de pluralisme juridique ¹. Cette orientation a progressivement séduit nombre de chercheurs, essentiellement anglo-saxons ².

Le cercle des anthropologues et des sociologues s'est ainsi élargi à d'autres spécialistes en sciences sociales, y compris des juristes, qui se sont interrogés sur l'existence de systèmes normatifs alternatifs, produits en marge du droit positif par des entités non-étatiques plus ou moins institutionnalisées, qu'il s'agisse de collectivités territoriales jouissant d'une certaine autonomie juridique par rapport au pouvoir central, de groupements professionnels ou associatifs disposant de codes déontologiques ou disciplinaires propres ³, de minorités nationales régies par des coutumes spécifiques, ou encore d'Eglises, de clans ou de familles obéissant à des normes particulières reconnues par l'ensemble de leurs membres – chacune de ces entités étant alors considérée, à tort ou à raison, comme un centre de production de droit. Cette grande diversité des manifestations du pluralisme juridique a assuré la pérennité des recherches en la matière, qui connaissent un renouveau notable depuis les années 1990, en particulier dans les États multiculturels ⁴.

¹ Ces trois sociologues sont généralement considérés, avec Max Weber, comme les principaux fondateurs européens de la sociologie du droit. Tous ont admis l'existence du pluralisme juridique, en lui accordant toutefois une importance théorique inégale. Leurs ouvrages fondamentaux en la matière sont les suivants : ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 1975 (1^{ère} éd. originale en 1917), 174 p. ; EHRLICH (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, 541 p. ; GURVITCH (Georges), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, A. Pedone, 1935, 299 p.

² On peut notamment faire référence aux travaux de Sally Falk Moore, Leopold Pospisil, Marc Galanter, Peter Fitzpatrick ou encore Boaventura de Sousa Santos qui commencèrent leurs recherches en étudiant le pluralisme juridique dans les sociétés post-coloniales, avant de s'intéresser aux États occidentaux. Voir MOORE (Sally Falk), « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, Vol. 7, 1973, pp. 719-746 ; POSPISIL (Leopold), « The Structure of a Society and its Multiple Legal Systems », in GULLIVER (Philip) ed., *Cross Examinations*, Leiden, Brill, 1978, pp. 78-95 ; GALANTER (Marc), « Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 19, 1981, pp. 1-47 ; FITZPATRICK (Peter), « Law and Societies », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 22, 1984, pp. 115-138 ; SOUSA SANTOS (Boaventura de), « On Modes of Production of Law and Social Power », *International Journal of Sociology of Law*, n° 13, 1985, pp. 299-336.

³ On peut penser ici à des ordres professionnels tels que l'Ordre des Médecins ou des Avocats, ou encore à des associations sportives. A cet égard, voir notamment MORET-BAILLY (Joël), « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits*, n° 32, décembre 2000, pp. 171-182 ; SIMON (Gérald), « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, n° 33, octobre 2001, pp. 97-106.

⁴ Pour des exemples de ce renouveau du pluralisme juridique, voir notamment DEMBOUR (Marie-Bénédicte), « Le pluralisme juridique : une démarche parmi d'autres, et non plus innocente », *RIEJ*, n° 24, 1990, pp. 43-59 ; TEUBNER (Gunther), « Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, n° 13, 1992, pp. 1443-1462 ; VANDERLINDEN (Jacques), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ*, n° 2, 1993, pp. 573-590 ; BELLEY (Jean-Guy), « Le Droit comme *Terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », *RCDS*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 1-16.

En revanche, l'étude du pluralisme juridique n'a jamais été encouragée en France, où la doctrine prédominante exclut l'existence de systèmes de droit hors du cadre étatique¹. Ce centralisme juridique est profondément ancré dans la culture française : il est né avec l'État moderne au XVI^e siècle, s'est implanté avec la monarchie absolue et s'est consolidé avec la centralisation napoléonienne². Il se présente aujourd'hui comme un dogme, une « idéologie [en vertu de laquelle] le droit est et doit être le droit de l'État, uniforme pour tous les individus, exclusif de tout autre droit, et produit par un ensemble unique d'institutions étatiques »³. Ainsi, le centralisme juridique en vertu duquel l'État est la source unique de législation, a pour corollaires nécessaires le monisme qui postule qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique applicable dans un État, et le positivisme qui implique que le droit est toujours le produit de l'activité d'institutions étatiques telles que le Parlement. C'est à cette idéologie prédominante que se heurtent les théoriciens du pluralisme juridique lorsqu'ils posent l'hypothèse que le droit est multiple et hétérogène, et qu'« au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux »⁴.

Il y a donc eu peu d'enthousiasme pour les théories pluralistes parmi les juristes français⁵ qui, pour la plupart, adhèrent à la doctrine kelsénienne, « même si c'est souvent à leur insu »⁶. Sans nier les réalités sociologiques, la « théorie pure du droit » les considère comme non pertinentes dans l'explication des phénomènes juridiques, intrinsèquement liés à l'État. La prééminence du droit étatique, qui a étendu son emprise sur tous les aspects de la vie sociale⁷, laisse en effet peu de place à d'autres formes de droit, « maintenue[s] au rang d'anomalie[s] du système juridique »⁸. De la même manière, l'attribution à l'État du quasi-monopole de la production des règles de droit rend difficiles, sinon impossibles, les manifestations d'autonomie juridique de groupes non-étatiques, dont l'existence n'est pas réfutée mais ramenée au rang de simple fait social⁹.

¹ Voir BOUDOT-RICOEUR (Michel), *Le refus du pluralisme juridique dans la doctrine française*, Mémoire de DEA, Université Aix-Marseille, 1992, 71 p.

² Voir DEBBASCH (Roland), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, n° 30, 1997, pp. 359-366.

³ Marc Galanter, cité in GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 3 (traduction libre).

⁴ CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 356.

⁵ Certains juristes, à l'instar du Professeur Chevallier, ont toutefois fait exception en poursuivant les travaux de Romano et de Gurvitch (voir CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-49).

⁶ TROPER (Michel), « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP*, 1978, p. 1523.

⁷ Voir JESTAZ (Philippe), *Le Droit*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du Droit, 3^{ème} éd., 1996, p. 75.

⁸ DEUMIER (Pascal), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 2.

⁹ BOBBIO (Noberto), « Kelsen et les sources du droit », *APD*, tome 27, 1982, pp. 135-145.

Eprouvé par ces réticences doctrinales, le développement du pluralisme juridique s'est aussi trouvé ralenti par la difficulté d'en trouver une définition satisfaisante¹. La plupart des définitions proposées sont d'ordre sociologique et restent suffisamment larges pour pouvoir intégrer le plus grand nombre de manifestations du pluralisme juridique : c'est dans cette perspective que les Professeurs Leopold Pospisil, John Griffiths et Sally Falk Moore le définissent comme la présence dans un même champ social de plus d'un ordre juridique². Les Professeurs Michel van de Kerchove et François Ost sont encore plus lapidaires en considérant le pluralisme du droit comme « le simple fait que plusieurs systèmes juridiques coexistent au même moment »³. S'il paraît nécessaire de préciser et de compléter ces premières définitions pour les rendre juridiquement opératoires, il faut toutefois s'attarder, au préalable, sur les concepts d'ordres et de systèmes juridiques auxquels elles font référence. Les théoriciens du droit ne se sont longtemps intéressés qu'à la seule règle juridique, adoptant une approche singulariste du droit, considéré comme la somme de ces règles. Ce n'est qu'à partir du XVIII^e siècle qu'ils ont commencé à envisager le droit comme un ensemble cohérent, en développant les notions de système juridique et d'ordre juridique⁴ : « par son caractère systématique, l'ordre juridique transcende la simple "norme juridique" : [...] ces normes sont analysées, non plus dans leur singularité, mais en fonction de leur appartenance à un ensemble structuré et cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution »⁵. Cette démarche semble la plus appropriée à la compréhension du phénomène du pluralisme juridique dans la mesure où, relativisant l'importance de la règle dans sa singularité, elle favorise à la fois l'étude du droit comme expression normative globale d'un groupe et l'étude des interactions juridiques entre les groupes⁶. Dans cette

¹ Le Professeur Griffiths revient sur les difficultés des auteurs successifs à donner du pluralisme juridique une définition cohérente et fonctionnelle : GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 9-55.

² GRIFFITHS (John), *op. cit.*, p. 1

³ OST (François), KERCHOVE (Michel van de), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 188-189.

⁴ Si Jean-Jacques Rousseau et Jeremy Bentham ont mentionné l'existence de « systèmes de législation » et de « systems of law » dès le XVIII^e siècle, les principales études, celles de Santi Romano et de Hans Kelsen, ne datent toutefois que du début du XX^e siècle, en réaction aux insuffisances de l'approche de la théorie générale du droit à travers l'étude de la seule règle. Ainsi, pour le Professeur Romano, « si l'on veut définir un ordre juridique dans son entier, il ne faut pas avoir d'égard seulement à ce qu'on croit être ses différentes parties, c'est-à-dire aux normes qui y sont comprises, et dire ensuite que c'est l'ensemble de ces parties. Il est au contraire indispensable d'atteindre la caractéristique, la nature de cet ensemble, de ce tout » (ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, traduction française 1975, p. 7).

⁵ CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1984, p. 8 ; voir également TROPER (Michel), « Système juridique et Etat », *APD*, tome 31, 1986, pp. 30-31.

⁶ C'est en ce sens que le Professeur Arnaud préfère le concept de « polysystémie » à celui de « pluralisme juridique » (ARNAUD (André-Jean), *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, p. 23). A l'inverse, le Professeur Vanderlinden a préféré à la notion d'ordre juridique celle de mécanisme juridique : dans une synthèse publiée en 1973, il a en effet défini le pluralisme juridique comme « l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques », précisant à cet égard que « l'utilisation du mot *système*

perspective, encore faut-il pouvoir définir ce qu'est un ordre ou un système juridique. Si la plupart des auteurs considèrent ces deux notions comme synonymes¹, d'autres opèrent une distinction sémantique en définissant le système juridique comme un ensemble cohérent de règles de droit, et l'ordre juridique comme l'ordre politique et social résultant de l'application de règles juridiques². En ce sens, le système juridique présenterait une signification purement normative, tandis que l'ordre juridique revêtirait une acception plus sociologique. Dans la mesure où les auteurs ne s'accordent pas sur le sens à donner à ces deux termes et fournissent généralement des définitions vagues, il paraît préférable – tout au moins provisoirement³ – de donner le même sens à ces deux expressions.

Adoptant cette approche systémique, le Professeur Jean-Guy Belley a défini le pluralisme juridique comme le « courant doctrinal insistant sur le fait que toute société [...] pratique une multiplicité hiérarchisée d'ordonnements juridiques, lesquels établissent ou non entre eux des rapports de droit. Le droit étatique reconnaît, ignore, ou combat la pluralité de ces ordres juridiques suivant les mythes juridiques fondateurs propres à la société dominante qui l'a produit »⁴. L'intérêt de cette définition réside dans le fait qu'elle reconnaît l'existence d'ordres juridiques extérieurs à l'Etat, tout en liant leur statut à l'action du droit étatique à leur rencontre. Cette approche stato-centrée a fait l'objet de critiques virulentes, en raison de l'amalgame qu'elle semble opérer entre le concept de pluralisme juridique qui se réfère à la diversité des ordres juridiques, et une notion connexe, la pluralité juridique, qui se rapporte quant à elle à la diversité des sources du droit. Dès 1935, le sociologue Georges Gurvitch, qui a contribué à introduire la conception pluraliste du droit en France⁵, opérait cette distinction entre pluralité et pluralisme juridique : on peut très bien admettre l'existence de plusieurs sources du droit tout en restant dans le cadre d'une approche moniste, si ces différentes sources sont intégrées dans un droit unique.

semble en effet impliquer que ce sont nécessairement des ensembles structurés et relativement complets qui font l'objet du phénomène pluraliste, alors que l'expérience montre que celui-ci peut tout aussi bien se manifester au niveau d'une règle juridique isolée, voire de quelques-unes d'entre elles, sans qu'il soit pour autant possible de parler de *système* » (VANDERLINDEN (Jacques), « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », in GILISSEN (John) dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1973, pp. 19-20). Cet auteur a toutefois été amené, par la suite, à réfuter cette première définition qui avait pourtant été approuvée par la doctrine (VANDERLINDEN (Jacques), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ*, n° 2, 1993, pp. 573-590).

¹ KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, p. 193 ; OST (François), KERCHOVE (Michel van de), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 23-24.

² Ainsi, Duguit a défini l'ordre juridique comme « l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré et les situations juridiques qui s'y rattachent » (DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 327).

³ Dans les développements à venir, le sens à donner à ces deux notions sera précisé en fonction de l'utilisation que les auteurs en font.

⁴ BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 15.

⁵ GURVITCH (Georges), *L'expérience juridique et la philosophie du droit*, Paris, Pedone, 1935, 193 p.

Cette distinction a été reprise par le Professeur Griffiths qui montre qu'il existe deux types de pluralisme, dont seul le second est authentique : celui reconnu et autorisé par l'Etat, et celui qui échappe entièrement à son contrôle¹. Dans ce cadre, toute démarche tendant à intégrer l'Etat dans la réflexion sur la diversité des ordres juridiques corromprait la notion même de pluralisme juridique.

Cette approche radicale apparaît toutefois trop restrictive, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. En effet, exclure du champ d'étude les phénomènes pluralistes acceptés ou engendrés par l'Etat revient à réduire exagérément le sens et la portée du pluralisme juridique, en considérant que ce concept n'est applicable qu'aux sociétés non-étatisées ou qu'il ne désigne que des phénomènes extrêmement marginaux dans les sociétés étatiques. C'est oublier un peu vite que le processus d'étatisation touche aujourd'hui toutes les populations et que l'Etat moderne est devenu le mode d'organisation politique le plus largement répandu, à défaut d'être unanimement accepté² ou systématiquement efficace³. C'est faire également peu de cas de l'histoire de la construction de l'Etat dans le monde occidental : depuis le XVI^e siècle, l'Etat n'a eu de cesse d'accroître son contrôle de la régulation juridique en se substituant progressivement aux communautés (corporations ou provinces) pour l'exercice des fonctions répressives, judiciaires et législatives⁴. Dans ce cadre, toute réflexion sur le droit, même s'il s'agit d'un droit produit par des groupes non étatiques, peut difficilement faire abstraction de l'Etat : « la problématique du pluralisme juridique ne peut se limiter à mettre en évidence les manifestations non étatiques du droit. Elle doit plutôt se consacrer à l'étude systématique des effets du phénomène d'étatisation sur le partage de la régulation juridique entre l'Etat et les autres cadres sociaux »⁵.

¹ GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 1-8.

² Certaines communautés autochtones contestent l'organisation étatique qui leur a été imposée et lui dénie toute légitimité. Néanmoins, leurs revendications ne tendent généralement pas à sortir de la structure étatique, mais à disposer de leur organisation propre et autonome dans le cadre de l'Etat, dont elles peuvent alors tirer des ressources, notamment financières. Par ailleurs, dans le cas de revendications indépendantistes, les collectivités minoritaires concernées désirent souvent sortir d'un Etat... pour en former un autre. A cet égard, voir BIDÉGARAY (Christian), « Du séparatisme : réflexions liminaires sur un concept ambigu », in BIDÉGARAY (Christian) dir., *Europe occidentale. Le mirage séparatiste*, Paris, Economica, Coll. Politique comparée, 1997, pp. 9-45.

³ A partir des années 1980, la science politique américaine a développé la théorie de l'Etat faible (*weak state*) mettant en évidence les carences de l'organisation étatique pour assurer la sécurité des individus, l'Etat pouvant même être la source d'atteintes graves à cette sécurité. Sur ce thème, voir notamment BUZAN (Barry), *Peoples, States and Fear. An Agenda for International Security in the Post-Cold War Era*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 2^{ème} éd., 1991, 393 p.

⁴ Norbert Elias parle à cet égard de « processus de monopolisation » nécessaire à la « sociogénèse de l'Etat » (ELIAS (Norbert), *La dynamique de l'Occident*, Paris, Pocket, 1990, pp. 5-179).

⁵ BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 28. Pour le Professeur Belley, la problématique du pluralisme juridique doit donc avoir deux objectifs : déterminer la part respective de l'Etat et des autres groupes sociaux dans la régulation juridique des sociétés contemporaines et examiner la nature des relations entre les régulations juridiques étatiques et non-étatiques (*Ibid.*).

A la lumière de ces réflexions, la notion de pluralisme juridique peut désormais être définie de manière plus précise comme la coexistence, au même moment et au sein d'un même groupe social, de plusieurs ordres juridiques qui peuvent être étatiques ou non selon leur mode de production, officiels ou non selon leur reconnaissance par l'Etat¹. Ainsi, la distinction entre le droit étatique et les droits non étatiques², sur laquelle repose toute théorie du pluralisme juridique, ne se confond pas systématiquement avec la distinction entre le droit officiel et les droits officieux : le droit officiel peut en effet inclure des droits non-étatiques tels que le droit religieux, le droit des minorités, ou encore le droit d'ordres professionnels que l'Etat accepte d'inclure dans son propre système juridique³. Si l'on se réfère alors aux travaux du Professeur Lajoie, on est en présence d'un « pluralisme extra-étatique » lorsque coexistent, dans un même Etat, un ordre juridique étatique et des ordres juridiques non-étatiques officieux, tandis que l'on se trouve en situation de « pluralisme intra-étatique » lorsque l'Etat reconnaît, aux côtés de son droit, des ordres juridiques non-étatiques devenus officiels du fait de cette reconnaissance⁴. Ces deux acceptions semblent pouvoir s'appliquer au phénomène minoritaire, soit que l'on considère que les minorités produisent un droit que l'Etat intègre dans son propre système juridique (il y a alors pluralité de sources de droit mais unicité du système juridique), soit qu'on leur reconnaisse un pouvoir normatif totalement indépendant de l'ordre juridique étatique (la pluralité des sources de droit se traduisant alors elle-même par un pluralisme du droit).

Si l'on utilise ces deux concepts conjointement pour examiner la situation des minorités nationales en France, alors la nature des rapports entre le droit étatique et les droits minoritaires détermine la qualité et le degré du pluralisme juridique : si le droit

¹ Cette définition concerne plusieurs situations : il peut s'agir de la coexistence de plusieurs systèmes officiels (droit de l'Etat, des collectivités fédérées ou décentralisées, réglementations d'entreprises ou d'associations, déontologies, coutumes reconnues, droit international) mais il peut s'agir également de la coexistence d'un système juridique officiel (étatique ou non) et de systèmes officieux (droit des groupes minoritaires ou autochtones, coutumes non reconnues, pratiques diverses...).

² Cette distinction est fondée sur un critère purement organique : le droit étatique est, en ce sens, l'ensemble des règles et principes émanant des autorités de l'Etat constitutionnellement habilitées à dire le droit.

³ Cette typologie droit officiel/officieux, droit étatique/non-étatique, s'inspire de celle opérée par le Professeur japonais d'anthropologie juridique Masaji Chiba dans une étude relative au pluralisme juridique au Sri Lanka, dont l'intérêt théorique dépasse largement le seul cadre sri lankais (« Legal Pluralism in Sri Lankan Society : Toward a General Theory of Non-Western Law », *Journal of Behavioral and Social Sciences*, n° 33, 1991, pp. 1-10). Voir également la contribution majeure de M. Chiba à la théorie du pluralisme juridique : *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989, 236 p.

⁴ LAJOIE (Andrée) (et al.), « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 39, n° 4, décembre 1998, pp. 681-716. Cette conception s'oppose à celle du Professeur Koubi, pour qui le droit des minorités doit être « compris comme un droit intra-étatique – car, jouant elle-même d'un concept d'appartenance, la minorité est un groupe social "appartenant" à l'Etat » (KOUBI (Geneviève), « L' "entre-deux" des Droits de l'Homme et des droits des minorités : "un concept d'appartenance" ? », *RTDH*, n° 18, avril-juin 1994, p. 191). Cependant, si le qualificatif « intra-étatique » se réfère à l'origine du droit en question, comme le montre le Professeur Lajoie, alors le droit des minorités n'est pas intra-étatique ; il peut tout au plus être officiel si l'Etat accepte de l'intégrer dans son propre droit.

produit par les minorités n'est pas reconnu par l'Etat, on se trouve en présence d'un véritable pluralisme d'ordres juridiques et, par suite, d'un pluralisme juridique extra-étatique ; s'il est reconnu et intégré par le droit étatique, on a une pluralité de sources de droit et un pluralisme intra-étatique. Dans le second cas, cependant, on peut se demander dans quelle mesure le système juridique est véritablement pluraliste puisqu'au final, on est en présence d'un ordre juridique unique – celui de l'Etat.

Ainsi, la question fondamentale soulevée par les théories pluralistes est celle du rapport entre les différents systèmes juridiques¹ et, plus particulièrement, celle du rapport entre les ordres juridiques non-étatiques et le droit de l'Etat – ce qui peut sembler paradoxal (ou tout au moins ironique) si l'on considère le pluralisme juridique comme une tentative pour s'affranchir du centralisme normatif de l'Etat. Ces rapports inter-juridiques peuvent se concevoir en termes d'intégration, de reconnaissance, de concurrence ou d'opposition². S'il y a reconnaissance ou intégration d'un ordre juridique par un autre, sous quelles conditions se réalisent-elles ? S'il y a, en revanche, concurrence ou opposition entre les ordres juridiques en présence, quelles en sont les conséquences et comment peut-on gérer les conflits de normes ? Si l'on se place dans le cadre étatique, comme semble l'imposer l'étude des minorités nationales, on peut alors s'interroger également sur la conciliation entre les différents systèmes juridiques au sein de cet Etat. Quelle est la réaction du droit étatique face à la concurrence d'autres systèmes ? Y a-t-il une hiérarchie entre ces différents ordres juridiques et, le cas échéant, se traduit-elle par la prédominance du droit étatique ? Peut-on, dans le cadre français, assurer la cohérence entre différents systèmes juridiques sans pour autant remettre en cause les fondements de la République ?

2. La remise en cause des fondements de la République

Les multiples questionnements que soulève le concept de pluralisme juridique conduisent à examiner sa compatibilité avec la tradition juridique française³. L'identité juridique contemporaine est fondée – sinon exclusivement, du moins essentiellement – sur les valeurs révolutionnaires qui sont à l'origine de la construction de la France moderne. Comme le révèle la mention de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans le préambule de la Constitution de 1958, les principes juridiques érigés par la Révolution irriguent le droit français et

¹ Cette préoccupation figure dans les travaux de Santi Romano sous la question de la « relevance » des ordres juridiques les uns par rapport aux autres (ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 106).

² Le Professeur Rouland définit le pluralisme juridique comme un « courant doctrinal insistant sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation [...] » (in ARNAUD (André-Jean) dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 449).

³ A cet égard, voir notamment ROULAND (Norbert), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 387-397.

constituent le fondement de la tradition juridique nationale¹. En ce sens, la République est le fruit de la Révolution. Héritière des Lumières, la culture juridique française est devenue indissociable des principes d'unité de la nation, d'indivisibilité du territoire et d'égalité des citoyens, au point que ce triptyque est aujourd'hui un véritable mythe mobilisateur, au sens où Georges Sorel le décrivait².

Les trois composantes du triptyque sont intimement liées. L'indivisibilité implique en effet l'unité de l'Etat et, par suite, l'unité de ses éléments constitutifs : la souveraineté, le territoire et le peuple³. L'indivisibilité de la souveraineté postule qu'il n'existe qu'une seule source d'autorité s'exerçant sur l'ensemble du territoire national. La souveraineté est indivisible « parce qu'elle réside dans la collectivité envisagée globalement, sans qu'il soit tenu compte de la diversité des aspirations locales »⁴ ou de la variété des multiples collectivités qui forment l'Etat. Il en résulte que le pouvoir normatif trouve sa source première et unique dans l'Etat ; toute autre source de droit ne peut en être que dérivée⁵. L'indivisibilité du territoire vise classiquement, quant à elle, le double objectif d'intégrité et d'uniformité territoriales. Au nom de l'intégrité territoriale, toute cession et toute sécession d'une partie du territoire national se trouvent strictement limitées⁶. Au nom de l'uniformité, le droit et les institutions doivent être identiques sur l'ensemble du territoire, sous réserve des assouplissements que le Conseil constitutionnel a pu apporter à ces principes⁷. Enfin, l'indivisibilité du peuple, « composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »⁸, interdit toute différenciation entre les citoyens et rejoint ainsi le

¹ Sur le rôle de la Révolution française dans l'édification du principe d'unité et d'indivisibilité de la République, voir la thèse de DEBBASCH (Roland), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, 1988, 481 p.

² Pour Georges Sorel, un mythe est une image fondatrice, polarisant les croyances et mobilisant les affects, sur laquelle prend appui l'identité collective (SOREL (Georges), *Réflexions sur la violence*, Paris, Seuil, rééd., 1990, pp. 26-33).

³ MARCOU (Gérard), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 45-65.

⁴ BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome 2, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967, p. 352.

⁵ Sur le caractère exclusif de la souveraineté étatique, voir notamment GICQUEL (Jean), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 19^{ème} éd., 2003, pp. 57-61.

⁶ Aux termes de l'article 53 de la Constitution, « Nulle cession [...] de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ». S'agissant de la sécession de territoires, non expressément prévue par la Constitution, le Conseil constitutionnel a reconnu ce droit aux territoires d'outre-mer, devenus aujourd'hui collectivités d'outre-mer, en l'encadrant toutefois suffisamment pour que le processus d'accession à l'indépendance de ces collectivités reste sous le contrôle de l'Etat (décisions n° 75-59 DC, 30 décembre 1975, *Rec.*, p. 26 et n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Rec.*, p. 34). Sur l'hostilité de la République à la sécession, voir MAESTRE (Jean-Claude), « L'indivisibilité de la République et l'exercice du droit d'autodétermination », *RDP*, 1976, pp. 431-461.

⁷ Le Conseil constitutionnel a accepté la différenciation des régimes d'administration territoriale (voir notamment la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse, *Rec.*, p. 50) ou encore, sous certaines limites, la diversité des régimes juridiques applicables à telle ou telle partie du territoire national (décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 relative à l'Accord de Schengen, *Rec.*, p. 91).

⁸ Aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution.

principe d'égalité. En ce sens, tous les individus membres de la communauté politique nationale doivent être soumis aux mêmes lois.

Ainsi, à l'affirmation de l'indivisibilité de l'Etat est associée la garantie de l'égalité des citoyens devant la loi, principe en vertu duquel la République française se défie de toute mesure qui aurait pour effet de reconnaître des droits spécifiques à des individus, voire à des groupes déterminés par des critères ethniques ou culturels. Depuis 1789, l'universalisme juridique français suppose en effet que des droits identiques soient conférés aux individus en leur qualité de citoyens, ce lien civique étant seul en mesure de déterminer l'appartenance à la société politique¹. Comme a pu le rappeler le Conseil d'Etat en 1996 dans son rapport sur le principe d'égalité, « les concepts de peuple français et de citoyenneté n'admettent, en principe, aucune entité intermédiaire qui, sur les fondements de l'origine, de la race ou de la religion, serait susceptible d'exprimer la culture d'une fraction du peuple et de revendiquer en son nom des droits spécifiques »². Cette « indifférenciation juridique républicaine »³ qui s'est imposée au XVIII^e siècle, s'est logiquement accompagnée de la destruction des cultures locales traditionnelles qui prévalaient jusqu'alors : l'unité nationale s'est substituée au pluralisme social.

Cette conception unificatrice de la Nation, qui est à l'origine de l'indivisibilité de la République, s'oppose donc par essence à ce que des collectivités (territoriales et/ou humaines) disposent de droits ou de statuts différenciés qui ouvriraient la voie à des rapports de type fédéral au sein de la République⁴. Comme le soulignait Duguit, « il résulte [...] de l'indivisibilité de la souveraineté de la République qu'aucune collectivité ne peut être investie d'une quote-part de la souveraineté et que le fédéralisme, contradictoire avec la nature même de la souveraineté, est contraire aux principes essentiels du droit public français »⁵. De fait, l'Etat unitaire qui ne connaît qu'« une seule volonté politique, matérialisée par un ordonnancement constitutionnel unique et une organisation territoriale uniforme »⁶, apparaît fondamentalement antagoniste au modèle fédéral qui, lui, repose sur la coexistence au sein d'un même Etat d'entités locales autonomes⁷. Chaque collectivité fédérée est en effet dotée de sa propre Constitution et dispose de ce fait d'un ordre juridique propre. Toute la structure

¹ C'est ce qu'affirmait Jean-Jacques Rousseau en écrivant que « le pacte social établit entre tous les citoyens une telle égalité qu'ils s'engagent tous sous les mêmes conditions, et doivent jouir des mêmes droits » (ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, Paris, Flammarion, rééd., 2001, p. 72).

² Conseil d'Etat, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La Documentation française, 1996, p. 68.

³ L'expression est empruntée à ROULAND (Norbert), « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, n° 46, 2000, p. 520.

⁴ En ce sens, voir FABRE (Michel-Henry), « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, p. 605.

⁵ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 120.

⁶ DEBBASCH (Roland), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, n° 30, 1997, p. 364.

⁷ CROISAT (Maurice), *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 3^{ème} éd., 1999, p. 25.

de l'Etat fédéral repose donc sur le pluralisme juridique, qui découle lui-même directement de l'autonomie des entités fédérées, c'est-à-dire de leur capacité de se doter elles-mêmes de leurs propres règles de droit. Dans ce cadre, on ne peut que suivre le doyen Favoreu lorsqu'il affirme que « la frontière entre l'Etat indivisible et l'Etat divisible se détermine par référence à l'inexistence ou à l'existence d'un pouvoir normatif autonome », qu'il présente comme un critère décisif¹. Ainsi, en prévenant tout processus d'autonomisation, le principe d'indivisibilité si cher à la République française protège « le caractère unitaire de l'Etat en assurant sa prééminence normative »².

Face à cette tradition profondément ancrée, le pluralisme juridique peut apparaître au mieux comme une illusion³, au pire comme une méprise doctrinale⁴ inconciliable avec les principes fondateurs de la République. De fait, en postulant l'existence de groupes susceptibles de produire du droit hors du cadre étatique et, par suite, de systèmes juridiques potentiellement concurrents de celui de l'Etat, le positionnement pluraliste remet en cause la plupart des concepts fondamentaux du droit constitutionnel français. En premier lieu, la reconnaissance à des collectivités minoritaires du droit d'avoir leur propre droit s'oppose aux principes d'égalité des citoyens et d'universalité de la loi qui, dès lors, n'est plus la même pour tous. De ce fait, la reconnaissance du pluralisme juridique est susceptible de créer un certain degré d'insécurité juridique⁵ : il peut être parfois difficile aux individus de déterminer quelle règle juridique s'applique dans une situation donnée et, même s'ils savent quel ordre juridique prévaut, ils ne connaissent pas toujours la règle matérielle qui s'applique effectivement. Ce problème d'accès au droit se double d'une incertitude quant à la règle à appliquer en cas de conflits de normes ou de litige entre individus appartenant à des collectivités juridiques différentes.

En second lieu, la consécration de collectivités minoritaires dotées d'une certaine autonomie juridique et institutionnelle contrarie les principes d'unité et d'uniformité qui fondent la cohérence territoriale de l'Etat. Elle remet en question ses mécanismes d'administration et de gouvernement, dans la mesure où d'autres institutions rentrent alors en compétition avec l'Etat pour la maîtrise de la régulation juridique : le fait que ces institutions soient extérieures à l'appareil étatique, tout en prétendant exercer des compétences normatives qui étaient jusque-là du ressort de l'Etat, révèle une altération de la dichotomie traditionnelle entre l'Etat et la société.

¹ FAVOREU (Louis), « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1277.

² MARCOU (Gérard), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, p. 52.

³ CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 360.

⁴ TAMANAHA (Brian), « The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, Vol. 20, n° 2, 1993, p. 192-218.

⁵ C'est en ce sens que le Professeur Atias affirme qu'en morale comme en droit, il ne peut y avoir qu'une seule solution (ATIAS (Christian), « Eléments pour une mythologie juridique de notre temps : le mythe du pluralisme civil en législation », *RRJ*, 1982, pp. 244-254).

La gouvernance n'est plus totalement dominée par les autorités étatiques et c'est alors, en troisième lieu, la conception moderne de la souveraineté de l'Etat qui se voit profondément remise en cause. L'exercice de la souveraineté suppose en effet que l'Etat soit la source principale, voire exclusive du droit, comme l'ont affirmé les partisans de l'Ecole exégétique au début du XX^e siècle¹. Postuler que les institutions étatiques constitutionnelles ne possèdent pas le monopole de la production du droit mais la partagent avec d'autres acteurs sociaux – en l'occurrence, les collectivités minoritaires – ébranle les postulats de l'unité du système juridique et de l'absolue identité de l'Etat et du droit, si chers à la théorie kelsénienne². C'est alors la définition même du droit qui se voit questionnée : si l'on accepte l'hypothèse que le droit est susceptible d'être produit par tout groupe social organisé³, il ne peut plus être uniquement considéré comme un ensemble de règles pourvues d'une sanction étatique⁴.

Cette reconceptualisation a cependant été perçue par la plupart des auteurs positivistes comme une extension abusive du concept de droit et une source de confusion théorique. Ainsi, pour Brian Tamanaha, « le concept de pluralisme juridique est construit sur une base analytique instable qui conduira, au final, à sa disparition »⁵. Cette critique est notamment fondée sur l'incapacité des partisans du pluralisme juridique de donner une définition communément admise du droit. Une telle incertitude sémantique conduit à inclure dans le pluralisme juridique des

¹ L'Ecole de l'Exégèse a regroupé des auteurs tels que Jhering, Carré de Malberg ou Dabin, qui ont présenté l'Etat comme seul créateur du droit. Le droit tout entier se trouve ainsi réduit à la seule loi de l'Etat, « expression de la volonté générale », qui est commentée, décortiquée, analysée, interprétée pour en déduire tous les principes. Ainsi, pour Jhering, « l'Etat est l'unique source de droit » (JHERING (Rudolf von), *L'évolution du droit*, Paris, Chevalier-Marescq, 1901, p. 215). Pour Carré de Malberg, « le point de départ de tout ordre juridique, c'est l'apparition de la puissance créatrice du droit, c'est-à-dire de l'Etat lui-même ». Dès lors, « seule la règle admise et édictée par l'Etat constitue une règle de droit proprement dit. [...] Il ne peut se former de droit proprement dit que par la puissance et la volonté de l'Etat » (CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, pp. 67 et 240-241). De même, pour Dabin, « le droit n'existe, à titre de règle obligatoire, qu'à partir du moment où l'Etat, par ses organes qualifiés, l'aura érigé en loi d'Etat » (DABIN (Jean), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 34). Bien qu'elle ait eu une grande importance doctrinale en France, l'Exégèse a été victime de ce fétichisme de la loi étatique et a progressivement laissé place à l'Ecole normativiste kelsénienne, qui a assuré la perpétuation de la conception formaliste et étatiste du droit.

² Le fondateur de l'Ecole autrichienne présente l'Etat comme la personnification de l'ordre juridique dans son ensemble, fermant ainsi la voie à toute autre norme d'origine non-étatique (KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, collection « La pensée juridique », 2^{ème} éd., 1999, pp. 281-310).

³ Voir GURVITCH (Georges), *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, pp. 179-200 ; DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 94 ; HAURIOU (Maurice), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique. Textes et documents, 1986, p. 96.

⁴ Cette définition est pourtant celle donnée par la majorité des ouvrages d'introduction au droit. Voir notamment AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit*, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2002, p. 7 ; COURBE (Patrick), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 1997, p. 4 ; STARCK (Boris), ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 32.

⁵ TAMANAHA (Brian), « The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, Vol. 20, n° 2, 1993, p. 192 (traduction libre).

phénomènes si disparates qu'au final, « le concept doit être entièrement reconstruit, ou retiré »¹. A l'instar de Brian Tamanaha, la majorité de la doctrine demeure hostile au concept de pluralisme juridique mais sans pour autant proposer de solution alternative aux revendications minoritaires qui ne cessent de se multiplier. Un document de travail du Programme de gestion des transformations sociales de l'Unesco² publié en 1994 conclut que « malgré quelques rares exceptions, l'on a échoué jusqu'à présent à proposer un modèle d'organisation des sociétés développées intégrant les dimensions identitaires, notamment ethnico-nationales »³. En effet, l'étude des régimes de reconnaissance et de protection des minorités nationales révèle des insuffisances notables, tant au regard des revendications minoritaires que des besoins des Etats eux-mêmes. Plus encore, la mise en place de tels régimes peut présenter des effets pervers : « l'idée de protection des minorités se fonde sur la reconnaissance d'une situation d'infériorité ; dès lors, si elle représente une honorable préoccupation, elle a pour inconvénient d'entretenir, implicitement, la "mineurité" des minorités »⁴. Il devient dès lors nécessaire de trouver de nouvelles solutions permettant de consacrer, de protéger et de maintenir effectivement les différences des groupes minoritaires, sans pour autant entretenir la situation d'infériorité et de soumission dans laquelle se trouvent généralement ces groupes. Dans cette perspective, le pluralisme juridique qui apparaît jusqu'à présent comme une hérésie au regard du dogme républicain, pourrait s'affirmer comme un mode alternatif de gestion du phénomène minoritaire⁵.

B. Un mode alternatif de gestion du phénomène minoritaire

L'observation des principes fondateurs de la République révèle clairement que l'unité est devenue l'un des principaux paradigmes de la science juridique en France⁶.

¹ TAMANAHA (Brian), *op. cit.*, p. 193 (traduction libre).

² Le Programme de Gestion des Transformations Sociales (*Management of Social Transformations Program*) a été mis en place sous l'égide de l'Unesco en 1994 pour promouvoir la recherche et l'échange d'informations entre les Etats membres concernant la mondialisation et la gouvernance, les sociétés multiculturelles et multiethniques, le développement urbain et l'éradication de la pauvreté. Voir le site du programme : <http://www.unesco.org/most/>

³ GIORDAN (Henri), « Les sociétés pluriculturelles et pluriethniques », Unesco, Programme de Gestion des Transformations Sociales, Document de travail n° 1, 1994 [<http://www.unesco.org/most/giordfra.htm>]

⁴ SOULIER (Gérard), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 628.

⁵ L'« hérésie » retrouverait ainsi son sens originel. En effet, si le terme s'entend aujourd'hui d'une doctrine condamnée parce que corrompant les dogmes établis (*Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, v° Hérésie 1°), son étymologie (du latin *haeresis* signifiant doctrine, et du grec *hairesis* signifiant choix) le désigne plutôt comme une pensée ou un choix alternatif.

⁶ La notion de « paradigme » a été développée par Thomas Kuhn, qui en distingue deux sens. Au sens large, le paradigme est l'ensemble des valeurs reconnues et des techniques communes aux membres d'un groupe scientifique donné ; au sens étroit, il est la solution d'une question concrète qui, s'avérant particulièrement illustrative, est utilisée par les chercheurs comme modèle commun pour la résolution d'autres questions qui surgissent dans le développement de la discipline (KUHN (Thomas), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, p. 207). La définition qui en est

Toutefois, comme les préjugés, les paradigmes peuvent constituer des obstacles au développement de la pensée scientifique¹. Ce thème a été développé par Bachelard, qui a forgé le concept d'« obstacle épistémologique » pour rendre compte des différents paradigmes qui, au long de l'histoire, ont dévié ou ralenti le cours de la recherche scientifique². Parmi les principaux obstacles épistémologiques récurrents, Bachelard relève précisément « la connaissance unitaire » qui, dès le XVIII^e siècle, « efface toutes les singularités, toutes les contradictions, toutes les hostilités de l'expérience »³. Ramenée à la science juridique, l'hypothèse de Bachelard conduit à envisager les principes d'unité et de monisme comme de potentiels obstacles épistémologiques au développement d'une représentation scientifique réaliste du droit dans l'Etat.

Si l'unitarisme et le monisme juridique résultent d'une tradition juridique vieille de plus de deux siècles, ils ne semblent plus aujourd'hui en mesure d'embrasser les phénomènes de diversité qui marquent de plus en plus la Nation française. Plus encore, le paradigme unitariste n'est lié qu'à une situation politique contingente et ne tient nullement à l'essence du droit, comme le révèle l'histoire de France : avant l'avènement de l'Etat moderne, la population était soumise à plusieurs systèmes juridiques, coutumes locales et générales, droit romain, droit canonique, chartes municipales et autres statuts corporatifs⁴. Cette mise en perspective historique témoigne du fait que l'identité juridique d'un Etat ne saurait être un phénomène immuable. Si cette identité tire sa légitimité du passé, elle doit s'adapter aux évolutions sociales et politiques pour assurer sa pérennisation. Se pose alors la question d'un changement de paradigme dont la survenance serait inévitable au regard de l'inadéquation entre le discours juridique et la réalité sociologique⁵. Peut-être est-il

donnée par le Professeur Vanderlinden peut être retenue pour sa simplicité et sa fonctionnalité : par la suite, un « paradigme » sera entendu comme une « conception théorique dominante qui a cours à une certaine époque dans une communauté scientifique » (VANDERLINDEN (Jacques), « Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ*, n° 49, 2002, p. 17).

¹ C'est précisément pour cette raison que Jacques Vanderlinden met en garde contre l'usage de paradigmes : « tout mon apprentissage de la vie scientifique depuis un demi-siècle m'a convaincu de ne jamais penser en termes de paradigmes, si ce n'est celui de l'immense relativité de tout savoir et de la nécessité de sans cesse le remettre en question. [En effet, le paradigme] est une telle source de reproduction de l'ordre établi, de conformisme à l'égard du "scientifiquement correct", de fermeture des esprits, que je préfère essayer de m'en passer plutôt que d'y succomber » (*Ibid*).

² Placé au fondement d'une théorie, l'obstacle épistémologique est, selon Bachelard, un élément qui tente de la garantir contre les infirmations dont elle pourrait faire l'objet : en survalorisant la théorie, cet élément écarte les questions irrésolues qu'elle suscite et lui confère une valeur explicative exagérément étendue. BACHELARD (Gaston), *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, J. Vrin, rééd., 1989, pp. 13-22.

³ BACHELARD (Gaston), *op. cit.*, p. 83.

⁴ A ce sujet, voir ROULAND (Norbert), *L'Etat français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques françaises de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995, 377 p.

⁵ Pour des travaux présentant le pluralisme juridique comme « nouveau paradigme » de la science du droit, voir notamment LE ROY (Etienne), « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, pp. 29-43.

temps d'adopter un autre concept explicatif, un autre paradigme juridique, sans pour autant que celui-ci devienne un nouvel obstacle épistémologique. Ce n'est que sous cette dernière condition que le pluralisme juridique pourrait contribuer à une gestion innovante (1) et adaptée (2) des minorités nationales par l'Etat.

1. Une gestion innovante des minorités nationales

L'approche du droit par le biais du pluralisme juridique apparaît comme une solution envisageable, dans la mesure où elle implique un traitement équitable et non plus seulement égalitaire des citoyens, et impose aux Etats de redéfinir les valeurs qui fondent leur légitimité sur la base d'une conciliation entre l'unité nationale et les particularismes minoritaires. En ce sens, le pluralisme juridique ne présente plus uniquement un intérêt théorique, mais revêt également un intérêt politique : il se présente comme un nouveau mode de gestion des relations intercommunautaires et de régulation des sociétés pluriculturelles, ouvrant la voie à la reconnaissance publique des identités minoritaires, à la réorganisation des structures étatiques ou encore à la reconfiguration du système juridique de l'Etat.

L'enjeu principal du pluralisme juridique semble ainsi résider dans la redéfinition du rapport à l'Etat ou, plus précisément, dans la redéfinition du lien entre l'Etat et les minorités nationales. Pour ces dernières, le pluralisme juridique apparaît comme une solution en permettant l'expression normative de leur différence et l'institutionnalisation de leur appartenance communautaire. Pour l'Etat, la reconnaissance d'un certain pluralisme du droit constitue une réponse aux aspirations identitaires qui se font jour en son sein et lui permet ainsi d'éviter la sécession de certaines parties du territoire. Dès lors, le pluralisme juridique ne se présente plus comme un facteur de délitement de l'Etat, mais comme un vecteur d'évolution du modèle étatique, dans la mesure où il propose une transformation des rapports internes entre l'Etat et les minorités, et offre des outils conceptuels pour résoudre les conflits interculturels. La réorganisation des structures étatiques par le renforcement de la décentralisation, la modification des modalités de l'intervention publique en vertu des concepts d'autonomie, de gouvernance ou de subsidiarité peuvent être à l'origine non d'un affaiblissement de l'Etat mais, au contraire, d'un raffermissement de son efficacité et de son autorité¹. Dans cette hypothèse, le pluralisme juridique

¹ LAVOREL (Sabine), VALLET (Elisabeth), « Régionalisme et autonomie en Europe occidentale », in DUCHASTEL (Jules), CANET (Raphaël) dir., *Crise de l'Etat, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna Editions, 2006, pp. 99-122. Le Professeur Vanderlinden va même plus loin en avançant « l'idée qu'une organisation résolument pluraliste de la production du droit à tous ses niveaux (législatif, exécutif et judiciaire) constituerait le seul rempart véritablement efficace contre la destruction de l'Etat tel qu'il existe actuellement. Celui-ci serait désormais conçu davantage comme un espace géographique au sein duquel cohabiteraient des sociétés multiples aux systèmes juridiques desquelles seraient rattachées, selon des critères et dans des mesures à définir, les personnes habitant cet espace » (VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste. Solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) (dir.), *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 673).

constituerait peut-être un facteur de renforcement de la légitimité de l'Etat et, par suite, de pérennisation du modèle étatique comme modèle d'organisation sociale.

Au-delà de la transformation des institutions, le recours au pluralisme juridique pourrait également permettre une meilleure adaptation du droit à la société qu'il régit. Depuis plusieurs années, nombreux sont les auteurs qui dénoncent une crise du droit étatique, provoquée par un décalage croissant entre l'État et la société civile¹. Le droit produit par l'Etat serait ainsi trop foisonnant, trop complexe, trop changeant², cette profusion constituant un frein à son efficacité et confinant à ce que le Professeur Carbonnier a appelé « l'autoneutralisation du droit »³. Son inaccessibilité et son inadaptation croissante aux besoins de la société⁴ conduisent à penser qu'il ne remplit plus son rôle et gagnerait probablement à réintégrer des principes oubliés ou écartés, des règles traditionnelles plus simples, pour parvenir à des solutions de conflits mieux acceptées par les intéressés. En ce sens, les carences du droit étatique légitimeraient le recours à d'autres systèmes de droit, notamment coutumiers, qui viendraient pallier ses déficiences⁵. En ouvrant le droit aux normes émanant de la société elle-même et disposant, de ce fait, d'une légitimité indéniable, l'approche pluraliste pourrait ainsi remédier au divorce identifié entre le droit étatique et la société⁶.

Cette démarche consacre toutefois un changement de perspective fondamental par rapport à la conception classique du droit. Il ne s'agit plus de partir de la norme juridique et de s'interroger sur les conditions de son accessibilité mais bien de partir de la population et de définir ses besoins et la manière la plus adéquate de les satisfaire. Dans ce cadre, la légitimité du droit n'est plus fondée sur la puissance intrinsèque de la norme mais sur la recherche de l'adhésion de ceux qu'elle cherche à

¹ A quinze ans d'intervalle, le Conseil d'Etat a dénoncé cette crise du droit étatique. Voir notamment Conseil d'Etat, *La sécurité juridique*, Rapport public 1991, Paris, La Documentation française, 1991, pp. 15-47 ; et Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 223-406.

² Voir les développements du doyen Carbonnier sur ce qu'il a appelé « les dérèglements du droit », in CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, pp. 107-114. Dans le même sens, le vice-Président du Conseil d'Etat estime que la loi, au lieu d'être « solennelle, brève et permanente », est « aujourd'hui bavarde, précaire et banalisée » (DENOIX DE SAINT MARC (Renaud), *Le Journal du Dimanche*, 21 janvier 2001). Le Président du Conseil constitutionnel note également « une dégradation de la qualité de la loi [...] qui tâtonne, hésite, bafouille » (MAZEAUD (Pierre), *Vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République*, 3 janvier 2005, reproduits sur le site du Conseil constitutionnel).

³ CARBONNIER (Jean), « L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, pp. 30-31.

⁴ OPPETIT (Bruno), « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, pp. 9-19.

⁵ Le Professeur Deumier défend ainsi l'idée qu'« une création spontanée du droit [serait] justement le remède à la crise, quantitative et qualitative, de la loi, garantissant sa meilleure adaptation aux besoins de la société » (DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 2).

⁶ A cet égard, voir YOUNES (Carole), « Le pluralisme juridique : penser l'homme pour penser le droit », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, pp. 39-40.

contraindre¹. La Constitution n'échappe pas à cette approche. Elle est même la première à devoir s'y soumettre, dans la mesure où elle représente « la traduction d'un pacte politique et social »². De ce fait, « le consentement qui fonde les [dispositions constitutionnelles] et la légitimité qui les enracine sont donc les meilleurs garants de leur stabilité et de leur permanence »³. Or, le phénomène minoritaire qui touche la France depuis quelques décennies traduit un décalage sensible entre les valeurs nationales consacrées par la Constitution et l'identité culturelle à laquelle les minorités adhèrent. Cette rupture appelle aujourd'hui une adaptation du droit, notamment du droit constitutionnel, afin de prendre en compte les particularismes minoritaires, tout en ne remettant pas radicalement en cause les principes et les valeurs qu'il véhicule. Un tel équilibre ne peut être atteint que par une démarche pluraliste, admettant le fait que la légitimité se trouve désormais morcelée et que chaque minorité doit faire l'objet d'une gestion adaptée.

2. Une gestion adaptée des minorités nationales

Depuis quelques années, la multiplication des revendications identitaires en outre-mer comme en métropole a obligé la République à se saisir, volontairement ou non, du phénomène minoritaire. Le discours dogmatique en vertu duquel les principes d'égalité et d'unité interdisent toute prise en compte des différences masque donc une réalité juridique beaucoup plus nuancée : derrière la rigidité des déclarations officielles, les pouvoirs publics mettent peu à peu en place une gestion spécifique des minorités nationales, faisant ainsi évoluer le droit public français. Le changement de paradigme n'est donc plus seulement une éventualité doctrinale, il devient une réalité tangible : progressivement, le pluralisme juridique sous ses différentes formes s'affirme comme une alternative à la politique d'indifférenciation juridique républicaine qui prévaut depuis plus de deux siècles.

Certes, cette évolution demeure prudente et ne s'apparente pas, pour l'heure, à un bouleversement radical du droit. Elle se manifeste bien plus par des avancées discrètes, dont la conjugaison laisse toutefois entrevoir une acceptation accrue des différences, désormais inscrites dans le droit⁴. Petit à petit, les aménagements

¹ En ce sens, voir CHEVALLIER (Jacques), « La rationalisation de la production juridique », in MORAND (Charles-Albert) dir., *L'Etat propulsif*, Paris, Publisud, 1991, p. 37.

² CONSTANT (Fred), « Allocution d'ouverture », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 11.

³ *Ibid.*

⁴ Il serait légitime de supposer que la position d'un gouvernement à l'égard du pluralisme juridique dépend fortement de sa conception de l'exercice du pouvoir politique et des fonctions qu'il attribue à l'Etat. L'étude chronologique des évolutions pluralistes du droit en France ne semble pourtant pas conforter cette hypothèse : ces évolutions, les plus anciennes comme les plus récentes, sont tout autant le fait de gouvernements de gauche que de gouvernements de droite. Plus encore, s'agissant de la classe politique française, on trouve à droite des partisans d'une affirmation des particularismes, comme à gauche des tenants d'un Etat unitaire dans la filiation révolutionnaire. Ces croisements révèlent la complexité de cette question, qui résiste de toute évidence à des schémas conceptuels simplistes.

pluralistes se multiplient, visant ici à mettre en valeur une culture ou une langue régionale (les exemples corse et breton étant les plus médiatisés), là à reconnaître la soumission de certaines parties du territoire ou de la population nationale à un droit spécifique (on pense notamment au droit local alsacien-mosellan ou aux statuts personnels régissant certaines populations d'outre-mer), là encore à accorder une véritable autonomie politico-juridique à des collectivités locales (comme en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française). Comme le montrent ces exemples, le droit français semble s'efforcer de combiner les principes d'unité et d'égalité avec les exigences du pluralisme socioculturel¹. La République semble ainsi réformer son identité juridique, selon une « logique de conciliation »² entre ses valeurs fondatrices et les revendications identitaires.

Cette ouverture progressive à la différence ne se fait pas sans contradictions ni incohérences ; celles-ci « résultent du fait que l'État, finalement, est obligé de prendre certaines mesures imposées par le fait pluraliste, malgré son refus de le reconnaître de manière expresse au nom des principes d'unité et d'égalité qu'il entend incarner »³. Il s'agit alors de dépasser ces paradoxes pour déterminer la situation effective des minorités nationales dans la République, en prenant soin de différencier le positionnement théorique de l'Etat et ses pratiques juridiques – qui, à l'évidence, ne s'accordent pas. De fait, la reconnaissance des minorités en France demeure implicite ; elle ne peut véritablement s'apprécier qu'à l'aune de dispositions législatives ou administratives ponctuelles, ou de décisions de justice occasionnelles. L'ensemble de ces mesures disparates fait apparaître un droit français des minorités nationales dont les contours sont encore incertains mais qui présente, au demeurant, quatre caractéristiques notables. Il s'affirme d'abord comme un droit *spécifique*, tant à l'égard des autres modèles nationaux de gestion des minorités (en particulier le modèle américain⁴), qu'à l'égard du droit international des minorités dont l'inadaptation à la tradition républicaine française est manifeste. Il se présente ensuite comme un droit *pragmatique* dans la mesure où les revendications sont abordées les unes après les autres, sans traitement global du phénomène minoritaire. Il apparaît également comme un droit *éclectique* puisqu'il touche à toutes les questions que soulèvent la protection des minorités et le maintien de leurs spécificités culturelles,

¹ A cet égard, voir DEBBASCH (Roland), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, n° 30, 1997, pp. 359-376 ; GREWE (Constance), « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, n° spécial 5-6, 1998, pp. 1349-1360.

² L'expression est empruntée à KOUBI (Geneviève), « Droit et minorité dans la République française », in FENET (Alain), KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001, p. 297.

³ SOULIER (Gérard), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 632.

⁴ Les Etats-Unis, auxquels peuvent être associés d'autres pays anglo-saxons, ont en effet adopté des politiques communautaristes, en vertu desquelles l'identité des individus et leurs droits sont déterminés en référence à leur communauté d'appartenance. Pour une discussion sur ces politiques, voir KYMLICKA (Will), « Liberalism and Communitarianism », *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 18, n° 2, 1988, pp. 181-203.

linguistiques ou religieuses. Enfin, ce droit émergent des minorités constitue un droit *composite*, amalgamant des règles provenant d'origines diverses, coutumières, locales, nationales et internationales.

L'émergence de ce droit des minorités n'est pas sans incidence sur le droit applicable en France. Il génère en effet un pluralisme juridique complexe, dont les manifestations varient avec la nature des droits reconnus aux différentes minorités nationales. A l'évidence, l'attribution d'une certaine autonomie normative à une collectivité minoritaire génère un pluralisme juridique bien plus poussé que celui produit par l'octroi de droits subjectifs spécifiques, qui confinera pour sa part à la pluralité juridique. Ce constat suggère l'existence d'une gradation dans la mise en œuvre du pluralisme juridique par la France¹ (gradation qui va de la négation de certaines minorités, comme les groupes culturels de métropole, à la consécration constitutionnelle, comme les populations de Nouvelle-Calédonie). Le degré de pluralisme juridique serait ainsi lié au degré d'autonomie reconnu aux différents groupes minoritaires. Une telle hypothèse suppose d'adopter l'image d'une échelle, ou d'une succession de niveaux représentant des régimes juridiques différents, que l'on retrouve fréquemment en doctrine². Si l'on accepte cette lecture graduelle du pluralisme juridique, on pourrait alors placer sur une échelle allant du monisme au pluralisme extra-étatique, toutes les situations minoritaires en fonction de leur degré d'institutionnalisation et de reconnaissance par l'Etat : plus le pluralisme juridique est établi, plus la minorité nationale est autonomisée.

Ce schéma permet à l'Etat d'adopter en théorie une variété infinie de positions face à ses minorités, sachant que le monisme juridique le plus extrême est inconciliable avec l'existence de revendications minoritaires, tandis que le pluralisme juridique le plus poussé est incompatible avec le maintien de l'organisation étatique. Le premier est donc un mythe, le second une illusion. Entre ces deux extrémités, en revanche, tout positionnement est possible, comme l'est d'ailleurs tout changement de positionnement. En effet, rien n'interdit à l'Etat de modifier, dans le temps, la nature

¹ Dans le même sens, voir SEZGIN (Yüksel), « Theorizing Formal Pluralism: Quantification of Legal Pluralism for Spatio-temporal Analysis », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 50, 2004, pp. 101-118.

² L'image de l'échelle se trouve largement utilisée dans différents domaines du droit public. Dès le début du XX^e siècle, Duguit propose la théorie de « l'échelle de domanialité » en vertu de laquelle les biens peuvent être classés en six catégories, selon leur degré de domanialité publique (DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, Paris, De Boccard, 2^{ème} éd., 1923, pp. 327-336). Plus récemment, l'idée d'une « échelle de normativité » a été défendue par le Professeur Weil, qui montre l'existence d'une différence d'intensité normative en droit international, entre les normes impératives dont l'application ne peut être écartée par voie d'accords particuliers, et les normes simplement obligatoires créant des obligations moins essentielles (WEIL (Prosper), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 17). D'autres auteurs ont développé les notions d'« échelle de publicisation des contrats » ou encore d'« échelle de rentabilité » (voir respectivement LLORENS (François), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, Paris, LGDJ, 1981, p. 656 ; BERNARD (Sébastien), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 2001, p. 5).

et/ou la portée des droits qu'il reconnaît à ses minorités. La lecture graduelle du pluralisme juridique se double donc d'une lecture dynamique. Dans cette perspective, le pluralisme juridique doit être considéré davantage comme un processus évolutif que comme une situation donnée : son intensité se modifie continuellement suivant l'accentuation des processus de décentralisation, la réduction du centralisme étatique ou le transfert de pouvoirs administratifs et/ou politiques à de nouveaux centres de gouvernance ¹.

C'est précisément dans ce double caractère graduel et dynamique que réside tout l'intérêt du pluralisme juridique pour les minorités et pour l'Etat. En effet, la possibilité de moduler la forme et les effets du pluralisme juridique permet une gestion adaptée des différentes minorités nationales prenant en compte, au cas par cas, la nature des revendications minoritaires mais aussi les intérêts de l'Etat en la matière. Ainsi, dans certaines hypothèses, l'Etat acceptera de reconnaître l'autonomie normative de collectivités minoritaires, ouvrant la voie à un pluralisme juridique « authentique » ². Dans d'autres cas, il préférera adapter son propre droit aux spécificités minoritaires et donnera alors naissance à une pluralité juridique.

Ces différents degrés de pluralisme juridique se répercutent alors différemment sur le droit applicable en France. Les formes les plus poussées qui résultent de la reconnaissance d'ordres juridiques minoritaires plus ou moins autonomes de l'Etat, se traduisent par une multiplication des sources du droit. En effet, dès lors que l'Etat reconnaît la validité d'ordres juridiques qui lui sont extérieurs, son propre droit n'est plus le seul droit applicable sur le territoire national et doit se concilier avec d'autres sources de droit, tout aussi effectives. Les formes moins radicales de pluralisme, pour leur part, procèdent de la prise en compte des minorités nationales par l'Etat, dont le droit se diversifie pour consacrer la diversité culturelle de la population nationale. Le pluralisme ne concerne alors plus les sources, mais le contenu du droit positif, désormais composé de règles hétéroclites.

Ainsi, l'ouverture progressive de l'Etat à la diversité identitaire est à l'origine de deux phénomènes complémentaires qui modifient les caractéristiques du droit applicable en France. Le premier, le pluralisme des sources de droit, annonce la fin du monopole normatif étatique. Le second, la pluralisation du contenu du droit, met un terme à l'uniformité du droit.

* *
*
*
*

Première partie - Le pluralisme des sources de droit

Deuxième partie - Le pluralisme du contenu du droit

¹ Voir SEZGIN (Yüksel), *op. cit.*, pp. 101-118.

² Pour reprendre l'expression de GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 1-8.

PREMIÈRE PARTIE

**LE PLURALISME
DES SOURCES DE DROIT**

Affirmer l'existence d'un pluralisme des sources de droit ¹ soulève deux questions liminaires qui paraissent aussi incontournables qu'indissolublement liées. La première est relative à la définition de la notion même de « sources de droit », dont tous les auteurs affirment qu'elle est équivoque et se prête à de multiples significations ². Afin de limiter toute incertitude sémantique, il paraît utile de se reporter à la distinction traditionnellement opérée par la doctrine entre sources matérielles et sources formelles de droit. Les premières, auxquelles se réfèrent souvent les sociologues et philosophes du droit, désignent les facteurs influant sur le contenu du droit, ou encore le fondement des différentes règles de droit, « ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité » ³. Les secondes, quant à elles, désignent classiquement les différents procédés d'édiction des normes juridiques ⁴. Les juristes positivistes s'en tiennent généralement à la notion de sources formelles qui leur permet de justifier, par un détour procédural, qu'il n'existe d'autre fondement du droit que le droit lui-même ⁵. Si ces deux acceptions des « sources de droit » paraissent à première vue irréductibles, il est toutefois un point sur lequel elles peuvent s'accorder. En effet, si l'on suit le raisonnement positiviste, une norme ne peut être juridiquement valable que parce qu'elle est édictée selon une certaine méthode et par des autorités disposant du pouvoir de créer du droit ⁶. Comme l'indique le Professeur Virally, les sources formelles « ne sont pas seulement des moyens d'élaborer les normes juridiques, de les rédiger, de leur donner une forme, mais avant tout des moyens de leur conférer une force spécifiquement juridique, de leur attribuer leur validité » ⁷. Ainsi se trouvent toujours intimement liées, dans la notion de « sources de droit », la question de l'origine du droit (d'où découle le droit ?) et la question du fondement du droit (d'où les normes juridiques tirent-elles leur valeur ou leur validité ?) ⁸.

La réponse à ces deux questions constitue précisément la seconde difficulté à laquelle se heurte le juriste observant la multiplication des sources de droit. Une fois approchée la définition de ces sources, il lui revient en effet d'en établir une liste – et

¹ L'expression « source *de* droit » a été préférée à celle de « source *du* droit », dans la mesure où l'article défini de la seconde formule semble se référer à un droit précis et unique, que l'on suppose aisément être le droit positif ou le droit de l'Etat. Les développements à venir, qui porteront sur une multiplicité d'ordres juridiques, s'accommoderont donc mieux d'un « droit » indéterminé qu'il sera alors loisible de définir. Il est toutefois à noter que la grande majorité des auteurs utilise les deux expressions indistinctement. Voir THIBIERGE (Catherine), « Sources du droit, sources de droit : Cartographie des sources », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 519-546.

² En ce sens, voir les différentes contributions aux *Archives de Philosophie du Droit* de 1982 consacrées aux sources du droit, et notamment AMSELEK (Paul), « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, tome 27, 1982, pp. 251-258.

³ AMSELEK (Paul), *op. cit.*, p. 253.

⁴ Les sources formelles peuvent aussi désigner, dans un sens plus restreint, les documents sur lesquels se trouvent écrites les dispositions normatives.

⁵ BOBBIO (Norberto), « Kelsen et les sources du droit », *APD*, tome 27, 1982, pp. 135-145.

⁶ Kelsen parlait de « pouvoir juridique » (*Rechtsmacht*) pour désigner le pouvoir de créer des règles de droit. Sur cette notion, voir BOBBIO (Norberto), *op. cit.*, pp. 143-145.

⁷ VIRALLY (Michel), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 144.

⁸ C'est le sens de la démonstration du Professeur AMSELEK (Paul), « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, tome 27, 1982, pp. 251-258.

l'on retrouve ici la divergence entre positivistes et sociologues. Les premiers considèrent que l'Etat est la source par excellence du droit positif, tandis que les seconds sont plus enclins à reconnaître l'existence de sources alternatives¹. Force est alors de reconnaître que les choix de la doctrine en ce domaine sont loin d'être innocents. Affirmer que la loi constitue la principale source de droit, les autres n'étant – au mieux – que marginales, implique que l'Etat soit regardé comme disposant du monopole de la création du droit. En revanche, inclure les coutumes parmi les sources de droit a pour conséquence directe de prôner une plus grande autonomie de la société civile, voire de groupes minoritaires, par rapport à l'Etat. Dès lors, on ne peut que rejoindre la démonstration du Professeur Haba, qui affirme que « ce qu'on appellera “sources du droit” dépend d'un choix relativement arbitraire »². De fait, aucun de ces positionnements doctrinaux « ne résulte d'une nécessité logique ni n'est une constatation de données simplement empiriques » ; au contraire, ces choix « sont solidaires, en chaque cas, d'une idéologie »³ et d'une conception prédéterminée de ce qu'est, ou de ce que doit être le droit.

Partant de ces réflexions liminaires, les hésitations de la doctrine française à reconnaître des sources alternatives de droit sont aisément compréhensibles : une telle reconnaissance reviendrait en effet à admettre l'existence de collectivités non-étatiques capables de produire du droit et, par suite, à remettre en cause le monopole normatif de l'Etat. L'« idéologie » du centralisme juridique est pourtant à l'origine de nombreuses confusions doctrinales : présupposer que l'Etat est le seul producteur de droit constitue un obstacle majeur à une observation objective de la réalité du champ juridique⁴. Ainsi, « l'observation de la réalité quotidienne a amené de nombreux juristes qui s'intéressent au problème des fondements du droit, à reconnaître que tout droit est relatif, qu'il existe un pluralisme des sources du droit, et qu'un retour au pragmatisme s'impose »⁵. Ce retour au pragmatisme suppose toutefois de faire préalablement abstraction des doctrines étatiques qui écartent arbitrairement du domaine du droit toutes les manifestations normatives non-étatiques, pour commencer à percevoir ce que certains ont appelé le « cadre sociologique » du droit⁶, c'est-à-dire

¹ Historiquement, la loi a été considérée comme l'unique source de droit pendant tout le XIX^e siècle. Cette vision monolithique a prévalu jusqu'en 1899, date de la publication par le doyen Gény de son principal ouvrage (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*), dans lequel Gény reconnaissait la coutume comme source de droit à côté de la loi. Ces travaux, qui enregistraient les résultats obtenus par la sociologie du droit dans le dernier quart du XIX^e siècle, ont constitué une véritable révolution théorique.

² HABA (Enrique), « Logique et idéologie dans la théorie des “sources” », *APD*, tome 27, 1982, p. 239.

³ HABA (Enrique), *op. cit.*, p. 242.

⁴ En ce sens, voir EHRlich (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 19 et GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 3-4.

⁵ ARNAUD (André-Jean), « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », *Le Courrier du CNRS*, n° 75, 1990, p. 81.

⁶ Voir SMITH (Michael), *Corporations and Society*, London, Duckworth, 1974, p. 128. D'autres auteurs ont parlé de « forces créatrices du droit » ou encore de « pôles émetteurs de droit » (voir

les collectivités humaines au sein desquelles du droit est produit et maintenu en vigueur sans intervention de l'Etat.

Cette pluralisation des sources de droit induite par la reconnaissance de collectivités juridiques non-étatiques peut alors se manifester de deux manières. La première consiste à admettre qu'il existe, sur le territoire de l'Etat, des communautés minoritaires plus ou moins autonomes qui produisent leurs propres normes, ce qui constitue une situation de pluralisme juridique extra-étatique. L'Etat peut alors intervenir en intégrant ces normes existantes dans son propre droit, c'est-à-dire en affirmant l'applicabilité, dans le cadre de l'Etat, de ce droit minoritaire produit hors de l'Etat. Dès lors, il y a étatisation du droit minoritaire, sans pour autant qu'il y ait une reconnaissance directe et institutionnelle de la minorité productrice. La seconde méthode consiste à institutionnaliser les communautés minoritaires elles-mêmes, en leur octroyant une capacité normative décentralisée relativement autonome. Ce pluralisme juridique infra-étatique entraîne alors une reconnaissance de la minorité concernée mais permet, dans le même temps, un plus grand contrôle de l'Etat sur le droit qui sera par la suite produit par cette minorité.

Ces dernières années, souvent sous couvert d'appellations diverses cachant leur véritable objet, ces deux processus simultanés se sont fait jour en France. La République admet désormais que des collectivités minoritaires soient régies par des règles spécifiques qu'elles génèrent elles-mêmes – de leur propre fait ou du fait de l'Etat – et qui coexistent peu ou prou avec le droit étatique. Il s'agira alors de montrer dans quelle mesure ces normes particulières forment des ordres juridiques et, par suite, des sources de droit alternatives au droit de l'Etat. Si elle est avérée, l'existence de ces ordres juridiques ne peut que générer une situation de pluralisme juridique complexe, où interviennent de manière concomitante les institutions étatiques, les instances coutumières et les autorités décentralisées. Ce pluralisme juridique se présenterait alors comme la résultante des deux processus précédemment évoqués : la reconnaissance d'ordres juridiques minoritaires extra-étatiques et l'établissement d'ordres juridiques minoritaires infra-étatiques.

* *
 *
 *

Titre 1 - La reconnaissance d'ordres juridiques minoritaires extra-étatiques

Titre 2 - L'établissement d'ordres juridiques minoritaires infra-étatiques

respectivement RIPERT (Georges), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, 431 p. ; JESTAZ (Philippe), « Source délicieuse... Remarques en cascades sur les sources du droit », *RTDC*, 1993, pp. 83-84).

- TITRE I-

LA RECONNAISSANCE D'ORDRES JURIDIQUES MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES

Les processus identitaires qui se font jour en France depuis plusieurs années conduisent des individus ou des groupes sociaux à chercher un ancrage dans divers référents perçus comme authentiques, qu'il s'agisse d'une langue, d'une religion, de traditions culturelles ou de normes juridiques particulières¹. Chacun de ces référents est alors susceptible de nourrir des prétentions identitaires – à la condition évidente d'exister effectivement et de ne pas constituer l'élément mythique d'identification d'un groupe créé ou recréé artificiellement. Cette question de l'existence tangible des spécificités minoritaires se pose de manière particulièrement sensible au sujet des ordres juridiques. Il est en effet relativement aisé d'observer la survivance d'une langue ou la pratique d'une religion ; il l'est beaucoup moins de constater l'obéissance à des normes présentant un caractère juridique avéré. Ce constat suppose que soient déterminés au préalable le contenu de ces normes ainsi que les critères conditionnant leur nature juridique – en d'autres termes, que soit défini de manière univoque ce qu'est un ordre juridique².

Or, en la matière, l'univocité fait précisément défaut³. La doctrine oppose traditionnellement deux conceptions de l'ordre juridique, l'une normativiste, l'autre plus sociologique⁴. La première, développée notamment par Kelsen¹, définit l'ordre

¹ En ce sens, le droit participe à la définition des valeurs du groupe et joue un rôle fondamental dans le processus d'affirmation identitaire. A cet égard, voir VERDIER (Raymond), « Premières orientations pour une anthropologie du droit », *Droit et Cultures*, n° 1, 1981, p. 20 ; DUPRET (Baudouin), « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *Droit et Société*, n° 34, 1996, p. 592.

² Il est rappelé à toutes fins utiles que les expressions « ordre juridique » et « système juridique » sont employées ici comme synonymes.

³ Le *Vocabulaire juridique* définit la notion d'ordre juridique « relativement à une entité (Etat, groupe d'Etats, etc.), l'ensemble des règles de droit qui la gouvernent » (CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, v° « Ordre - juridique »). Cette définition paraît fort peu satisfaisante, associant l'ordre juridique à un ensemble de règles indéterminé gouvernant des entités non moins indéterminées. Dans une réflexion sur les notions de système et d'ordre en droit international public, le Professeur Combacau s'insurge contre les définitions vagues de ces termes qui se contentent de « couvrir n'importe quoi, une institution, un dispositif, un paquet mal ficelé de règles et d'organismes » (COMBACAU (Jean), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? » *APD*, tome 31, 1986, p. 85).

⁴ Cette dichotomie peut apparaître très schématique. Il est vrai que les nombreux auteurs qui se sont penchés sur le concept d'« ordre juridique » en ont donné des définitions souvent très dissemblables – mais qui paraissent néanmoins pouvoir être rattachées à une conception normativiste pour les unes, sociologique pour les autres (voir LEBEN (Charles), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, octobre 2001, pp. 19-39 ; CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-49 ; ROCHER (Guy), « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 29, n° 1, 1988, pp. 91-120).

juridique comme un ensemble complet et cohérent de normes, chaque norme trouvant le fondement de sa validité dans une norme hiérarchiquement supérieure dont elle n'est que l'application². La seconde, systématisée par Santi Romano dans son principal ouvrage³, voit dans l'ordre juridique un ensemble d'individus produisant et appliquant des normes juridiques dans un intérêt commun⁴. La doctrine oppose ces deux thèses mais, de fait, opter pour l'une au détriment de l'autre apparaît inutile. En effet, comme l'indique le Professeur Deumier⁵, les deux approches peuvent être combinées au terme d'un raisonnement en deux étapes. La première, s'inspirant de la démonstration sociologique de Santi Romano, aura pour objet de déterminer s'il existe effectivement des minorités nationales créatrices de droit, pouvant dès lors être considérées comme de véritables collectivités juridiques. Si l'étude conclut à l'existence de telles collectivités, il faudra alors se demander, dans une optique plus kelsénienne, si ces foyers minoritaires de droit sont susceptibles de former des ordres juridiques autonomes disposant d'une autorité propre ou si, au contraire, l'autorité dont ils jouissent est la conséquence d'une reconnaissance de leur existence et de leur validité par l'Etat, auquel cas leur autonomie sera limitée.

Cette analyse ne pourra donc faire l'économie d'une réflexion sur ce que le Professeur Timsit appelle « l'instrumentalité » de l'ordre juridique, qui est « le problème du fondement même de cet ordre »⁶ et soulève notamment les deux questions suivantes : les normes doivent-elles être formulées par un organe étatique pour être juridiques ? A défaut, doivent-elles être reconnues par l'Etat pour entrer dans la catégorie du droit ? Si les réponses à ces questions relèvent d'un choix doctrinal,

¹ KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, pp. 39-64. Cette conception normativiste de l'ordre juridique a été reprise par de nombreux auteurs, français comme étrangers. Voir notamment HART (Herbert Lionel Adolphus), *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 59-64.

² L'ordre juridique se présente donc comme une pyramide de normes. La hiérarchie ainsi formée suppose à son sommet une norme fondamentale (*Grundnorm*), admise à titre d'« hypothèse logique-transcendantale », qui est à l'origine de la validité et de l'unité du système (KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, pp. 201-206). Pour un commentaire, voir AMSELEK (Paul), « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, pp. 5-19.

³ ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 1975 (1^{ère} éd. originale en 1917), 174 p. La contribution de Santi Romano à la sociologie juridique a toutefois été longtemps marginalisée, comme le révèle le fait que son ouvrage n'ait été traduit en français qu'en 1975, et n'a pas encore été traduit en anglais. Son œuvre connaît toutefois un regain d'intérêt depuis quelques années, notamment en France : voir BEAUD (Olivier), « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire, une relecture à partir de Santi Romano », *Droits*, n° 33, octobre 2001, pp. 73-95 ; MORET-BAILLY (Joël), « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits*, n° 32, décembre 2000, pp. 171-182 ; SIMON (Gérald), Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 97-106.

⁴ Santi Romano a inspiré de nombreux auteurs se réclamant d'une approche sociologique du droit. Ainsi, pour le Professeur Lajoie, l'ordre juridique est une institution plus ou moins formalisée énonçant, interprétant et appliquant des normes de comportement social à vocation exclusive, régissant l'ensemble de la communauté vivant sur un territoire donné (LAJOIE (Andrée) et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 39, n° 4, décembre 1998, p. 685).

⁵ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 324.

⁶ TIMSIT (Gérard), *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986, p. 30.

elles dépendent également du cadre social que le chercheur adopte pour mener sa réflexion. Il peut se référer aux seules collectivités minoritaires sans prendre en compte leur environnement étatique ; dans cette hypothèse, l'existence et le caractère juridique des normes minoritaires ne seront étudiés qu'en référence à ces collectivités. S'il appréhende en revanche les minorités nationales dans leur rapport à l'Etat, il ne peut alors faire abstraction de l'attitude du droit étatique face à ces normes qui lui sont extérieures.

Cela revient à distinguer les différents champs d'application possibles d'une règle minoritaire : une telle règle pourra en effet être en vigueur dans sa collectivité juridique mais elle pourra également recevoir application par l'Etat. Dans cette seconde hypothèse, les conditions de sa validité dans l'ordre juridique étatique ou, autrement dit, de sa *positivité*¹, seront exclusivement fonction de cet ordre qui la reçoit. Dans la mesure où les minorités nationales évoluent, par définition, dans un cadre étatique, la force juridique des règles produites par ces collectivités doit donc être étudiée à la fois au sein de la minorité productrice et par rapport à l'ordre juridique national. Le constat empirique de l'existence d'ordres juridiques minoritaires, fondé sur la réflexion sociologique de Santi Romano (Section 1), ne peut ainsi s'affranchir d'une discussion sur la positivité de ces ordres juridiques minoritaires, selon une démarche normativiste inspirée de Kelsen (Section 2).

* *
*

Chapitre 1 - L'existence empirique d'ordres juridiques minoritaires extra-étatiques

Chapitre 2 - La positivité octroyée des ordres juridiques minoritaires extra-étatiques

¹ La *validité* d'une règle se rapporte à son autorité au sein d'un ordre juridique déterminé. Comme l'indique le Professeur Virally, il s'agit d'une qualité essentiellement relative : une norme juridique pourra être valide dans un ordre juridique donné et pourra ne pas l'être dans un ordre juridique étranger (VIRALLY (Michel), « Le phénomène juridique », *RDP*, 1966, p. 58). Pour Kelsen, en revanche, la validité d'une norme ne peut se concevoir que dans le cadre du système juridique étatique : il définit en effet le système juridique comme l'ensemble des normes « valides », validité puisée dans une norme supérieure et qui constitue, en définitive, une validité formelle dont la règle traditionnelle est, par nature, dépourvue (KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, pp. 193-200). Pour éviter toute ambiguïté sémantique, la *positivité* d'une norme désignera sa validité au sein de l'ordre juridique étatique ; par suite, le *droit positif* sera donc le droit en vigueur dans l'ordre étatique à un moment donné.

- CHAPITRE 1 -

L'EXISTENCE EMPIRIQUE D'ORDRES JURIDIQUES MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES

La plupart des groupes revendiquant le titre de minorités nationales en France se fondent sur l'existence de particularismes normatifs, de coutumes spécifiques justifiant leur reconnaissance officielle par l'Etat. La stratégie est judicieuse. Affirmer l'existence d'un droit propre à la minorité conduit à la présenter comme une collectivité juridique jouissant d'une certaine autonomie – au sens étymologique du terme – par rapport à l'Etat. Encore faut-il que les particularismes allégués présentent un caractère juridique incontestable pour constituer de véritables règles de droit, et une cohérence suffisante pour composer de véritables ordres juridiques ¹.

Or, confronté à l'existence de collectivités minoritaires prétendant à une certaine autonomie normative, le juriste peut hésiter entre deux attitudes. La première consiste à considérer que les normes minoritaires ne relèvent pas de la sphère juridique et doivent être traités comme de simples faits. Le Professeur Belley a utilisé les expressions de « pluralisme faible » ² et de « pluralisme normatif » ³ pour qualifier ce positionnement théorique : s'il existe, de fait, des normes guidant les conduites individuelles dans un groupe, ces normes ne sont pas nécessairement des règles de droit ⁴. A l'opposé, la seconde attitude consiste à adopter le paradigme du « pluralisme

¹ Qu'ils soient normativistes ou sociologues, les auteurs s'accordent pour caractériser l'ordre juridique par une certaine cohérence. Ainsi pour le Professeur Chevallier, l'ordre juridique est à la fois ordonnancement, c'est-à-dire « agencement d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent et intelligible » et commandement, « manifestation d'autorité » propre à réaliser et maintenir la cohésion et l'unité du système (CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-8). Dans le même sens, le Professeur Leben indique que « l'ordre juridique n'est pas une simple collection d'objets disparates mais un ensemble organisé d'éléments interdépendants formant une unité, un tout, qui ne se réduit pas à la simple addition de ses composantes » (LEBEN (Charles), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, octobre 2001, p. 20).

² BELLEY (Jean-Guy), « Le Droit comme *Terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », *RCDS*, Vol. 12, n° 2, 1997, p. 5.

³ BELLEY (Jean-Guy), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Mélanges Jean-François Perrin*, Genève, Helbing et Lichtenhahn, 2002, p. 138.

⁴ Certains auteurs distinguent les termes de « norme » et de « règle » mais sans s'accorder sur leurs définitions respectives : pour les uns, une règle serait une norme présentant un caractère juridique, tandis que les autres font le constat inverse (voir AMSELEK (Paul), « Norme et loi », *APD*, Vol. 25, 1980, pp. 89-107). Dans le cadre de cette recherche, les deux termes seront employés comme synonymes, sans que l'un revête un caractère plus juridique que l'autre. En effet, une norme, tout comme une règle, peut être sociale, éthique, morale, religieuse, économique ou encore juridique : son caractère réside dans l'épithète, non dans le substantif utilisé (en ce sens, voir JEAMMAUD (Antoine), « La règle de droit comme modèle », *Dalloz*, chron., 1990, p. 200 ; BECHILLON (Denys de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 218).

fort » et à admettre comme juridique tout système de contrainte normative parvenant à instaurer une relation de droits et d'obligations entre les individus.

Si, dans les faits, la prétention à l'autonomie des ordres normatifs minoritaires suggère que l'on prenne mieux en compte le paradigme fort, on ne peut que constater la difficulté à opter entre les deux positionnements. Déterminer si un modèle de comportement social relève du droit ou du simple fait serait relativement aisé si l'on disposait en la matière de catégories clairement définies et parfaitement cloisonnées, ce qui n'est pas le cas. L'affrontement doctrinal auquel les théoriciens du droit se livrent depuis plusieurs siècles sur la question de l'être et du devoir-être, du *sein* et du *sollen*¹, témoigne de l'impossibilité de s'accorder sur une réponse pouvant être présentée comme vérité universelle. Il faudrait en effet parvenir à déterminer un critère de juridicité², que le Professeur Le Roy définit comme la « ligne de partage entre le droit et le social juridique [...], le caractère hypothétique par lequel les règles de droit peuvent être mises à part de l'ensemble des règles de conduite sociale »³. Cependant, Etienne Le Roy, pas plus que Jean Carbonnier avant lui, ne parvient à dégager un critère universel de juridicité⁴. En abordant la théorie générale du droit, il faut donc admettre l'impossibilité de parvenir à une quelconque vérité. Tout revient, en dernière analyse, à une prise de position doctrinale qui « ne peut être ni prouvée ni réfutée ; par suite, elle n'est ni vraie ni fausse, elle ne peut être qu'efficace ou inefficace, cohérente ou incohérente »⁵.

¹ La stricte séparation entre le *sein* et le *sollen*, établie par Hume, a été systématisée par Kelsen qui prône une séparation radicale entre l'énoncé descriptif qui relève de ce qui est, et la prescription normative qui relève de ce qui doit être. Cette dichotomie irréductible demeure actuellement la thèse dominante sous une forme souvent simplifiée, voire déformée (KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, pp. 13-18). Sur la nécessité et l'utilité de maintenir cette distinction, voir BECHILLON (Denys de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 187-206. Voir également VIALA (Alexandre), « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*, 2001, pp. 777-809.

² Le terme de « juridicité » est un néologisme formé vers 1950 par les sociologues du droit, qui se rapporte communément au « caractère de ce qui relève du droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances » (CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, 7^{ème} éd., 2005, v^o « Juridicité »). Sur la question de la juridicité et son évolution théorique, voir ARNAUD (André-Jean), « Essai d'une définition stipulative du droit », *Droits*, n^o 11, 1990, pp. 11-14.

³ LE ROY (Etienne), *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du droit*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1999, p. 187.

⁴ Dans une étude sur l'internormativité où il approfondit les relations entre le social et le juridique, le doyen Carbonnier indique que le signe de la juridicité peut être trouvé dans la neutralité de la règle juridique (CARBONNIER (Jean), « Les phénomènes de l'internormativité », *European Yearbook of Law and Sociology*, 1977, pp. 42-52). Le Professeur Le Roy réfute toutefois cette hypothèse, considérant que la neutralité est, tout au plus, un caractère du droit occidental (LE ROY (Etienne), « Juristique et anthropologie, un pari sur l'avenir », *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 29, 1990, p. 16).

⁵ OPPETIT (Bruno), « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *APD*, Vol. 27, 1982, p. 45. Dans le même sens, le Professeur Troper indique qu'une définition du droit ne peut être que « stipulative », au sens où elle ne serait « ni vraie ni fausse, mais simplement opératoire pour un problème spécifique » (TROPER (Michel), « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n^o 10, 1989, p. 102).

Cette absence de certitude résulte en partie de l'impossibilité de s'accorder sur la définition du phénomène juridique. En 1787, Kant écrivait dans *Critique de la raison pure* que « les juristes cherchent encore une définition pour leur concept de droit »¹. Plus de deux cents ans plus tard, la doctrine ne semble pas plus avancée sur ce point ; la lecture des multiples auteurs qui se sont essayés à cet exercice ne fait qu'apparaître l'absence d'unanimité en la matière². Si la grande majorité des juristes français définissent le droit comme l'ensemble des règles de conduite générales, abstraites et obligatoires gouvernant les rapports sociaux, édictées par une autorité étatique et sanctionnées par l'autorité publique³, cette définition n'est pas exempte de critiques⁴ et ne paraît surtout pas généralisable à toutes les formes de droit. Elle s'applique parfaitement à un droit tel que le droit étatique français mais ne constitue pas, à l'évidence, une définition universellement acceptable et acceptée du droit⁵.

Une définition opératoire de la notion de droit serait pourtant bien utile à l'application des théories du pluralisme juridique. Elle permettrait en effet de déterminer si les normes engendrées par une collectivité humaine non-étatique constituent de véritables règles de droit ou si, au contraire, ces normes relèvent de la régulation sociale sans pour autant revêtir un caractère juridique⁶. Dans le premier cas, ce droit minoritaire vient concurrencer le droit étatique, donnant ainsi lieu à un véritable pluralisme juridique ; dans le second, les normes produites par le groupe

¹ KANT (Emmanuel), *Critique de la raison pure*, Paris, Gallimard, rééd., 1980, p. 617.

² En 1989 et 1990, la revue française de théorie juridique *Droits* a consacré deux numéros à la définition de la notion de droit (n° 10 et 11 intitulés « Définir le droit »). L'idée était de demander à une cinquantaine d'auteurs de présenter leur conception du droit ; un travail de synthèse devait ensuite dégager quelques grandes orientations, à défaut de parvenir à une définition commune. Cet objectif n'a toutefois pu être atteint en raison de la trop grande diversité des définitions données, chaque contribution s'inscrivant dans une perspective doctrinale déterminée reflétant l'approche spécifique de l'auteur.

³ Voir notamment AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2004, p. 7 ; STARCK (Boris) (et al.), *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 32.

⁴ On pourrait ainsi critiquer la notion de règles de conduite, relativiser le caractère général de la règle de droit, s'opposer à la production exclusive du droit par l'Etat, rejeter le critère de la sanction ou encore contester le fait que celle-ci soit étatique. Le fait est qu'il existe une multitude de définitions du droit – cette observation étant peut-être le seul point d'accord des différents auteurs ayant participé à l'expérience menée par la revue *Droits*. En ce sens, voir notamment CARBONNIER (Jean), « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 5-10.

⁵ Si le phénomène juridique paraît universel, en ce qu'il est présent dans toute société à toute époque, ses manifestations sont, elles, particulières dans la mesure où elles sont propres à une certaine époque, à une certaine culture, à un certain régime politique (voir COTTA (Sergio), « De l'expérience du droit à sa définition », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 15-16). Le Professeur Miaille indique dans le même sens que si les différents systèmes juridiques présentent des points communs, ils ne peuvent toutefois répondre à la même « conception faussement universaliste du droit qui a toutes les chances d'être la vision occidentale moderne » (MIAILLE (Michel), « Définir le droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 41).

⁶ Cette interrogation rejoint le débat soulevé au début du XX^e siècle, lors de l'établissement des systèmes judiciaires européens dans les pays colonisés : la question s'est alors posée de savoir dans quelle mesure les coutumes autochtones devaient être reconnues comme des règles de droit valides. Sur ce point, voir ROBERT (André), « Attitude du législateur français en face du droit coutumier d'Afrique noire », *RJPUF*, Vol. 9, n° 4, octobre-décembre 1955, pp. 743-760.

considéré constituent tout au plus un « sous-droit »¹ qui ne remet aucunement en cause le caractère exclusif de l'ordre juridique étatique². L'adoption d'un positionnement pluraliste impose donc, au préalable, d'admettre que « le droit s'exprime aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'Etat »³, qu'il puisse être le produit de collectivités autres que l'Etat – en l'occurrence, de minorités nationales. Il est vrai que cette hypothèse est difficile à défendre dans la société française marquée par la prééminence du droit étatique, mais la refuser conduirait à « admettre que toutes les sociétés non étatiques n'ont pas de droit, ce qui ne paraît guère raisonnable »⁴.

La solution consisterait alors peut-être à considérer, à la suite du Professeur Alliot, que le droit est moins un type particulier de relations sociales qu'une qualification spécifique que chaque collectivité choisit de donner à certaines relations sociales : en ce sens, la détermination de ce qui est juridique et de ce qui ne l'est pas, est propre à chaque société⁵. Un tel postulat présuppose que le droit ne soit pas abordé en tant que concept théorique mais en tant que phénomène social. Le normativisme laisse ici la place à l'idée de « culture juridique »⁶. Si l'on part de ce postulat qui présente au moins le mérite de justifier la multiplicité et l'irréductibilité des définitions du droit, le raisonnement se trouve inversé. Il ne s'agit plus de démontrer que les minorités nationales produisent du droit, ce qui est un fait indiscutable au regard de la maxime romaine *ubi societas ibi jus*, désormais unanimement acceptée⁷. Il s'agit en revanche d'examiner quelles sont les

¹ Selon l'expression du Doyen Carbonnier, in *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 360.

² Il paraît important de faire cette distinction, dans la mesure où de trop nombreux phénomènes normatifs ont été, dans le cadre des théories pluralistes, abusivement considérés comme du droit. C'est en ce sens que le Professeur Belley recommande, à juste titre, de recentrer les recherches sur le pluralisme juridique, en les épurant de tous les phénomènes de pluralisme normatif qui y ont été assimilés à tort (BELLEY (Jean-Guy), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Mélanges Jean-François Perrin*, Genève, Helbing et Lichtenhahn, 2002, pp. 135-165). *Contra*, le Professeur Béchillon privilégie le concept de pluralisme normatif, plus apte à fédérer les conceptions variées du pluralisme juridique, voire à intégrer des phénomènes « para-juridiques » (BECHILLON (Denys de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 148).

³ BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 11.

⁴ ROULAND (Norbert), « Le pluralisme juridique en anthropologie », *RRJ*, n° 2, 1993, p. 570.

⁵ ALLIOT (Michel), « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, n° 6, 1983, pp. 83-117.

⁶ Sur cette notion, voir VERDIER (Raymond), « Le droit au singulier et au pluriel : juridicité et cultures juridiques », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 73-77. Cette orientation culturaliste a amené certains auteurs, dans la lignée du Professeur Alliot, à développer la notion de « multijuridisme » qui n'est pas une nouvelle forme de pluralisme juridique mais l'idée que le droit tel que le conçoivent les sociétés occidentales ne regroupe pas tous les phénomènes juridiques existants : d'autres civilisations appréhendent le phénomène juridique selon d'autres modalités et lui attribuent d'autres critères. Dès lors, le « multijuridisme » traduit l'existence simultanée de divers phénomènes juridiques dont certains pourront ne pas correspondre à la définition positiviste du « droit », tout en restant « juridiques ». Voir notamment LE ROY (Etienne), « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE (Andrée), MACDONALD (Roderick), JANDA (Richard), ROCHER (Guy) dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Thémis, 1998, pp. 29-43.

⁷ Les recherches anthropologiques ont montré de manière irréfutable que le droit est inhérent à toute forme de vie en société. A cet égard, voir notamment CARBONNIER (Jean), « Sur le caractère primitif

caractéristiques de cette production juridique qui se déploie au sein des collectivités minoritaires, afin de déterminer si elle est constitutive de véritables ordres juridiques. L'objectif est en effet de savoir si les groupes qui revendiquent l'appellation de minorités nationales en France peuvent être qualifiés de collectivités juridiques et, le cas échéant, si tous peuvent légitimement prétendre à cette qualification ou seulement certains d'entre eux. Cette analyse empreinte de dogmatique juridique¹ ne peut que faire apparaître les différentes caractéristiques de ces règles de droit traditionnelles, dont on peut d'ores et déjà supposer qu'elles sont intrinsèquement liées à leur mode de production et de mise en œuvre. De fait, contrairement au droit étatique, au droit international ou à toute autre forme de droit, les ordres juridiques minoritaires présentent la particularité d'être composés de règles de droit générées (section 1) et appliquées (section 2) par des collectivités extra-étatiques.

Section 1. DES REGLES DE DROIT GÉNÉRÉES PAR DES COLLECTIVITÉS MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES

C'est à partir du XIX^e siècle, en réaction au formalisme volontariste, qu'émergent de nouveaux courants doctrinaux défendant l'idée que le droit n'est pas un système de contrainte étatique mais un phénomène social. Pour les membres de l'École historique allemande², pour les partisans de l'École française de l'objectivisme juridique³ comme pour les sociologues anglo-saxons qui ont pris leur suite⁴, le fondement du droit n'est pas à chercher dans l'Etat mais dans la société : le droit positif est celui qui est produit et reçu par une collectivité humaine, qu'elle porte le nom de « sous-groupe »⁵, d'« association humaine »¹, de

de la règle de droit », in *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, pp. 107-117.

¹ La dogmatique juridique est ici envisagée dans son sens étroit, comme « l'étude systématique d'un ordre juridique particulier ». Sur cette notion, voir OST (François), KERCHOVE (Michel van de), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 97.

² L'École historique, conduite par Savigny, a été très influente en Allemagne au cours du XIX^e siècle. Sur ce courant doctrinal, voir notamment FERRY (Léon), « Droit, coutume et histoire : Remarques sur Hegel et Savigny », in JOURNES (Claude) dir., *La coutume et la loi : Etudes d'un conflit*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1986, pp. 83-92.

³ L'École de l'objectivisme juridique a été fondée sous l'influence des travaux de Gurvitch au début du XX^e siècle. François Gény, Henri Levy-Bruhl, Raymond Saleilles, Léon Duguit et Jean Carbonnier, auxquels on peut ajouter Maurice Hauriou dont l'inspiration était toutefois moins sociologique, en ont été les dignes représentants.

⁴ On peut mentionner Leopold Pospisil, Michael Smith et Sally Falk Moore. Ces auteurs ont toutefois été précédés dans leurs travaux par Eugen Ehrlich, contemporain de Georges Gurvitch.

⁵ Pour Leopold Pospisil, « chaque sous-groupe évoluant dans une société possède son propre système juridique qui est nécessairement différent sur certains points de celui des autres sous-groupes ». Dès lors, une société ne possède pas « un système juridique cohérent, mais autant de systèmes juridiques qu'il y a de sous-groupes constitutifs » (POSPISIL (Leopold), *Anthropology of Law: A Comparative Perspective*, New York, Harper and Row, 1971, pp. 107 et 129, traduction libre). Par sous-groupe,

« corporation »² ou de « champ social »³. Cette conclusion n'est pas particulièrement novatrice ; elle avait déjà été exprimée par Cicéron dans l'adage *ubi societas, ibi jus*, aujourd'hui admis comme une évidence.

En dépit toutefois de l'assentiment qu'elle reçoit, cette formule n'est acceptable – la réserve est d'importance – que si l'on s'entend sur la signification du terme « *societas* ». Comme l'indique le Professeur Virally, « il est clair, en effet, que tout rassemblement d'hommes, même durable, que tout milieu social, même hiérarchisé, n'est pas doté de son droit propre [et] ne mérite pas le nom de société »⁴. Ramené à la question des minorités nationales, cette affirmation implique donc l'identification des collectivités minoritaires comme « sociétés » (ou encore comme « sous-groupes », « associations », « corporations » ou « champs sociaux ») pour en déduire qu'elles génèrent des règles de droit⁵.

Cette identification ne relève pas de la science du droit ; si l'on se place dans l'hypothèse où l'ordre juridique est un fait social, le constat de ce fait social ressortit à la sociologie ou à l'anthropologie du droit. La méthode juridique, basée sur une

Pospisil entend des unités telles qu'une famille, une corporation, une entreprise ou une collectivité politique, mais il ne fournit aucun critère permettant d'identifier les sous-groupes concernés.

¹ Eugen Ehrlich fonde son analyse sur la notion d'« association humaine » ou d'« association sociale », qu'il définit comme « une pluralité d'hommes qui, dans leurs relations mutuelles, reconnaissent certaines règles de conduite comme obligatoires et, de fait, régulent généralement leur conduite en vertu de ces règles » (EHRlich (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 39, traduction libre). Pour Ehrlich, l'État n'est qu'une association comme les autres : il n'a pas de position spéciale par rapport aux autres associations, pas plus que son droit n'a d'attributs spéciaux justifiant une description distincte.

² Pour Michael Smith, la « corporation », qui peut être fondée sur différents critères d'appartenance (l'âge, le sexe, les liens familiaux, les croyances, les activités, etc.) constitue l'unité de base de la structure sociale. L'appartenance d'un individu à une corporation est la source fondamentale de ses droits et obligations, le droit étant présenté comme le mode d'auto-régulation interne des corporations. De ce fait, les corporations constituent le « cadre sociologique » du droit dans la société (SMITH (Michael), *Corporations and Society*, London, Duckworth, 1974, p. 128, traduction libre). Il est à noter que dans le vocabulaire juridique, le terme anglais « corporation » se traduit par « personne morale ». A la lecture des travaux de Smith, il apparaît cependant que cette appellation ne se rapporte pas à un groupement aussi formalisé qu'une « personne morale » au sens où le droit français l'entend. Il paraît donc préférable, dans un esprit de clarté, d'utiliser l'homonyme français pour la traduction.

³ Sally Falk Moore définit un « champ social » comme un groupe social identifiable qui crée son propre ensemble de normes et de mécanismes de sanctions qui peuvent être qualifiés de juridiques, d'un point de vue anthropologique : « le champ social semi-autonome est défini et ses frontières identifiées non pas par son organisation (ce peut être une personne morale ou non) mais par une caractéristique processuelle, le fait qu'il puisse générer des règles et contraindre ou inciter à les respecter ». Comme ses contemporains, Moore rejette l'idée que l'Etat soit considéré comme la seule source de règles de droit : tout champ social est rempli de normes juridiques (MOORE (Sally Falk), « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, Vol. 7, 1973, pp. 722-723, traduction libre).

⁴ VIRALLY (Michel), « Le phénomène juridique », *RDP*, 1966, p. 36.

⁵ Le Professeur Virally laisse quelque espoir à cet égard, en observant que « bien des groupes secondaires, immergés dans la société politique, sont assez individualisés et structurés pour se doter de leur propre ordre juridique. Il en est ainsi, par exemple, de certaines communautés territoriales ou religieuses, de groupements professionnels, d'entreprises économiques, d'associations de toutes sortes [...]. Les ordres correspondants méritent pleinement le qualificatif de juridiques : ils nous mettent bien en présence d'un droit, même si ce droit ne dérive pas du droit étatique, ne s'y rattache pas ou même n'est pas reconnu comme valable par ce dernier » (VIRALLY (Michel), *op. cit.*, p. 37).

approche formelle du droit, doit laisser place à la méthode expérimentale, fondée sur l'observation des groupes sociaux par le biais d'enquêtes de terrain, de questionnaires, d'observations concrètes¹ – avec toutes les réserves et incertitudes que ces outils peuvent susciter². Seul le recours à une telle méthode inductive peut en effet permettre l'identification des minorités nationales pouvant être considérées comme de véritables collectivités juridiques (§ 1) produisant, à ce titre, des règles de droit (§ 2)³.

§ 1. L'identification des collectivités juridiques minoritaires

L'identification des collectivités juridiques suppose l'existence de critères permettant, à coup sûr, de distinguer ces collectivités des autres collectivités humaines ne produisant pas de droit. La lecture des travaux sociologiques précités s'avère décevante sur ce point : dans leur souci légitime de lier le droit à la société, les auteurs négligent généralement de préciser quelles sont les caractéristiques des collectivités juridiques qu'ils étudient. Une autre théorie, d'inspiration moins ouvertement sociologique, a pu apporter quelques éclaircissements à cet égard. Développée par le doyen Hauriou au début du XX^e siècle, la théorie de l'institution a fait l'objet, depuis lors, de multiples travaux⁴ qui se révèlent particulièrement utiles pour déterminer avec plus de précision quelles sont les collectivités productrices de droit. En ce sens, la théorie des institutions s'avère être un support théorique précieux (A) à la systématisation des critères d'identification de ces collectivités (B).

¹ Les observations anthropologiques, sur lesquelles s'appuient de nombreuses recherches juridiques, nécessitent de la part de leur(s) auteur(s) trois exigences : l'immersion prolongée dans la société étudiée, la maîtrise parfaite de ses modes d'expression et la familiarisation que seule peut conférer la durée (VANDERLINDEN (Jacques), *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, pp. 63-139).

² Le Professeur Vanderlinden indique que les résultats d'une observation anthropologique peuvent être biaisés du fait de l'interprétation culturelle du sens et de la qualification juridique des actes observés (*Ibid.*). Le Professeur Lajoie ajoute à ce risque celui des « modifications introduites dans le comportement des observés par le seul fait de l'observation [qui peut] susciter dans la communauté une certaine autocensure, dont nous ne connaissons jamais l'orientation ni l'ampleur. » (LAJOIE (Andrée) et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 39, n° 4, décembre 1998, pp. 691-692).

³ Le doyen Hauriou n'a-t-il pas d'ailleurs affirmé que si « un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup y ramène » ? (HAURIOU (Maurice), « Les facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit*, 1893, p. 294). Hauriou était persuadé, à cet égard, que « les Facultés de droit finiront par accepter la sociologie dès que celle-ci se sera rendue acceptable » (*op. cit.*, p. 290).

⁴ L'influence de la réflexion d'Hauriou sur l'institution est très nettement perceptible en France mais a aussi largement dépassé les frontières, comme ont pu le montrer les journées d'étude consacrées à ce sujet : *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Actes des Journées Hauriou, Paris, Pédone, Coll. Philosophie comparée du droit et de l'Etat, 1969, pp. 241-280.

A. Le recours à la théorie de l'institution

Maurice Hauriou n'était pas le premier juriste à faire porter ses recherches sur l'institution mais ses travaux ont représenté une étape essentielle dans la conceptualisation de l'analyse institutionnelle¹. Les recherches successives qu'il a menées à cet égard semblent avoir pour objectif premier de trouver une clé de lecture des phénomènes juridiques et sociaux². S'inspirant des travaux de Durkheim³, la réflexion d'Hauriou vise en effet à ériger un modèle explicatif du droit et de son rapport au social. Dans cette perspective, il rattache le droit à la notion d'« institution ». Dans une première étape de réflexion, Hauriou distingue les « institutions choses » des « institutions corporatives », sur lesquelles il axe ses développements⁴. Une institution corporative est alors définie comme « une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs, et qui a réalisé en son sein une situation juridique »⁵. Une institution corporative se compose donc d'une collectivité d'individus, qui constitue l'institution mais dont la composition ne conditionne pas la pérennité, puisque l'institution demeure « une réalité sociale séparable des individus »⁶. Cette collectivité humaine, caractérisée par une certaine permanence due à l'équilibre des forces internes, détient son caractère institutionnel du fait qu'elle dispose d'une certaine autonomie juridique, cette « situation juridique » réalisée par la collectivité.

Au terme de sa recherche, Hauriou donne en 1925 la définition que la doctrine a, par la suite, abondamment reprise : « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé, il se produit des manifestations de

¹ Pour plus de détails, voir MILLARD (Eric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n° 30, 1995, pp. 381-412.

² Le contenu du concept d'institution varie dans le temps en fonction de l'évolution de la réflexion d'Hauriou. La version finale de la théorie a été publiée aux *Cahiers de la Nouvelle Journée* en 1925 sous le titre « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) ». Cette version a été retranscrite in HAURIOU (Maurice), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, 1986, pp. 89-128.

³ Cette influence de la sociologie de Durkheim est également sensible dans les travaux de Duguit sur le service public, qui partent de la conscience collective et tentent de rendre compte de la cohésion sociale. Cette source d'inspiration similaire révèle à quel point l'opposition entre la théorie de l'institution d'Hauriou et la théorie du service public de Duguit est artificielle. A cet égard, voir SALAS (Denis), « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », in BOURETZ (Pierre) dir., *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, Série Philosophie, 1991, pp. 193-214.

⁴ HAURIOU (Maurice), *op. cit.*, pp. 96-97.

⁵ HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, p. 129.

⁶ *Ibid.*

communions dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »¹. Cette définition consacre pleinement « l'idée d'œuvre » qui est le principe vital de l'institution et la raison d'être de la « communion » dont Hauriou souligne l'importance. L'œuvre à réaliser est en effet le moteur de l'institution corporative. Cette idée ne se confond pas avec le but ou la fonction de l'institution ; elle englobe ce but et les moyens à mettre en œuvre pour son accomplissement². Le premier de ces moyens est le droit secrété par l'institution corporative, qui revêt deux formes : le droit disciplinaire qui garantit la cohésion du groupe en mettant en place une discipline organisationnelle³ et le droit statutaire qui garantit les droits individuels des membres du groupe dans l'institution⁴.

Ce dernier point constitue précisément l'un des principaux bouleversements théoriques apportés par la réflexion d'Hauriou à la doctrine classique. Se trouve en effet affirmée l'idée suivant laquelle ce sont les organisations sociales qui créent les règles de droit, non l'inverse : l'institution doit être considérée non comme le résultat d'une création juridique de l'Etat mais comme l'origine de règles de droit propres⁵. C'est pourtant cette même affirmation qui a présidé à la marginalisation de la théorie institutionnelle par la doctrine publiciste française, qui l'a longtemps jugée insuffisante pour appréhender un système juridique⁶. Sans discuter la pertinence de cette position⁷, il paraît toutefois possible d'affirmer avec le Professeur Chevallier que « l'analyse institutionnelle s'attaque à des problèmes laissés en suspens, voire ignorés par les autres méthodes existantes »⁸. De fait, la théorie d'Hauriou est l'une des seules capables d'expliquer certains faits sociaux tels que les processus d'institutionnalisation, c'est-à-dire des mécanismes partant de l'instituant (le groupe

¹ HAURIOU (Maurice), « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 96.

² Sur ce point, voir MILLARD (Eric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n° 30, 1995, pp. 393-395.

³ Le droit disciplinaire « s'appuie sur la force propre que l'institution a conscience d'avoir pour se faire justice elle-même ». Selon Hauriou, l'objet du droit disciplinaire est très large : il s'agit « soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite » (HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, pp. 128-129).

⁴ HAURIOU (Maurice), « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de Législation de Toulouse*, tome 11, 1906, pp. 134-182.

⁵ « Ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions » (HAURIOU (Maurice), « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », *op. cit.*, p. 128).

⁶ Ainsi, pour le Professeur Tanguy, « le modèle institutionnel [que M. Hauriou a] construit ne peut faire aujourd'hui figure de modèle global d'analyse des phénomènes juridiques et sociaux comme il l'avait envisagé » (TANGUY (Yann), « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou, actualité d'une doctrine », *RDP*, 1991, p. 77).

⁷ Il est toutefois à noter que plusieurs recherches relativement récentes utilisent la théorie de l'institution comme postulat méthodologique. En ce sens, voir RIBOT (Catherine), *La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité*, thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 1993, pp. 15-18.

⁸ CHEVALLIER (Jacques), « L'analyse institutionnelle », in CURAPP, *L'institution*, Paris, PUF, 1981, p. 4.

social) pour aboutir à un phénomène institué (le droit) ¹. A cet égard, la théorie de l'institution envisagée comme outil d'analyse et non comme dogme intellectuel fournit une explication adaptée aux questions soulevées par la production sociale du droit.

L'intérêt scientifique de la théorie d'Hauriou a été perçu par le Professeur Santi Romano ², qui a fait de l'institution l'élément fondamental de la définition de l'ordre juridique, au point d'y être entièrement assimilé : « Tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est ordre juridique : il y a entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue » ³. L'ordre juridique n'est donc plus envisagé dans son sens normatif comme ensemble de règles de droit, mais bien dans son sens « institutionnel », comme une entité capable de produire du droit. Ecartant toutefois la définition proposée par Hauriou qu'il estime réduite à tort aux seules institutions corporatives, Santi Romano propose sa propre définition : l'institution est un « corps social » ⁴, c'est-à-dire « plusieurs individus qui coexistent ou se succèdent, unis par un intérêt commun ou constant, ou par le dessein, la mission qu'ils poursuivent » ⁵. Cette définition permet de reconnaître la qualité d'institution et, par suite, la qualité d'ordre juridique à un nombre presque infini de phénomènes : tous les groupes intermédiaires entre l'individu et l'Etat peuvent en effet être regardés comme autant d'ordres juridiques ⁶. Dès lors, en reconnaissant comme source de droit la seule entité étatique, les doctrines monistes ont probablement le tort d'être trop restrictives mais elles présentent au moins l'avantage de qualifier d'ordre juridique une manifestation relevant incontestablement du droit. Les théories pluralistes permettent,

¹ A cet égard, M. Delos constatait, dans un article consacré à la théorie de l'institution, qu'« un changement important s'est introduit en effet dans l'étude de la règle juridique. Elle a cessé d'être étudiée indépendamment de sa matière sociale [et] a cessé d'être prise comme une réalité purement formelle ; la liaison a été rétablie entre la forme juridique et la réalité sociale qui est son substrat interne, la règle de droit est redevenue aux yeux des juristes ce qu'elle est en fait : une forme sociale [...] prenant forme juridique positive » (DELOS (Joseph-Théodore), « La théorie de l'institution », *APD*, 1931, p. 150).

² Romano se réfère d'ailleurs explicitement aux travaux d'Hauriou. A cet égard, voir ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 1975, pp. 21-24.

³ ROMANO (Santi), *op. cit.*, p. 19.

⁴ ROMANO (Santi), *op. cit.*, p. 25.

⁵ ROMANO (Santi), *op. cit.*, p. 27. Voir également la définition des « groupements particuliers » donnée par Georges Gurvitch : « le groupe est une unité collective réelle, mais partielle, directement observable et fondée sur des attitudes collectives continues et actives, ayant une œuvre commune à accomplir, unité d'attitudes, d'œuvres et de conduites qui constitue un cadre social structurable tendant vers une cohésion relative des manifestations de la sociabilité » (GURVITCH (Georges), *Traité de sociologie*, tome 1, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1968, p. 187).

⁶ Romano donne notamment comme exemples d'institutions les écoles, les académies, les établissements de tous genres, les communes, les provinces, divers organes administratifs, etc. (ROMANO (Santi), *op. cit.*, pp. 27-28). De manière similaire, lorsqu'il tente d'établir une typologie des différents droits en identifiant les groupes les plus favorables à l'émergence d'un ordre juridique particulariste, Gurvitch en vient à distinguer quelques cent soixante sept types de droit simultanément présents dans une société (GURVITCH (Georges), *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, pp. 179-209). L'effort de Gurvitch a pu, à juste titre, être qualifié de stérile au regard de l'incapacité à déterminer plus précisément les contours des ordres juridiques (GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 45).

au contraire, de prendre en considération des phénomènes plus variés, mais au risque d'englober des normes qui n'ont rien de juridiques, du fait de l'absence de critères de distinction précis entre le droit et les autres normes sociales¹.

Afin donc de distinguer, parmi les différents ordres, ceux qui relèvent véritablement du droit, Romano propose de ne retenir comme juridiques que ceux qui ont pour finalité l'organisation sociale, objet caractéristique du droit². Or, il existe incontestablement de multiples ordres ayant pour vocation l'organisation sociale, à l'exemple de l'ordre moral, religieux ou économique. L'adhésion à la théorie de Romano suppose donc d'accepter de considérer ces phénomènes comme des ordres juridiques. Si la théorie institutionnelle de l'auteur italien paraît donc pertinente pour la reconnaissance de l'existence d'une multitude de foyers créateurs de droit, elle est contestable pour sa définition, trop large, du phénomène juridique. Dès lors, si la notion d'institution, devenue « le vêtement juridique des groupements »³, s'avère utile pour reconnaître les collectivités juridiques, elle doit toutefois être affinée par la systématisation des critères d'identification.

B. La systématisation des critères d'identification

A la suite d'Hauriou et de Romano, plusieurs juristes ont tenté de dégager les critères distinctifs d'une institution, entendue au sens d'ordre ou de collectivité juridique. Certains parviennent à des conclusions sensiblement similaires, en mettant en évidence quatre éléments constitutifs⁴. L'institution est avant tout un groupement de personnes, une collectivité soudée et animée par une même communion, qui n'est pas nécessairement volontaire⁵. Cette collectivité peut être plus ou moins étendue mais doit toutefois présenter un minimum de généralité pour avoir une identité propre transcendant celle de ses membres. Cette dernière qualité permet de distinguer les groupes suffisamment généraux pour constituer des collectivités productrices de droit, des groupes trop réduits (à l'instar d'une famille) pour être à l'origine de phénomènes

¹ La même critique peut être adressée à Eugen Ehrlich lorsqu'il conclut que « le droit se trouve partout, ordonnant et encadrant toute association humaine » (EHRlich (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 25, traduction libre).

² ROMANO (Santi), *op. cit.*, p. 19.

³ MORIN (Georges), « Vers la révision de la technique juridique : Le concept d'Institution », *APD*, 1931, p. 77.

⁴ En ce sens, voir notamment MOURGEON (Jacques), *La répression administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1967, pp. 27-32 et DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 328-333.

⁵ La condition apparaît à plusieurs reprises dans la thèse d'Hauriou lorsqu'il mentionne « la communion entre les membres du groupe » (HAURIOU (Maurice), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 98). L'exigence d'un ensemble de personnes est prégnante également chez Romano, pour qui l'institution existe dès qu'elle regroupe plusieurs individus (ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 1975, p. 26). Aucun des auteurs ne détermine toutefois de seuil en-deçà et au-delà duquel le groupe n'existe pas ou plus.

véritablement juridiques¹. A l'inverse, le groupe doit rester suffisamment restreint pour conserver des intérêts communs. Cette communauté d'intérêts est le second critère d'une collectivité juridique², dont les membres doivent partager un même objectif qui donne au groupe sa cohésion, entendue négativement « sous la forme d'une différenciation avec l'extérieur » et positivement « comme l'existence d'une identité commune aux divers éléments constitutifs »³. Ces intérêts partagés sont « la justification, le moteur et la finalité du groupe »⁴. Leur mise en œuvre ne pourra toutefois être effective que si ce groupe est doté, troisième critère, d'une structure « matérialisée par une distinction entre autorités dirigeantes et personnes dirigées, entre organes et membres. Simple ou complexe, la structure institutionnelle obéit toujours à ce schéma, puisqu'il faut bien, à une œuvre commune, une direction commune »⁵. Cette structure est nécessaire à l'exercice d'une activité juridique, dernier élément constitutif de l'institution sans lequel la mission de la collectivité ne peut être remplie. L'existence d'une institution est ainsi intrinsèquement liée à la formalisation de règles de droit, ce qui renvoie à l'acceptation institutionnelle de l'ordre juridique.

Au regard de ces quatre critères, il est maintenant possible de savoir si les groupes qui revendiquent l'appellation de minorités nationales en France peuvent être qualifiés de collectivités juridiques et, le cas échéant, si tous peuvent prétendre à cette qualification ou seulement certains d'entre eux. Les populations autochtones d'outre-mer réunissent sans conteste l'ensemble des critères : structurées en clans ou tribus dont les dimensions humaines sont variables⁶, elles partagent une culture, une langue, une terre, des rites communs et obéissent à des coutumes régulant leur vie de groupe. Un tel constat est beaucoup moins évident s'agissant des minorités nationales de métropole (Alsaciens-Mosellans, Basques, Bretons, Catalans, Flamands, Corses et

¹ Ainsi, « une famille est un groupe mais [...] ce groupe ne peut créer d'autres droits que des droits subjectifs en raison de son manque de généralité. Il semble ainsi que tant que le groupe restera une somme d'individualités parfaitement identifiables les unes par les autres et gardant un contrôle direct sur leurs pratiques, le groupe n'aura pas cette précieuse généralité. En revanche, une fois le groupe assez étendu pour le considérer comme quelque chose d'autre et de plus grand que la simple addition de ses membres, il sera possible de parler de généralité et de rechercher la règle [de droit] » (DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 147). Cette argumentation remet en cause la position de la plupart des anthropologues et sociologues mentionnés précédemment, qui considère que tout groupe, quelles que soient ses caractéristiques, est producteur de règles de droit.

² On retrouve ici l'« idée d'œuvre » d'Hauriou, que Romano désigne par la notion plus courante d'« intérêt commun ».

³ CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 14.

⁴ MOURGEON (Jacques), *op. cit.*, p. 29.

⁵ MOURGEON (Jacques), *La répression administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1967, p. 30. En ce sens, la définition d'Hauriou mentionnait la nécessité d'« organes du pouvoir » dirigeant les « manifestations de communion » entre les membres du groupe social en cause.

⁶ Un clan, comme une tribu, peut se définir comme un « système politique, une organisation de pouvoir qui s'édifie autour d'une famille au moyen d'un réseau complexe de fidélités et de clientèles » (GIL (José), « Une Nation pour une île », *Les temps modernes*, n° 4, octobre 1981, pp. 698-719).

Occitans). Pour ces minorités, le critère de la collectivité humaine est rempli, sous réserve toutefois de déterminer les critères d'appartenance à ces collectivités minoritaires dont les spécificités sont plus diffuses que celles des populations autochtones. Leurs intérêts communs résident dans une culture, une langue et des traditions partagées, et se trouvent généralement cristallisés dans des revendications régionalistes, autonomistes, voire sécessionnistes. L'activité juridique prend, quant à elle, la forme de coutumes locales ponctuelles et résiduelles, dont le respect est néanmoins observé. Un seul critère s'avère donc manquant, celui de la structuration du groupe, à l'exception peut-être des collectivités minoritaires dont les contours correspondent à ceux des collectivités territoriales de la République et qui peuvent alors identifier les structures administratives territoriales aux structures organisationnelles du groupe. Ceci ne semble toutefois concerner que la minorité corse, l'insularité ayant dans ce cas permis de préserver la correspondance entre collectivité humaine et collectivité territoriale. A défaut de structure propre, les autres minorités métropolitaines semblent devoir être écartées de la catégorie doctrinale des « institutions ». La jurisprudence est toutefois venue à leur secours, en consacrant la notion d'« ensemble démographique » comme siège de coutumes locales¹. Cette expression « fait référence à une unité humaine, à un rassemblement d'hommes ayant une culture commune, les mêmes habitudes, les mêmes aspirations et affinités [mais dont] une division administrative ne permet pas de rendre compte, à elle seule »². Par le biais de cette notion d'« ensemble démographique », dont les similitudes avec la définition doctrinale d'une minorité nationale sont pour le moins troublantes, le juge établit un lien explicite entre le droit local coutumier et des groupements humains présentant toutes les caractéristiques de l'« institution » sans en porter le nom. La conjugaison de la doctrine et de la jurisprudence permet ainsi de présenter l'ensemble des minorités nationales comme des collectivités disposant d'une capacité de production de règles juridiques.

¹ Cass. crim., 27 mai 1972, *Bull. crim.*, n° 171, p. 435 ; Cass. crim., 8 juin 1994, *JCP*, n° 37, 13 septembre 1995, p. 332, note E. de Monredon ; Cass. crim., 16 septembre 1997, *Bull. crim.*, 1997, n° 295, p. 991 ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, *RTDC*, 2002, p. 181, note N. Molfessis ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, *JCP*, 2004, II, 10162, note E. de Monredon ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2006, *JCP*, n° 19, 10 mai 2006, p. 957, note E. de Monredon. L'ensemble de ces arrêts porte sur les corridas et courses de taureaux, qui ne sont pas sanctionnables au titre de l'art. 521-1 du code pénal réprimant les actes de cruauté envers les animaux tenus en captivité, dès lors qu'une « tradition locale ininterrompue » peut être établie dans un « ensemble démographique » déterminé. Voir TIFINE (Pierre), « La tradition locale ininterrompue dans les textes et la jurisprudence consacrés aux corridas », *RFDA*, 2002, pp. 496-507; SOUBELET (Pierre), « Corridas : confusions sur la tradition locale ininterrompue », *Dalloz*, 2002, p. 2267.

² Trib. corr. Bordeaux, 27 avril 1989, *JCP*, 1989, II, n° 21, p. 344, note E. Agostini. La Cour de cassation a, quant à elle, indiqué qu'« une tradition locale est une tradition qui existe dans un ensemble démographique déterminé par une culture commune, les mêmes habitudes, les mêmes aspirations et affinités, une même façon de ressentir les choses et de s'enthousiasmer pour elles, le même système de représentations collectives, les mêmes mentalités » (Cass. crim., 6 février 1992, inédit).

§ 2. La production de règles juridiques traditionnelles

Pour étayer l'association qu'ils font entre le droit et la société, les sociologues du droit se fondent sur l'affirmation que le droit est avant tout une manifestation de la vie sociale collective. C'est ainsi que Gurvitch développe la notion de « droit social » qui a pour fondement « le fait social normatif »¹. A sa suite, les représentants de l'École objectiviste française prônent l'existence d'un « droit objectif », né de la vie sociale organisée ; dans cette optique, le droit ne procède pas d'une volonté étatique souveraine titulaire de prérogatives absolues, mais de la société elle-même². Dans la même perspective, Ehrlich défend la notion de « droit vivant », ce « droit qui domine la vie elle-même, même s'il n'a pas été énoncé dans des dispositions juridiques » et qui se manifeste par les « coutumes et usages de toutes les associations – pas uniquement celles que le droit [étatique] a reconnues mais aussi celles qu'il ignore, en fait même celles qu'il désapprouve »³. Les règles générées par les minorités nationales relèvent bien de ce « droit social », « objectif » ou « vivant », dans la mesure où elles sont produites directement par les groupes auxquels elles s'appliquent. Elles constituent ainsi des normes traditionnelles, en ce qu'elles présentent un caractère identitaire, une coloration culturelle qui les distingue du « droit imposé par l'Etat »⁴. Il faut toutefois distinguer ces normes selon leur mode d'élaboration au sein des groupes : si la production spontanée de règles de droit est avérée dans tous les groupes considérés (A), la production délibérée est, elle, soumise à plusieurs conditions que toutes les minorités ne remplissent pas (B).

¹ GURVITCH (Georges), *L'idée du droit social*, Aalen, Scientia-Verlag, 1972, 710 p. Pour une analyse de la théorie du « droit social », voir GARAPON (Antoine), « L'idée de droit social : Georges Gurvitch », in BOURETZ (Pierre) dir., *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, Série Philosophie, 1991, pp. 215-228 ; BOUVIER (Michel), « Georges Gurvitch et l'idée du droit social », in *Mélanges Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 19-26.

² Au début du XX^e siècle, le débat philosophique marqué par l'affirmation du libéralisme économique porte sur les limites à imposer à l'action de l'Etat. Peut-il s'agir de limites venant uniquement de l'Etat lui-même, comme le prônent les théoriciens de la *Herrschaft* (Jhering, Carré de Malberg) pour qui l'Etat seul peut créer le droit, ou les théoriciens de l'autolimitation (Jellineck) pour qui l'Etat ne peut, du fait de sa domination absolue, être lié ou limité qu'en vertu de sa propre volonté ? Au contraire, l'Etat peut-il être limité par des contraintes extérieures s'imposant à lui ? Les partisans de l'objectivisme privilégient cette deuxième orientation, à l'exemple de Duguit qui affirme que « la règle de droit est la société elle-même » et qu'elle « est antérieure et supérieure à l'Etat et s'impose à lui ». Dès lors, le droit de l'Etat n'est légitime que s'il se présente non comme un mode de création mais comme un mode de « constatation » de la règle de droit objective préexistante (DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 547). Gurvitch va dans le même sens en affirmant qu'une loi n'est légitime que si elle est conforme au « fait social normatif » (GURVITCH (Georges), *L'idée du droit social*, Aalen, Scientia-Verlag, 1972, p. 146).

³ EHRLICH (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 493.

⁴ JOURNES (Claude), « Introduction », in JOURNES (Claude) dir., *La coutume et la loi : Etudes d'un conflit*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1986, p. 10.

A. La production avérée de règles spontanées

Les règles spontanément générées par les collectivités minoritaires prennent la forme de coutumes et d'usages¹. Si la doctrine est parfois divergente sur ces deux notions en les distinguant au regard de leur force obligatoire² ou de leur degré de généralité³, le législateur et le juge utilisent les deux termes comme synonymes⁴. Cette assimilation terminologique paraît pleinement légitime au regard du processus de production de ces règles : qu'il s'agisse de coutumes ou d'usages, leur origine réside dans les faits normatifs qui sont au cœur de la vie sociale. Comme l'indiquaient Gurvitch et Ehrlich au sujet du « droit social » ou du « droit vivant », il s'agit de phénomènes collectifs qui sourdent spontanément, par un long usage, de la vie d'un groupe social. Le processus normatif à l'issue duquel les règles spontanées sont produites par un groupe a été longuement étudié par le Professeur Deumier dans sa thèse de doctorat⁵. Contrairement aux procédures d'élaboration du droit étatique qui diffèrent d'un système juridique à un autre, le processus de création du droit spontané est universel : la règle spontanée naît d'un acte juridique individuel, qui devient pratique lorsque cet acte est répété, puis usage collectif lorsque cette pratique se généralise à l'ensemble du groupe⁶. Ainsi, dans tous les systèmes juridiques, la coutume se dégage de la répétition *constante* et *générale* de comportements, ces deux

¹ Coutumes et usages sont ici uniquement envisagés dans un sens juridique. Il arrive en effet qu'au sein des groupes minoritaires, ces termes revêtent un sens beaucoup plus large, incluant tout autant les règles de droit que celles relevant de la morale, de la religion, des traditions, etc. Le Professeur Orfila s'interroge à cet égard sur l'opportunité de distinguer le droit coutumier d'un « non-droit coutumier » et préconise une rédaction des coutumes qui « aboutirait nécessairement à distinguer les règles juridiques des autres règles coutumières, en un mot distinguer le droit du non-droit » (ORFILA (Gérard), « Réflexions sur la coutume mélanésienne », *RJPIC*, Vol. 43, n° 2, 1989, pp. 134-135).

² Certains auteurs comme les Professeurs Gény, Capitant et Esmein cantonnent ainsi l'usage dans la catégorie des faits, pour réserver le statut de règle de droit à la seule coutume. Sur cette distinction, voir ACQUARONE (Daniel), *La coutume, réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source de droit*, thèse de doctorat, Université de Nice, 1987, pp. 134-138. Cette distinction a été reprise plus récemment par le Professeur Teboul dans sa thèse de doctorat : TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 9.

³ Les coutumes auraient ainsi un champ d'application étendu, tandis que les usages concerneraient des groupes plus restreints, locaux ou professionnels. En ce sens, voir DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 186-193.

⁴ Nous les suivrons en ce sens, employant indistinctement les termes de coutumes et d'usages pour qualifier les règles de droit spontané générées par les collectivités minoritaires. La première distinction doctrinale, fondée sur la force obligatoire, semble en effet récusée par la jurisprudence qui attribue la même valeur juridique aux usages qu'aux coutumes. La seconde distinction, fondée sur le degré de généralité, paraît difficilement applicable dans les faits : son utilisation nécessiterait que soit défini au préalable un seuil quantitatif d'individus membres du groupe, au-delà duquel on pourrait parler de coutumes et en-deçà duquel il faudrait parler d'usages.

⁵ DEUMIER (Pascale), *op. cit.*, pp. 21-154.

⁶ Sur le rôle de la pratique dans la formation du droit spontané, voir DEPREZ (Jean), « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ*, 1997, pp. 799-835.

exigences cumulatives apparaissant alors comme les conditions nécessaires et suffisantes de la formation du droit spontané¹.

Si la constance dans le temps et la généralité dans le groupe président à la formation des règles coutumières, elles en constituent également les caractéristiques principales et fondent leur caractère juridique : la répétition assure à la règle spontanée sa stabilité dans le temps, première des garanties nécessaires à une règle de droit², tandis que la généralité lui donne son caractère normatif, en la présentant comme un modèle objectif, indépendant des comportements individuels³. Cette généralité permet alors à la coutume d'être présentée, au même titre que toute autre règle de droit, comme « une disposition abstraite formulée pour des situations abstraites »⁴ qui, « au-delà d'un cas particulier, s'impose à l'avenir dans tous les cas semblables »⁵. Le fait qu'une règle coutumière ne concerne qu'une catégorie ou qu'un groupe de personnes, *a fortiori* une minorité nationale, ne remet pas en cause sa généralité, dans la mesure où la règle « a toujours vocation à s'appliquer à toute personne appartenant à la catégorie considérée, et surtout, en ce que toute personne venant à entrer dans cette catégorie s'y trouvera automatiquement soumise »⁶.

L'application abstraite et impersonnelle de la coutume est d'autant plus assurée que la généralité et la constance de la règle spontanée impliquent logiquement sa connaissance par les membres du groupe qui y sont soumis. En ce sens, la coutume revêt une notoriété qui peut même apparaître, au regard des conditions de formation de la règle spontanée, comme un caractère inhérent⁷. Il est alors possible d'affirmer que la connaissance du droit spontané est beaucoup plus effective que la connaissance

¹ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 103-154. Le Professeur Teboul relève également la constance et la généralité comme étant les caractères formels de la coutume, qu'il distingue d'ailleurs de l'usage (TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, pp. 30-62).

² Certains constitutionnalistes ont développé la notion paradoxale de « coutume instantanée » qui existerait dès le premier acte juridique, remettant en cause la nécessité d'une répétition fondatrice du droit spontané. Ainsi, pour le doyen Vedel, la révision de la Constitution par le recours au référendum de l'art. 11 constitue une coutume née de l'unique précédent de 1962 (VEDEL (Georges), « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968). Cette interprétation est cependant réfutée par la majorité de la doctrine, comme par la jurisprudence qui rappelle qu'un fait isolé, même ancien, ne peut créer un usage (CE, 15 mai 1857, *Robert, Leb.*, p. 406) et que la répétition est l'une des conditions de formation d'un usage (trib. com. Seine, 31 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 2, p. 166).

³ De ce fait, la généralité apparaît « comme la caractéristique la plus essentielle du droit spontané et [...] ne souffre aucune atténuation. Il ne peut être envisagé de consacrer comme règle spontanée un comportement qui ne serait propre qu'à quelques uns » (DEUMIER (Pascale), *op. cit.*, p. 140).

⁴ STARCK (Boris) et al., *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 178.

⁵ LARROUMET (Christian), *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, tome 1, Paris, Economica, 4^{ème} éd., 2004, p. 18.

⁶ AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2004, p. 9.

⁷ Ainsi, pour le Professeur Aubert, « la notoriété entre dans la définition même de la coutume : l'exigence d'un comportement habituel et tenu pour nécessaire est incompatible avec la clandestinité » (AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2004, p. 115). Dans le même sens, voir STARCK (Boris) et al., *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 342.

de la loi étatique. En effet, la prolifération législative et réglementaire actuelle fait apparaître la maxime en vertu de laquelle « nul n'est censé ignorer la loi » comme une présomption illusoire¹. Si la connaissance de la règle spontanée repose, elle aussi, sur une présomption², celle-ci ne présente pas le même caractère fictif que pour la loi, d'autant que les études ethnologiques ont montré que la coutume orale se transmet avec une fidélité parfois absolue, balayant ainsi le mythe de l'incertitude de la coutume³. Il faut toutefois distinguer la connaissance de la coutume par le groupe et sa connaissance par les tiers, c'est-à-dire son caractère public à l'extérieur du groupe. En effet, la règle spontanée peut être ignorée par l'extérieur tout en restant pleinement valide, si elle est connue du groupe auquel elle s'applique⁴. Sur ce point, le régime des règles coutumières ne diffère en rien de celui des règles délibérées qui peuvent être également produites par le groupe sous certaines conditions.

B. La production conditionnée de règles délibérées

Contrairement à ce que pourraient laisser penser les recherches anthropologiques centrées essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, sur les formes coutumières du droit⁵, les collectivités minoritaires génèrent également des normes juridiques délibérées, les premières n'excluant aucunement les secondes et réciproquement⁶. En effet, les dirigeants de ces collectivités, ainsi que les individus chargés de régler les différends entre leurs membres – quelles qu'ils soient et quelle que soit l'importance qualitative et quantitative de leurs interventions – décident pour les premiers, jugent

¹ Sur l'insécurité juridique induite par la multiplication des règles de droit étatiques, voir Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 233-279.

² Contrairement à la présomption de connaissance de la loi qui repose sur la publicité des textes adoptés, la présomption de connaissance de la coutume est fondée sur la notoriété de la règle dans le groupe et l'appartenance de l'individu intéressé à ce groupe. Comme l'a indiqué la Cour de Justice des Communautés Européennes au sujet des usages commerciaux, la connaissance d'un usage est établie, indépendamment de toute forme de publicité, lorsqu'un comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs de la branche commerciale dans laquelle les parties exercent leur activité (CJCE, 20 février 1997, *MSG, RCDIP*, 1997, p. 563, note H. Gaudemet-Tallon ; CJCE, 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti, RCDIP*, 1999, p. 559, note H. Gaudemet-Tallon).

³ Sur ce point, voir POIRIER (Jean), Discussion sous FILHOL (René), « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in GILISSEN (John) dir., *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 1962, pp. 80-81.

⁴ Voir DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 163-165.

⁵ Peu d'études juridiques font état des règles de droit délibérées adoptées par les groupes minoritaires, sauf à les mentionner brièvement au détour d'un développement mais sans examiner ni leur fondement, ni leur portée, ni leur procédure d'adoption (GIRE (Hilaire), « La coutume en Nouvelle-Calédonie », *RJPIC*, n° 7, 2001, p. 752). Par ailleurs, il est révélateur que Gurvitch ou Ehrlich, présentant leurs concepts de « droit social » et de « droit vivant », les assimilent entièrement au droit spontané, sans observer qu'ils peuvent revêtir également une forme délibérée.

⁶ L'anthropologie juridique a montré à cet égard que l'évolution des sociétés n'est pas inéluctablement celle du droit spontané au droit délibéré, le second excluant le premier. Voir notamment ROULAND (Norbert), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, pp. 62-68.

pour les seconds, produisant ainsi le droit et la jurisprudence propres au groupe considéré. Bien que ces différentes normes soient « délibérées » eu égard à leur mode de production, certains auteurs les qualifient de « droit coutumier ». Ainsi, pour Jacques Vanderlinden, « toutes ces formes [délibérées] que prend le droit du groupe coexistent en son sein et se transforment, le plus souvent, grâce à l'adhésion des membres, en coutumes. Celles-ci s'ajoutent aux coutumes qui naissent originellement du comportement des individus et on peut donc parler de mode de production à dominante coutumière »¹. Ce regroupement des différentes formes de droit minoritaire sous la même appellation de « droit coutumier » introduit cependant une confusion qui pourrait être évitée par l'utilisation de la notion de « droit traditionnel ». Outre le fait qu'il permet de désigner sans les confondre le droit spontané coutumier et le droit délibéré par les instances traditionnelles des groupes minoritaires, ce terme présente l'avantage de rappeler le caractère identitaire de ces deux formes de droit, cette coloration culturelle qui les distingue du « droit imposé par l'Etat »².

Si du droit délibéré peut être produit par des collectivités minoritaires, toutes ne possèdent pas cette faculté. Plusieurs conditions doivent en effet être réunies pour qu'un groupe soit en mesure de générer des règles de droit délibérées. La première de ces conditions est que le groupe considéré soit suffisamment structuré pour qu'émerge la « distinction entre autorités dirigeantes et personnes dirigées, entre organes et membres » que mentionnait Jacques Mourgeon – à la suite du doyen Hauriou – comme élément constitutif d'une institution³. Cela exclut d'office les minorités nationales de France métropolitaine dont il a été montré qu'elles n'étaient pas suffisamment structurées, sauf à accepter comme leurs les autorités décisionnelles administratives qui leur sont attribuées par l'Etat⁴. En revanche, on peut considérer que certaines populations autochtones d'outre-mer sont restées suffisamment structurées pour générer du droit délibéré.

La forme, la composition et la désignation de ces autorités décisionnelles ultramarines varient en fonction des groupes considérés. En Nouvelle-Calédonie, les structures coutumières actuelles résultent en partie de l'organisation coloniale qui avait aboli les anciens royaumes kanaks. Les colonisateurs avaient en effet érigé des réserves où les Kanaks étaient confinés, réglant eux-mêmes leur vie et leurs relations

¹ VANDERLINDEN (Jacques), « Rendre la production du droit aux peuples », *Politique africaine*, n° 62, 1996, p. 91.

² JOURNES (Claude), « Introduction », in JOURNES (Claude) dir., *La coutume et la loi : Etudes d'un conflit*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1986, p. 10.

³ MOURGEON (Jacques), *La répression administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 1967, p. 30.

⁴ Dans ce cas, les règles produites ne seront plus du droit traditionnel autonome mais relèveront du droit public local produit par les autorités décentralisées de la République et seront, de ce fait, soumises à un régime juridique différent.

sur une base coutumière¹. Après la suppression du code de l'indigénat en 1946², ces réserves sont devenues des districts administrés par des Grands-Chefs, descendant généralement des anciens rois. Ces districts sont eux-mêmes composés de plusieurs tribus placées sous l'autorité de Petits-Chefs. Enfin, chaque tribu se divise en clans, qui constituent les structures coutumières de base. Le chef de clan est désigné par consensus entre les chefs des familles du clan ; il est assisté par un Conseil qui comprend les représentants d'un certain nombre de lignées³. A Wallis et Futuna, le territoire est divisé en trois royaumes : celui d'Uvéa à Wallis et ceux d'Alo et de Sigave à Futuna. Chacun de ces royaumes est placé sous l'autorité d'un roi détenteur de l'autorité coutumière, choisi par les notables au sein de la famille royale⁴. Il est toutefois à noter que les structures traditionnelles n'ont pas été préservées dans tous les territoires, beaucoup n'ayant pas résisté à la colonisation et à l'évangélisation. Ainsi, à Mayotte, le Sultanat a disparu et les villages sont devenus des communes ; le pouvoir des juges traditionnels, les Cadis, s'est toutefois perpétué⁵. En Guyane, la départementalisation a parachevé la « francisation » de l'organisation territoriale mais les villages amérindiens restent *de facto* dirigés par des chefs coutumiers⁶.

Toutes ces structures traditionnelles disposent d'un pouvoir décisionnel mais encore faut-il, pour que ce pouvoir soit effectif, qu'elles jouissent d'une légitimité leur permettant de garantir le respect des décisions qu'elles prennent. Cette deuxième condition à la production de règles délibérées ne peut être remplie que si les membres

¹ Sur la création des réserves, leur régime juridique et les questions politiques, sociales et foncières qu'elles suscitent, voir SAUSSOL (Alain), *L'Héritage. Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Société des Océanistes, n° 40, 1979, 493 p.

² L'abrogation du code de l'indigénat a été prononcée par la loi n° 46-645 du 11 avril 1946 (*JORF*, 12 avril 1946, p. 3063) qui accorde aux Kanaks la liberté de circulation et reconnaît à tous les ressortissants des territoires d'outre-mer la citoyenneté française, devant en cela de peu la Constitution de 1946.

³ Les autorités coloniales avaient modifié ce schéma, en s'arrogeant le droit de déchoir les chefs (arrêté n° 57 du 14 mai 1863) et en modifiant leurs fonctions traditionnelles (arrêté n° 13 du 22 janvier 1868). A partir de 1887, le gouverneur est chargé de déterminer les devoirs et les attributions des chefs (décret du 18 juillet 1887), puis de les nommer (décision n° 840 du 9 août 1898). Ce système n'a été abrogé qu'en 1985 : la délibération de l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie du 7 août 1985 indique que la désignation et la cessation de fonction des chefs relèvent désormais des « usages reconnus par la coutume dans leur aire coutumière ». Le gouvernement se limite à constater cette désignation ou cessation de fonction. Ce retour aux traditions mélanésiennes a conduit à la disparition des chefferies purement administratives, issues des nominations arbitraires faites par les gouverneurs successifs. Sur ce point, voir VIVIER (Jean-Loup), « Le droit français face à la coutume kanak », *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, pp. 471-472.

⁴ A Uvéa, le roi (*Lavelua*) est assisté d'un Premier ministre (*Kalae-Kivalu*) et de cinq ministres. Sur proposition de la population, le roi nomme les chefs de district, qui ont eux-mêmes autorité sur les chefs de village. Ces derniers, qui peuvent lever les corvées d'intérêt général, sont plébiscités ou destitués au cours d'assemblées générales qui ont lieu le dimanche dans une case commune. Les deux royaumes de Futuna, Sigave et Alo, comprennent respectivement six et neuf villages. Chaque roi, le *Tui Agaifo* à Alo et le *Keletaona* à Sigave, est assisté de cinq ministres appartenant à des villages différents et d'un chef de cérémonies. Dans les deux royaumes, les chefs de villages sont désignés par un conseil des anciens.

⁵ SERMET (Laurent), « Regards sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 185-201.

⁶ ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, pp. 1627-1628.

de la collectivité reconnaissent et acceptent l'autorité de ces institutions décisionnelles¹. La survivance de telles structures dans l'outre-mer français et le rôle actif qu'elles jouent encore dans l'adoption des décisions relatives à la vie du groupe et dans le règlement des conflits au sein du groupe semblent attester de leur légitimité, bien établie malgré les évolutions sociologiques qui ne peuvent manquer de se faire jour au contact de la population d'origine européenne². Enfin, la dernière condition qui paraît nécessaire à l'exercice d'un pouvoir normatif réside dans le respect du processus prévu par le groupe pour l'adoption de règles de droit. Ce processus varie, à l'évidence, selon les collectivités considérées. En Nouvelle-Calédonie, les décisions claniques, tribales et les décisions des grandes chefferies ne peuvent être prises qu'à l'unanimité ; le chef joue un rôle central dans la recherche de ce consensus nécessaire mais souvent difficile³. Une fois adoptée, la décision est consacrée par un procès-verbal de palabre, rédigé par l'autorité coutumière qui a présidé la séance⁴.

Ainsi, la production de règles traditionnelles, qu'il s'agisse de règles spontanées ou de règles délibérées, doit obéir à plusieurs conditions organiques, formelles et procédurales qui confèrent à ces règles leur caractère juridique. Le nécessaire respect de ces conditions de formation du droit permet d'opérer une distinction entre les minorités nationales qui sont productrices de règles de droit et se retrouvent, de ce fait, en situation de pluralisme juridique, et les minorités nationales qui, faute de remplir ces différentes conditions, ne peuvent être considérées comme des collectivités juridiques. Si l'étude des modes de formation du droit traditionnel autorise ainsi une classification des minorités nationales françaises en fonction de leurs capacités normatives, il semble nécessaire d'affiner cette première classification par l'étude des modes de mise en œuvre de ce même droit. En effet, la production d'un droit extra-étatique ne conduirait pas à un véritable pluralisme juridique si ce droit n'était pas utilisé de manière effective par les minorités nationales qui le créent. En ce sens, l'existence empirique de règles de droit minoritaires suppose que ces règles, après avoir été générées, soient appliquées par des collectivités minoritaires extra-étatiques.

¹ La légitimité d'un pouvoir ou d'un ordre juridique semble en effet devoir se mesurer au degré d'adhésion de la collectivité à laquelle il s'impose. Sur ce point, voir RIVERO (Jean), « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, pp. 57-63 et FEVRIER (Jean-Marc), « Sur l'idée de légitimité », *RRJ*, 2002, pp. 368-379.

² L'ethnologue Caroll Péaud-Aubert indique en effet que chez les Amérindiens de Guyane, les jeunes générations remettent de plus en plus en cause l'autorité des chefs coutumiers et préfèrent désormais agir par le biais des associations et des institutions étatiques (police, justice) en cas de conflits les concernant (PEAUD-AUBERT (Caroll), « Désordres et règlement des litiges », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 184-185).

³ VIVIER (Jean-Loup), « Le droit français face à la coutume kanak », *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, p. 476.

⁴ Sur les procédures d'adoption et le contenu des palabres coutumiers, voir FABERON (Jean-Yves), « Palabres et procès-verbaux », in *Mélanges Jean-Philippe Colson*, Grenoble, PUG, 2004, pp. 65-72. Les procès-verbaux de palabres et, plus généralement, les actes coutumiers sont désormais régis par la loi du pays de Nouvelle-Calédonie n° 2006-15 du 15 janvier 2007 (*JONC*, 30 janvier 2007, p. 647).

Section 2. DES REGLES DE DROIT APPLIQUÉES PAR DES COLLECTIVITÉS MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES

Contrairement au droit étatique qui peut rester inappliqué un temps sans que sa validité n'en souffre ¹, le droit traditionnel ne peut survivre sans une application effective régulière. S'agissant des coutumes, leur mise en œuvre est la condition première de leur existence : à défaut d'une répétition constante et générale, donc d'une application constante et générale, la règle coutumière retombe dans la catégorie des faits et perd son caractère juridique par désuétude ². S'agissant des règles délibérées, leur force juridique est liée à l'adhésion qu'elles rencontrent au sein du groupe. Ce consentement collectif, qui est le fondement même de leur légitimité, se manifeste essentiellement par leur mise en œuvre ; le refus d'appliquer les décisions des dirigeants du groupe revient en effet à contester l'autorité de ces dirigeants et, par suite, à remettre en cause la structure du groupe. Dans ce cadre, l'application des ordres juridiques minoritaires ne conditionne pas seulement leur efficacité, elle détermine leur existence.

Il s'agit dès lors, pour le juge comme pour le chercheur, d'étudier « l'implémentation » ³ ou encore « la force » ⁴ du droit traditionnel sur ceux auxquels il prétend s'appliquer. Cette tâche n'est pas chose aisée car aucune systématisation n'est envisageable en la matière : l'existence de règles de droit traditionnel ne peut être établie qu'au cas par cas, au regard notamment de l'ancienneté, la constance, l'interruption et l'actualité de la mise en œuvre des normes étudiées. De telles études circonstanciées, qui ne peuvent là encore se réaliser sans le recours aux observations anthropologiques, ont pour objet de déterminer d'une part si l'effectivité des normes traditionnelles est manifeste dans les collectivités minoritaires observées et, d'autre part, si la force obligatoire de ces normes est reconnue par ces mêmes collectivités. Le premier élément permet de déterminer si les règles juridiques en cause sont encore en vigueur au moment de l'observation, le second aide à évaluer la valeur accordée à ces règles par le groupe minoritaire dont elles sont issues. Dans le cas où ces deux

¹ La doctrine est quasiment unanime quant au fait qu'une loi ne peut être abrogée par désuétude. Duguit est l'un des rares à avoir soutenu qu'« un texte de loi peut [...] suivant l'expression courante tomber en désuétude » (DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 176).

² La jurisprudence exige ainsi que les coutumes présentent une certaine constance dans le présent, c'est-à-dire qu'elles soient « appliquées sans divergences à tous les cas semblables dans la région où leur autorité est invoquée » (trib. com. Seine, 31 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, n° 2, p. 166). Cette exigence de constance des usages est omniprésente dans la jurisprudence, comme le montre le Professeur Deumier (*Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 130-138).

³ BLANKENBURG (Erhard), « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre : le concept d'implémentation », *Droit et Société*, n° 2, 1986, pp. 73-94.

⁴ BOURDIEU (Pierre), « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, pp. 3-19 ; BOURETZ (Pierre) dir., *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, Série Philosophie, 1991, 274 p.

éléments se trouveraient réunis, l'existence d'un ordre juridique minoritaire ne soulèverait plus aucun doute. La recherche de l'effectivité (§1) et de la force obligatoire (§2) des règles de droit traditionnel précédemment évoquées contribue ainsi à affiner l'inventaire des collectivités juridiques minoritaires en France

§ 1. L'effectivité du droit traditionnel

L'effectivité fait partie de ces notions, décidément bien nombreuses lorsqu'il est question de pluralisme juridique, qui n'acceptent pas de définition unanime¹. Le recours aux dictionnaires de la langue française s'avère peu utile puisqu'aucun ne mentionne ce substantif². Le renvoi à l'adjectif dont il est issu apporte un début de lumière en indiquant que peut être considéré comme « effectif » le droit qui « se traduit par un effet, par des actes réels »³. En ce sens, l'effectivité d'une règle de droit traditionnel se mesure aux effets qu'elle produit dans le groupe où elle s'est constituée. Pour certains auteurs, c'est précisément dans cette effectivité que réside le fondement de la force du droit non étatique⁴. Ces auteurs partent du constat que le caractère juridique des normes non étatiques, et en particulier des normes coutumières, ne peut s'expliquer par le recours aux critères normativistes. Dès lors, le droit spontané doit être reconnu dans son fondement propre, sans référence ni comparaison systématique avec le droit étatique⁵. Dans la mesure où elle conditionne l'existence de la règle spontanée, l'effectivité constitue ce fondement. La règle non-étatique bénéficie ainsi d'une juridicité inhérente acquise en dehors de toute reconnaissance par l'Etat, qui réside dans un besoin social de droit et l'existence effective de ces manifestations – contrairement à la norme étatique qui trouve

¹ D'après Michel Miaille, « Tout, dans le système de droit, est discutable, objet d'interprétations variables à commencer par les notions de base, souvent les moins bien définies... » (MIAILLE (Michel), « Désordre, droit et science », in AMSELEK (Paul) dir., *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 89).

² Le terme a pourtant bien cours en théorie juridique, consacré par le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* qui le définit de manière particulièrement sibylline comme le « degré de réalisation des règles de droit » (ARNAUD (André-Jean) dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, pp. 219-221). Le néologisme est également utilisé par plusieurs auteurs, à l'exemple de Jean Carbonnier qui l'accompagne même de son contraire (« Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, pp. 136-148).

³ *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, v° Effectif.

⁴ Voir EHRlich (Eugen), « La norme juridique est une règle sociale parmi d'autres », in GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise), TROPER (Michel) dir., *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 103 ; AGO (Roberto), « Droit positif et droit international, *AFDI*, 1957, pp. 55-59.

⁵ « Il s'agit donc, sur la base d'une telle reconnaissance, d'appliquer, en ce qui concerne la partie du droit que nous avons définie comme droit spontané, les méthodes correspondant à sa nature spécifique, et non [...] de penser qu'il s'agit là d'un droit que la science juridique ne saurait connaître, simplement parce que ces mêmes méthodes limitées se trouvent inapplicables à son égard » (AGO (Roberto), « Droit positif et droit international, *AFDI*, 1957, p. 58).

l'explication de sa juridicité dans les théories positivistes et sa conformité aux conditions posées par la norme supérieure¹.

Toutefois, le recours à la notion d'effectivité soulève rapidement d'autres questions. En effet, il existe rarement un état d'effectivité et un état d'ineffectivité d'une règle de droit : comme l'a montré le doyen Carbonnier, on remarque plutôt une multiplicité d'états intermédiaires entre ces deux états extrêmes². Ainsi, « l'effectivité des règles de droit se détermine en terme de seuils [qui], ne pouvant être fixés de manière incontestable, [se voient] généralement soumis à une appréciation très subjective »³. Outre cette variabilité d'intensité, l'effectivité d'une norme peut aussi connaître une variabilité dans le temps. De fait, l'application effective d'une règle n'est pas perpétuelle : elle s'apprécie au moment où l'observation est réalisée. Cette exigence de contemporanéité du droit traditionnel signifie, *a contrario*, que les normes produites par les minorités nationales dont l'application n'a été que ponctuelle dans le temps et qui n'ont pas su (ou pu) survivre au centralisme législatif, ne peuvent être considérées comme constitutives d'ordres juridiques minoritaires. Elles ont été de véritables règles de droit mais ne peuvent désormais plus prétendre à ce statut, puisqu'elles ne présentent plus le caractère d'effectivité⁴. De fait, les observations ethnologiques et sociologiques révèlent que la survivance des pratiques juridiques

¹ Le chef de file de l'Ecole italienne du droit spontané, Roberto Ago, a poursuivi cette réflexion en envisageant ces deux théories non plus séparément mais dans leur complémentarité, posant alors l'hypothèse de la dualité du droit positif (AGO (Roberto), « Droit positif et droit international, *AFDI*, 1957, pp. 14-62). La conciliation de critères alternatifs de juridicité – la validité fondant la juridicité de la norme étatique, l'effectivité fondant celle de la norme spontanée – permet ainsi d'appréhender le droit positif dans toutes ses manifestations. A sa suite, de nombreux juristes ont admis cette combinaison de la validité formelle et de l'effectivité, pour la définition du droit positif. Voir BATIFFOL (Henri), « Sur la positivité du droit », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 369 ; ATIAS (Christian), « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD*, tome 27, 1982, p. 213 ; MARKOVIC (Nojidar), « De la dualité du droit positif », *RIDC*, 1995, p. 145-153 ; VEDEL (Georges), « Introduction », in *L'unité du droit. Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 2-3 ; DEUMIER (Pascal), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 310-316.

² CARBONNIER (Jean), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, pp. 136-148.

³ ATIAS (Christian), « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD*, tome 27, 1982, p. 223. Cette incertitude du critère de l'effectivité a conduit certains auteurs, même parmi ceux sensibles aux thèses socio-anthropologiques, à le réfuter. Ainsi, Andrée Lajoie affirme que l'adoption de l'effectivité comme critère de juridicité serait un piège car en n'incluant « dans le droit que les normativités effectives et [en n'admettant] qu'à partir d'un certain point le non-respect d'une norme la prive de son caractère juridique, on se place dans la position peu enviable de déterminer quelle déviance suppose encore l'existence de la norme, et à partir de quel seuil de non-respect la norme est détruite » (LAJOIE (Andrée) et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 39, n° 4, décembre 1998, pp. 708-709).

⁴ A cet égard, une règle coutumière doit avoir été répétée de manière ininterrompue, afin d'être toujours en vigueur dans un groupe. Le juge a toutefois atténué cette obligation et accepte désormais des interruptions légitimées par des circonstances extérieures. Ainsi, en matière de cultes, le Conseil d'Etat a estimé que le caractère traditionnel de processions religieuses « n'a pas pu disparaître par suite de leur interruption forcée en exécution de l'arrêté municipal qui les avait interdites » (CE, 14 janvier 1949, *Abbé Laurent, Leb.*, p. 18 ; CE, 26 avril 1950, *Abbé Dalque, Leb.*, p. 234 ; CE, 3 décembre 1954, *Sieur Rastouil, Leb.*, p. 639).

identitaires en France est extrêmement variable en fonction des zones considérées, du degré d'intégration ou d'acculturation des populations et de l'intensité de la centralisation politico-administrative. Ainsi, alors que le droit traditionnel est resté très vivace dans certains territoires ultra-marins (B), le droit coutumier est aujourd'hui résiduel en métropole (A) ¹.

A. Des ordres juridiques coutumiers résiduels en métropole

La centralisation juridique qui a marqué la construction de l'Etat moderne en France a conduit à l'atténuation, pour ne pas dire à l'éradication des particularismes juridiques locaux qui prévalaient jusqu'alors. A partir du XVI^e siècle, le droit étatique a remplacé nombre de « lois privées » qui régissaient les villes, les provinces et les corporations ². Les coutumes étaient pourtant diverses et variées sous l'Ancien Régime ; à la veille de la Révolution, Voltaire affirmait encore qu'« un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste » ³. Le morcellement du royaume de Charlemagne au IX^e siècle avait en effet entraîné la multiplication de droits coutumiers locaux qui réglaient le statut des personnes, la condition des terres ou encore les successions, dans le cadre des seigneuries ⁴. Ces droits coutumiers faisaient alors partie des privilèges d'une localité ou d'une province, à l'instar de la Coutume de Bretagne ⁵ ou des Libertés forales du Pays basque ⁶. Ce dernier exemple est particulièrement révélateur de la prévalence des coutumes locales que l'Etat ne songeait pas encore à combattre. Appelées *fueros* en Espagne et *fors* en France, les Libertés forales étaient les coutumes appliquées par les assemblées locales – dites forales – que les souverains (espagnols, français ou anglais) devaient jurer de respecter pour obtenir l'allégeance de chacune des sept provinces basques. Les fors représentaient un certain nombre de particularismes légaux, parmi lesquels le non reversement des impôts à la Couronne, l'exemption du service militaire ou encore un régime douanier particulier. Par ailleurs, les assemblées forales pouvaient opposer un *pase foral*, c'est-à-dire un droit de désobéissance à tout décret

¹ Le droit traditionnel qui subsiste en métropole n'est envisagé que dans sa composante coutumière, les collectivités minoritaires n'y étant plus suffisamment structurées pour produire du droit délibéré, comme il l'a été précédemment démontré (voir *supra*, pp. 72ss).

² Etymologiquement, une « loi privée », au sens de droit spécifique ou particulier, provient du latin « *privata lex* », dont est issu le terme « privilège ».

³ VOLTAIRE (François Marie Arouet, dit), *Dictionnaire philosophique*, Paris, Garnier-Flammarion, rééd., 1997, v° « Coutumes ».

⁴ CARBASSE (Jean-Marie), *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2003, pp. 117-118.

⁵ Parmi les études les plus poussées sur la Coutume de Bretagne figurent celles du magistrat breton Bertrand d'Argentré, qui les a longuement commentées au XVI^e siècle et dont les travaux font encore figure de référence. Voir ARGENTRE (Bertrand d'), *Histoire de Bretagne*, Paris, J. Dupuis, 1588, 831 p. (cette édition avait été censurée puis interdite par le pouvoir royal).

⁶ Voir DAVANT (Jean-Louis), *Histoire du Peuple Basque*, Bayonne, Elkarlanean, 8^{ème} éd., 2000, 311 p.

royal allant à l'encontre des fors. Se trouvaient ainsi préservés les particularismes des provinces basques et des populations y résidant ¹.

La première atteinte à l'autonomie des coutumes prend la forme de l'ordonnance royale de Montil-lès-Tours de 1453, qui engage un vaste mouvement de rédaction des coutumes ². Si cette mise par écrit est présentée comme un moyen de favoriser la publicité des coutumes, ne modifiant en rien les règles transcrites ³, la rédaction de ces coutumes s'accompagne néanmoins en pratique d'une véritable réformation de leur contenu ⁴ et de leur autorité : prenant désormais la forme de décrets du roi, le droit coutumier n'est plus qu'« un droit sous tutelle étatique » ⁵. Toutefois, quelles que soient les transformations alors subies par la coutume, la possibilité même de son existence, pas plus que sa capacité à fournir des règles de droit positif, ne sont alors remises en cause. La Révolution met fin à cette situation : les codifications du XIX^e siècle n'accordent plus aux coutumes qu'un rôle subordonné, y voyant tout au plus un mode local et subsidiaire de régulation des relations sociales ⁶.

La disparition de systèmes coutumiers entiers ramène au phénomène de « cycle » des systèmes juridiques décrit par le Professeur Hart, pour qui tout système juridique, à l'instar de tout corps vivant, passe du stade de la conception à celui de sa naissance puis à celui de l'acquisition de son autonomie, pour ensuite commencer à périr et enfin totalement disparaître ⁷. De fait, les anciens systèmes coutumiers semblent avoir atteint ce dernier stade en France métropolitaine : aujourd'hui demeurent encore quelques usages locaux résiduels, dont le respect est effectivement observé mais qui s'avèrent trop épars pour constituer de véritables systèmes juridiques. Le Professeur Deumier indique à cet égard que « les particularismes régionaux se sont atténués au point que le renvoi aux [coutumes] locales n'est plus invoqué qu'en matière de

¹ Si les coutumes forales sont officiellement abolies en France en 1789 et en Espagne en 1876, la disposition additionnelle n° 1 de la Constitution espagnole de 1978 mentionne qu'elle « protège et respecte les droits historiques des territoires forals » (*ampara y respecta los derechos históricos de los territorios forales*), ce que le Parti Nationaliste Basque interprète comme la reconnaissance d'un statut extra-constitutionnel.

² Voir FILHOL (René), « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », in GILISSEN (John) dir., *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 1962, pp. 63-86.

³ FILHOL (René), *op. cit.*, pp. 66-67.

⁴ Voir notamment GAUDEMET (Jean), *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 3^{ème} éd., 2001, pp. 45-46.

⁵ SUEUR (Philippe), *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e siècle*, tome 2, Paris, PUF, Coll. Thémis, 1989, p. 29.

⁶ Ainsi, l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII créant le code civil dispose qu'« A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». En limitant l'abrogation aux seules coutumes intervenant dans les matières régies par le code, la loi laisse toutefois subsister les coutumes supplétives.

⁷ HART (Herbert Lionel Adolphus), *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 109.

distances de plantations ou de courses de taureaux »¹, ou encore en matière agricole². Ainsi, si les groupes revendiquant l'appellation de minorités nationales en France métropolitaine peuvent être considérés comme disposant d'une capacité potentielle de production de règles de droit coutumier, ils appliquent des ordres juridiques désormais très partiels et incomplets. Il reste toujours possible que de nouvelles coutumes puissent, à l'avenir, compléter ces ordres juridiques aujourd'hui tronqués, dans la mesure où la capacité de production juridique des groupes minoritaires de métropole n'a pas disparu. Cette éventualité paraît toutefois plus qu'improbable du fait de l'omniprésence, voire de l'omnipotence du droit étatique. Les lacunes et les insuffisances de la loi, qui pouvaient auparavant justifier le recours à des coutumes destinées à pourvoir à un besoin de droit, sont aujourd'hui trop rares pour qu'émergent, de ce fait, de nouveaux usages supplétifs. Les populations minoritaires ultra-marines, en revanche, paraissent pouvoir se targuer de constituer de véritables collectivités juridiques, du fait de la préservation avérée de leur droit traditionnel.

B. Des ordres juridiques traditionnels préservés en outre-mer

Le droit traditionnel ultra-marin n'a pas été à l'abri de la phagocytose réalisée par le droit étatique. Dans ces territoires, la conjugaison de la centralisation juridique et de la politique assimilationniste de l'Etat a provoqué la disparition de nombreuses coutumes et la désagrégation des structures communautaires autochtones. Toutefois, la domination du droit de l'Etat est loin d'avoir atteint la même intensité qu'en métropole : en dépit des efforts de « francisation » menés par la République³, le droit traditionnel est resté particulièrement vivace à Mayotte⁴, en Guyane⁵, à Wallis et

¹ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 338. L'auteur montre en revanche la survivance de nombreux usages professionnels, dont elle donne de multiples exemples (*op. cit.*, pp. 339-340). Ces développements sont particulièrement intéressants en ce qu'ils montrent la persistance de communautés juridiques non-étatiques (en l'occurrence professionnelles) en France, mais s'éloignent de la question des communautés juridiques culturelles dont ils ne font que confirmer, par comparaison, le caractère moribond.

² L'adoption du Code rural en 1924 a constitué une première étape de codification des nombreux usages ruraux en vigueur jusqu'alors. Le Code rural, comme le Code civil, renvoie toutefois à différents usages locaux qui peuvent parfois varier fortement d'une région à l'autre. De ce fait, les usages locaux conservent une véritable effectivité dans le droit rural actuel. A cet égard, voir POUMAREDE (Jacques), « Les usages locaux dans le droit rural contemporain », in ASSIER-ANDRIEU (Louis) dir., *Une France coutumière. Enquête sur les usages locaux et leur codification (XIX^e - XX^e siècles)*, Paris, Ed. du CNRS, 1990, pp. 69-78.

³ Voir VIMON (Jack), « Assimilation et dédoublement des ordres normatifs » : le cas des Amérindiens de Guyane française », in CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin) dir., *1946-1996 : Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, l'Harmattan, 1997, pp. 433-449.

⁴ Sur les coutumes mahoraises, voir notamment SCHULTZ (Patrick), « Le statut personnel à Mayotte », *Droit et Cultures*, n° 1, 1999, pp. 95-114.

⁵ Voir notamment les contributions figurant in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, l'Harmattan, 1995, 303 p. ; MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, 217 p.

Futuna ¹, en Nouvelle-Calédonie ², comme en Polynésie française où l'acculturation a pourtant été plus poussée – ou mieux réussie ³... L'éloignement géographique des collectivités ultra-marines et leur résistance à l'intrusion du droit colonial ont ainsi permis aux populations autochtones de préserver d'importants éléments de leurs systèmes juridiques, coutumiers ou délibérés. Que l'Etat reconnaisse ou non ces particularismes juridiques n'a eu à cet égard que peu d'influence : l'absence de consécration officielle des coutumes en Polynésie et en Guyane ⁴, pas plus que le refus, toujours en Guyane, de reconnaître les décisions des autorités amérindiennes ou noires-réfugiées n'ont empêché leur observation effective par les populations minoritaires ⁵. Ainsi, les Polynésiens comme les Amérindiens continuent à vivre – au moins en partie – sous l'empire de systèmes juridiques autochtones officieux mais authentiques. La situation de pluralisme juridique extra-étatique est dès lors avérée.

Il paraît utile de préciser ici que la diversité ethnique des populations d'outre-mer engendre des dissemblances notables entre leurs systèmes juridiques. Cette variété juridique concerne le droit traditionnel délibéré tout autant que les coutumes, que la doctrine a trop souvent la tentation de désigner de manière indifférenciée et uniformisante comme *la* coutume autochtone. Il n'y a pas une culture autochtone, mais bien *des* cultures autochtones qui varient en fonction des groupes. De ce fait, il s'avère impossible de recenser la totalité des coutumes autochtones en vigueur, comme il paraît difficile de suggérer que certaines d'entre elles seraient représentatives de l'ensemble des cultures autochtones françaises ⁶. Cet universalisme est d'autant plus improbable qu'il n'y a pas, ou rarement, de contiguïté géographique entre les populations autochtones concernées ⁷. Peut-être pourrait-on trouver des

¹ TROUILHET-TAMOLE (Antonia), SIMETE (Emeli), « Les règles coutumières à Wallis et Futuna », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 137.

² En Nouvelle-Calédonie, l'instauration dès 1897 de réserves a joué un rôle conservatoire des coutumes autochtones. Sur la coutume mélanésienne, voir NICOLAU (Gilda), « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 53-70 ; ORFILA (Gérard), « Réflexions sur la coutume mélanésienne », *RJPIC*, Vol. 43, n° 2, 1989, pp. 129-141.

³ Sur les anciennes coutumes polynésiennes, voir SAURA (Bruno), « Les règles coutumières en Polynésie française », in DECKKER (Paul de) dir., *op. cit.*, pp. 95-132.

⁴ Les habitants de ces territoires ne disposent pas de statut civil particulier, contrairement aux autres populations autochtones qui peuvent en bénéficier aux termes de l'article 75 de la Constitution (voir *infra*, pp. 107ss). En Polynésie, le traité d'annexion du 29 juin 1880 qui érige les îles australes, Marquises, Tuamotu, des Gambier et de la Société en « établissements français de l'Océanie », prévoyait pourtant expressément la préservation des coutumes polynésiennes.

⁵ Il est bien clair, à cet égard, que les qualifications opérées par le droit étatique ne s'imposent pas au chercheur, dans la mesure où elles sont motivées par des raisons politiques et non par des considérations scientifiques.

⁶ Les coutumes sur un même territoire peuvent elles-mêmes être diverses entre les clans ou tribus, comme en Guyane où les communautés amérindiennes côtoient les communautés noirs-marrons. Bien que les Kanaks soient également divisés en clans, on note une plus grande homogénéité des coutumes mélanésiennes en Nouvelle-Calédonie.

⁷ Il est significatif de constater avec le Professeur Rouland qu'« en raison des contingences historiques et des distances géographiques, les solidarités éprouvées par les Autochtones [de France] sont d'ordre régional mais ne s'inscrivent pas globalement dans le cadre de l'Etat français ». De fait, si une

similitudes entre les coutumes mahoraises et celles des populations autochtones comoriennes, entre les coutumes kanakes et celles des Aborigènes australiens ou des Maoris néo-zélandais, ou encore entre les coutumes des Amérindiens de Guyane française et celle des Autochtones du Brésil ou du Surinam, en raison de leurs probables origines communes. En revanche, peu de similitudes sont observables entre les coutumes des différentes minorités autochtones qui se trouvent sur le sol français, quel que soit le domaine dans lequel ces coutumes interviennent.

Ainsi, en matière de mariage, le droit traditionnel kanak conçoit le mariage comme une alliance entre clans, dont l'objectif est d'assurer la pérennité du groupe et de nouer ou développer des relations inter-claniques. L'union est décidée par les parents et donne parfois lieu à des échanges dès le plus jeune âge des enfants ; la liberté matrimoniale des individus s'en trouve donc limitée. Longtemps proscrit, le divorce est aujourd'hui permis mais uniquement avec l'accord du clan¹. En Guyane, les Amérindiens pratiquent encore la polygamie. Les mariages sont souvent déterminés dès l'enfance des prétendants ; les jeunes gens sont déclarés mariés par le chef du village au cours d'une cérémonie traditionnelle, qu'un mariage civil français peut compléter². A Mayotte, l'âge de nubilité était fixé par la coutume islamique à 12 ans, jusqu'à ce que l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 fixe l'âge minimum pour les mariages à 18 ans pour les hommes et 15 ans pour les femmes³. La polygamie et la répudiation unilatérale étaient également en vigueur, jusqu'à leur interdiction par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003⁴. La situation est tout autre à Wallis et Futuna, où le droit coutumier a été fortement imprégné de références religieuses par les missionnaires catholiques arrivés au XIX^e siècle. En 1870, le responsable de la mission, Monseigneur Bataillon, devenu conseiller de la Reine d'Uvéea, proposa un code contenant des règles de conduite et d'organisation du Royaume, dont certains principes sont encore en vigueur. Le Code Bataillon a ainsi imposé la religion catholique et « purgé » la coutume « de tout principe traditionnel qui allait à l'encontre de la morale catholique »⁵. En matière matrimoniale, il est donc

fédération des organisations amérindiennes de Guyane a été créée en 1992, il n'existe pas de fédération des peuples autochtones de l'outre-mer français. Voir ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 521.

¹ Voir Conseil coutumier du Territoire de Nouvelle-Calédonie, « Les règles coutumières en Nouvelle-Calédonie », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 83 ; ORFILA (Gérard), « Réflexions sur la coutume mélanésienne », *RJPIC*, Vol. 43, n° 2, 1989, p. 132.

² MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, p. 171.

³ *JORF*, 10 mars 2000, p. 3801.

⁴ *JORF*, 22 juillet 2003, p. 12320.

⁵ TROUILHET-TAMOLE (Antonia), SIMETE (Emeli), « Les règles coutumières à Wallis et Futuna », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 135.

interdit à toute personne mariée de se séparer de son conjoint et aucune disposition du Code ne prévoit la possibilité de divorcer.

S'agissant des règles de filiation et d'adoption, le droit coutumier kanak prévoit que l'autorité parentale est assurée par l'oncle utérin, non par le père biologique ou le mari de la mère. L'adoption est très fréquente et constitue souvent un signe d'alliance entre clans¹. En Polynésie, l'enfant *Faamu*, enfant légitime ou naturel dont la filiation est établie, est coutumièrement donné en adoption à ses grands-parents, frères ou sœurs aînés, amis ou voisins, chargés de l'élever ; cette pratique correspond à une conception collective de l'éducation des enfants². A Mayotte, le droit coranique assure la protection des enfants légitimes uniquement ; les enfants naturels ne peuvent donc être reconnus par leur père. Corollairement à cette impossibilité, le droit musulman considère qu'aucun effet de droit ne peut découler de l'adoption. Selon la conception traditionnelle, c'est la famille et, au-delà, l'ensemble du village qui est responsable de l'éducation des enfants. Cette mutualisation de l'entretien et de l'éducation des enfants rendent de fait très rares les abandons et, par suite, les possibilités d'adoption³.

En matière de nom, les enfants amérindiens ne reçoivent leurs différents noms que progressivement dans le temps ; cette nomination différée contrevient au droit civil commun, en vertu duquel l'enfant doit être déclaré dans les trois jours suivant sa naissance⁴. A Mayotte, il n'y a pas en droit musulman de nom patronymique comme en droit commun ; un tel nom ne présente pas d'utilité particulière, chacun portant un prénom auquel il ajoute celui de son père. Le nom d'un enfant était donc déterminé selon ces usages islamiques, jusqu'à l'adoption de l'ordonnance du 8 mars 2000 qui a uniformisé les règles de détermination du nom patronymique avec les règles du droit commun⁵.

Les questions d'héritage font également l'objet de coutumes diverses selon les minorités. Chez les Amérindiens de Guyane, tous les biens matériels du défunt sont traditionnellement détruits, écartant tout héritage. Cette coutume est aujourd'hui sujette à évolution, les biens n'étant plus détruits mais distribués à des voisins, voire dans un autre village⁶. A Mayotte, la coutume islamique prévoyait une inégalité des enfants devant l'héritage, selon leur sexe : une fille ne recevait que la moitié de la part

¹ ORFILA (Gérard), « Réflexions sur la coutume mélanésienne », *RJPIC*, Vol. 43, n° 2, 1989, p. 133.

² Voir CHARLES (Marie-Noël), « Le rôle de la possession d'état dans le statut de l'enfant Faamu en Polynésie française », *RJPIC*, Vol. 48, n° 2, 1994, pp. 197-207 ; « Le droit français appliqué à la famille polynésienne : inadaptation, malentendus et vides juridiques », *Droit et Cultures*, n° 30, 1995, pp. 175-203.

³ Sur le statut coutumier des enfants à Mayotte, voir CADOU (Eléonore), « Le statut de l'enfant dans l'Océan indien : l'enfant mahorais », *RIDC*, n° 2, 2005, pp. 291-343.

⁴ VIMON (Jack), « La "réappropriation" de leur nom d'origine : un moyen pour les Amérindiens de Guyane française de défendre leur identité culturelle », *Droit et cultures*, n° 28, 1994, pp. 225-240.

⁵ Ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000, *JORF*, 10 mars 2000, p. 3799.

⁶ MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, p. 173.

de son frère. La loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 a toutefois mis fin à cet usage ¹.

S'agissant des affaires foncières, la terre présente, en droit traditionnel kanak, un caractère collectif et sacré qui a pour conséquence son inaliénabilité. Dès lors, la notion de propriété ne peut pas être celle du Code civil qui en fait un droit de jouissance et de disposition absolue (art. 554). Au contraire, l'individu autochtone ne dispose que d'un droit d'usage sur la terre de son clan ². En Polynésie, le droit traditionnel étend la propriété foncière jusqu'au lagon, ce qui entraîne un conflit avec la règle française d'inaliénabilité du domaine public ³.

Il se peut enfin que certaines collectivités obéissent à des règles coutumières que l'on peut associer à des règles pénales. Ainsi, à Mayotte, la femme adultère et son amant peuvent être condamnés à être lapidés, comme en témoigne la décision du 16 janvier 1990 rendue par le *cadi* de Mtoamboro, heureusement cassée par le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou ⁴. En Nouvelle-Calédonie, les délits peuvent encore faire l'objet d'une sanction coutumière ; les protagonistes sont convoqués devant la tribu réunie qui décide de la sanction, souvent des coups de bâton ou des travaux à exécuter pour la communauté ⁵.

Certaines de ces coutumes ont fait l'objet d'une rédaction, notamment en Nouvelle-Calédonie où l'assemblée territoriale a consacré comme droit local plusieurs règles traditionnelles en matière de nom, de mariage, de droit successoral ou d'attribution foncière. Ces textes constituent l'embryon d'un « code de la coutume mélanésienne » dont la rédaction est toutefois rendue malaisée par l'imprécision des règles et leur diversité selon les aires coutumières ⁶. Une telle codification faciliterait certainement la connaissance et l'application du droit traditionnel mais pourrait également affecter son authenticité et sa flexibilité ⁷.

La souplesse des normes traditionnelles coutumières est loin d'être une question marginale ; elle préside au contraire à leur survivance et à leur effectivité en permettant leur adaptation aux évolutions sociales. De fait, nonobstant l'opinion

¹ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, p. 12320. Voir CADOU (Eléonore), « Le statut de l'enfant dans l'Océan indien : l'enfant mahorais », *RIDC*, n° 2, 2005, pp. 301-303.

² VIVIER (Jean-Loup), « Le droit français face à la coutume kanak », *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, pp. 472-473.

³ SAURA (Bruno), « Les règles coutumières en Polynésie française », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 95-132.

⁴ RETTERER (Stéphane), « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, p. 1078.

⁵ Conseil coutumier du Territoire de Nouvelle-Calédonie, « Les règles coutumières en Nouvelle-Calédonie », in DECKKER (Paul de) dir., *op. cit.*, pp. 87-88.

⁶ La Nouvelle-Calédonie est divisée en huit aires coutumières sous domination clanique. Voir GIRE (Hilaire), « La coutume en Nouvelle-Calédonie », *RJPIC*, n° 7, 2001, pp. 751-754.

⁷ En ce sens, voir ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 528.

généralement répandue qui tient les coutumes pour des règles figées et intangibles, ces dernières s'inscrivent dans un processus dynamique d'évolution constante¹ et peuvent même se transformer sous l'influence du droit étatique. A cet égard, il est indéniable que les pratiques identitaires ultra-marines qui subsistent aujourd'hui ne donnent qu'un aperçu approximatif des usages qui existaient dans les sociétés précoloniales : la colonisation a enclenché un processus irréversible de modification du droit traditionnel². L'anthropologue Jean Guiart a ainsi noté l'apparition de nouvelles coutumes kanakes selon un processus inédit d'intégration des concepts juridiques occidentaux³.

Cette observation semble confirmer les travaux menés par Etienne Le Roy et Mamadou Wane sur le droit coutumier africain⁴. Les deux auteurs ont élaboré une typologie des systèmes de droit autochtones qui n'est pas sans intérêt pour l'analyse du pluralisme juridique en France – en raison sans doute des traits communs à toutes les situations coloniales. Selon ces chercheurs, le droit indigène soumis à un contexte colonial connaît une évolution en quatre phases successives. La première est marquée par le « droit traditionnel » pratiqué par les populations autochtones avant l'arrivée des Européens. La colonisation et la rédaction des coutumes par l'administration introduisent ensuite un second modèle où domine le « droit coutumier » qui se présente comme une étatisation – et donc une dénaturation⁵ – du droit traditionnel. Lui succède, dans une troisième phase, le « droit local » qui apparaît avec le développement de l'influence de l'Etat ; les modes de formation du droit sont alors déterminés par l'Etat, tandis que son application et son interprétation sont laissées à l'appréciation des autorités locales autochtones. En réaction à ces deux dernières formes de droit imposées par le colonisateur advient la quatrième phase, marquée par

¹ En ce sens, voir notamment ROULAND (Norbert), « La coutume et le droit », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 19-49.

² Ce phénomène a été mis en lumière dans plusieurs travaux relatifs au droit coutumier africain. Ainsi, Francis Snyder et Etienne Le Roy ont montré qu'il est utopiste de penser que le droit coutumier actuel est la continuation du droit indigène qui préexistait à la colonisation : l'imposition du droit étatique et du centralisme juridique ont entraîné la disparition des droits existants et la création de nouveaux droits (SNYDER (Francis), « Colonialism and Legal Form : The Creation of 'Customary Law' in Senegal », *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 19, 1981, pp. 49-90 ; LE ROY (Etienne), « L'adieu au droit coutumier », in RUDE-ANTOINE (Edwige) dir., *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, pp. 20-33).

³ Voir GUIART (Jean), « Une dérive de la "coutume" ? », *Etudes mélanésiennes*, n° 29, 1992-1994, pp. 57-74. Dans le même sens, voir ROULAND (Norbert), « Rapport de synthèse », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 298.

⁴ LE ROY (Etienne), WANE (Mamadou), « La formation des droits non étatiques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 1, 1982, pp. 353-375.

⁵ La codification des coutumes vise souvent, dans l'esprit des colonisateurs, à les apurer de leurs éléments « primitifs ». Naît ainsi un droit « coutumier » qui est en fait le produit d'une acculturation du droit traditionnel opérée par et pour le colonisateur. C'est en ce sens que le Professeur Rouland dénonce la « manipulation de la coutume par les Européens » (ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 534).

le « droit populaire » qui se forme hors des instances étatiques. Il ne s'agit plus de droit traditionnel mais d'une création nouvelle, générée par les populations autochtones au regard de leurs besoins.

L'application de cette typologie aux systèmes juridiques autochtones de l'outre-mer français conduit alors à remarquer la subsistance d'un « droit traditionnel » dans les communautés les plus préservées de l'influence française, à l'exemple de certains villages amérindiens ; la formation d'un « droit coutumier » dans les territoires où une codification est entreprise, comme en Nouvelle-Calédonie¹ ; l'établissement d'un « droit local » dans les collectivités dotées d'institutions décentralisées² ; et l'émergence d'un « droit populaire » permettant une adaptation des coutumes traditionnelles aux évolutions sociales des populations autochtones³. La situation de pluralisme juridique qui en résulte est d'autant plus complexe que se modifient ainsi les sources extra-étatiques de droit. L'existence effective de ces différentes formes de droit peut paraître surprenante dans des territoires certes éloignés du centre juridique de l'Etat, mais qui n'ont pas été exempts de vagues d'assimilation, de francisation... et d'immigration parfois incitée⁴. Le respect de ce droit traditionnel entendu ici au sens large, son effectivité au sein des populations minoritaires s'expliquent par un seul facteur : la reconnaissance de sa force obligatoire.

§ 2. La force obligatoire du droit traditionnel

Le caractère obligatoire paraît inhérent à toute règle juridique ; le droit semble d'ailleurs difficilement définissable sans le recours aux notions d'obligation ou de contrainte. Ce caractère prend une ampleur particulière en matière d'ordres juridiques minoritaires, dans la mesure où il s'agit de droits non étatiques dont la force obligatoire ne peut donc provenir de l'Etat. Dès lors, le fondement du caractère

¹ Bien que ces exemples appartiennent maintenant à l'histoire, l'Administration coloniale française avait entrepris de codifier les coutumes africaines dans certains territoires d'Afrique occidentale française et des colonies du Maghreb. Voir LE ROY (Etienne), WANE (Mamadou), « La formation des droits non étatiques », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 1, Abidjan, Nouvelles Editions africaines, 1982, pp. 368-370.

² Voir *infra*, pp. 414ss.

³ Les exemples donnés par Jean Guiart étant, à cet égard, particulièrement parlants (« Une dérive de la "coutume" ? », *Etudes mélanésiennes*, n° 29, 1992-1994, pp. 57-74)

⁴ Dans une lettre du 17 janvier 1972, le Premier ministre Pierre Messmer écrivait : « La présence française en Calédonie ne peut être menacée, sauf guerre mondiale, que par une revendication nationaliste de populations autochtones [...]. A court et à moyen terme, l'immigration massive de citoyens français métropolitains ou originaires des départements d'outre-mer, devrait permettre d'éviter ce danger, en maintenant et en améliorant le rapport numérique des communautés. A long terme, la revendication nationaliste autochtone ne sera évitée que si les communautés non originaires du Pacifique représentent une masse démographique majoritaire. Il va de soi qu'on n'obtiendra aucun effet démographique à long terme sans immigration systématique de femmes et d'enfants [...]. Sans qu'il soit besoin de textes, l'administration peut y veiller » (reproduite in ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, p. 173).

obligatoire du droit traditionnel doit être recherché au sein même du groupe dont il est issu, tant dans l'existence d'une *opinio juris* en vertu de laquelle les individus membres du groupe sont convaincus d'être assujettis à une obligation juridique (A), que dans l'existence d'une sanction au regard de laquelle toute violation du droit du groupe se trouve réprimée (B).

A. L'existence d'une *opinio juris*

Lorsqu'ils se penchent sur le caractère obligatoire de la coutume, les auteurs dans leur immense majorité se réfèrent à la théorie des deux éléments¹. Cette théorie d'origine romano-canonique, redécouverte au début du XX^e siècle par le doyen Gén², postule la formation de la coutume par la réunion de deux facteurs. Le premier, matériel, consiste en une pratique ancienne et constante (*repetitio*) – pratique dont l'effectivité a été montrée au sein des collectivités autochtones d'outre-mer et, de manière plus diffuse, au sein des collectivités minoritaires de métropole. Le second, psychologique, est la conviction des intéressés du caractère obligatoire de la règle, conviction généralement évoquée sous sa formulation latine d'*opinio juris sive necessitatis*. La diffusion de cette théorie du fait des travaux du Professeur Gén³ a été telle qu'aujourd'hui la règle coutumière est systématiquement présentée dans ses deux éléments. L'élément psychologique semble toutefois avoir progressivement pris le dessus : la doctrine³ comme la jurisprudence⁴ s'accordent pour l'ériger au rang de caractère essentiel de la règle spontanée, tandis que l'élément matériel se voit ramené à une donnée peu significative en elle-même, voire à la simple preuve de l'existence de l'*opinio juris*. Face à une pratique récurrente dans un groupe, il suffirait alors de rechercher l'existence de la conviction que cette pratique relève du droit, pour en établir le caractère coutumier.

¹ Pour ne citer qu'un exemple, et non des moindres, voir CARBONNIER (Jean), « La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume », in *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 118.

² Le doyen Gén² a consacré la plupart de ses recherches à l'élaboration d'une théorie des sources de droit affranchie des excès du volontarisme juridique. Ses travaux ont contribué à remettre la coutume à l'honneur en lui attribuant une fonction et une valeur juridiques comparables à celles de la loi. Pour une présentation de la théorie des deux éléments, voir GENY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, pp. 355-371.

³ En ce sens, voir CARBONNIER (Jean), « La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume », in *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 118.

⁴ La CIJ indique ainsi que « Les Etats intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent » (CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la Mer du Nord*, *Rec.*, 1969, n° 77). De manière similaire, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie affirme que « l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire » (TPIY, chambre de première instance II, 14 janvier 2000, *Zoran Kupreskic et consorts*, Affaire IT-95-16-A, § 527).

Ce lien entre coutume et *opinio juris*, rendu insécable par la convergence des recherches doctrinales et des décisions jurisprudentielles, n'est pas pour autant exclusif : la règle coutumière n'est pas la seule règle juridique à devoir recueillir ce « sentiment de droit » pour être acceptée comme telle¹. En effet, si l'*opinio juris* est bien le sentiment, lors de l'accomplissement d'un acte, de se conformer à une règle de droit, ce sentiment s'observe tout autant dans la mise en œuvre de règles coutumières que dans celle de règles délibérées. En ce sens, on ne peut que suivre les auteurs qui établissent l'*opinio juris* comme le fondement de toute norme juridique² et parviennent à la conclusion que « ce qui constitue une règle de droit, c'est le sentiment qu'a la société de son caractère obligatoire »³. Force est toutefois de constater que cette « conscience du droit »⁴, même commune à l'ensemble des règles juridiques, présente peu d'intérêt pour le droit étatique. Elle peut éventuellement influencer sur son effectivité mais ne détermine en aucune manière son caractère obligatoire, que seul l'Etat est en mesure de lui conférer. Dès lors, l'*opinio juris* n'intéresserait véritablement que le droit non étatique, qu'il soit spontané ou délibéré. Dans le premier cas, le sentiment du droit se conçoit comme le respect d'une pratique ancienne et répétée à laquelle le groupe attribue une force juridique. Dans le second, il suppose l'obéissance à une autorité décisionnelle que le groupe considère comme suffisamment légitime pour élaborer des règles de droit.

L'*opinio juris* apparaît ainsi comme l'élément subjectif indispensable à la détermination du caractère juridique des règles non étatiques, mais encore faut-il que son existence puisse être clairement établie. Or, en raison précisément de sa subjectivité, le critère est pour le moins incertain⁵. Fondé sur le « sentiment » ou la « conviction » des individus membres du groupe considéré, l'*opinio juris* constitue en effet une notion trop imprécise et indéfinie pour pouvoir vérifier son existence, de telle manière qu'au final, la présence ou l'absence de l'élément psychologique ne peut être déduite que de la présence ou de l'absence de l'élément matériel. Les juges ne s'y prennent d'ailleurs pas autrement pour identifier l'existence d'une règle coutumière :

¹ Cette précision ne paraît pas inutile dans la mesure où les travaux de Gény et de ses successeurs, essentiellement centrés sur la source coutumière du droit, pourraient laisser penser le contraire.

² A l'instar du Professeur Duguit qui introduit le « sentiment de justice » formé dans la masse des consciences individuelles comme critère ultime de la norme juridique : « pour qu'une règle soit norme juridique il ne suffit pas qu'elle soit conforme au sentiment de la solidarité sociale, il faut encore qu'elle corresponde au sentiment que la masse des esprits se forment de la justice » (DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 125).

³ MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent), *Cours de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, tome 1, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 1994, p. 40.

⁴ TERRE (François), SAYAG (Alain), « Connaissance et conscience du droit », in *Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-soviétique*, Paris, Ed. du CNRS, 1977, pp. 139-232.

⁵ En ce sens, voir TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 212 ; DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 170-174. Le Professeur Deumier ajoute également que l'*opinio juris* est un critère inutile du droit coutumier, dans la mesure où il ne permet pas de différencier véritablement les usages juridiques des usages non-juridiques auxquels un individu peut se sentir contraint d'obéir (DEUMIER (Pascale), *op. cit.*, pp. 177-179).

tout en affirmant généralement la nécessité des deux éléments de la coutume, ils ne vérifient jamais l'existence de l'élément subjectif, sinon par l'existence de l'élément matériel¹.

Le problème s'avère tout aussi épineux s'agissant des règles de droit des minorités nationales : sauf à déduire l'existence de l'*opinio juris* d'observations anthropologiques dont les résultats ne sont pas garantis, la preuve d'un tel sentiment d'obligation ne peut être fournie que par l'effectivité des coutumes et le respect des palabres – donc par l'existence de l'élément matériel – qui indiquent que ces règles revêtent un caractère obligatoire aux yeux de ceux-là mêmes qui cherchent à les perpétuer et en revendiquent une application contemporaine. Dès lors, la conviction du caractère obligatoire d'une règle se révèle « inséparable du comportement auquel elle s'attache et c'est pourquoi il serait aussi erroné d'y voir un "deuxième élément", que de la considérer comme un élément psychologique »². Si l'on peut donc en conclure que l'existence d'un comportement collectif répété et l'*opinio juris* se confondent, il reste à découvrir le fondement de ce sentiment d'obligation. Celui-ci réside peut-être dans l'existence d'une sanction.

B. L'existence d'une sanction

A en croire l'immense majorité de la doctrine, l'effectivité du droit ne peut se passer de la sanction pour être entière³. Définie dans son sens le plus large comme « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »⁴, la sanction est en effet présentée comme le critère ultime de la règle de

¹ La jurisprudence précitée de la Cour Internationale de Justice est particulièrement révélatrice de cette attitude ambiguë des juges à l'égard de l'*opinio juris*, dont l'existence est estimée nécessaire mais dont la preuve est difficile, voire impossible, à apporter. A cet égard, voir HAGGENMACHER (Peter), « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, 1986, pp. 5-126.

² VIRALLY (Michel), « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Mélanges Paul Guggenheim*, Genève, Université de Genève / Institut universitaire des hautes études internationales, 1968, p. 550.

³ Pour Le Fur, « la sanction apparaît donc comme une conséquence naturelle, sinon nécessaire de l'effectivité du droit » (LE FUR (Louis), « Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale », *APD*, 1935, p. 7). Pour Duguit, le caractère obligatoire du droit réside dans la conscience des individus membres d'un groupe que cette règle peut recevoir une sanction organisée ressentie comme légitime (DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 112). Dans le même sens, le Professeur Chevallier indique que le propre du droit réside moins dans ses finalités que dans l'élément de contrainte, c'est-à-dire dans le pouvoir « de réagir par des actes de contrainte aux conduites considérées comme indésirables et contraires à ses prescriptions. Impliquant un véritable "pouvoir d'exigibilité", la contrainte se traduit par la faculté d'obtenir l'exécution par les destinataires indépendamment de leur consentement et au besoin contre leur gré ». Jacques Chevallier indique toutefois que la contrainte ne se réduit pas à la sanction, « l'exécution étant généralement acquise spontanément par le seul jeu de la puissance persuasive du droit » et « d'autres moyens [pouvant] être mobilisés pour l'obtenir » (CHEVALLIER (Jacques), « Droit, ordre, institution », *Droits*, n° 11, 1990, p. 20).

⁴ CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, v° « Sanction ».

droit par la quasi totalité des juristes, quel que soit le courant théorique auquel ils se rattachent¹. Ils sont rejoints sur ce point (une fois n'est pas coutume...) par la plupart des sociologues qui lient le caractère contraignant d'une règle à l'existence d'une autorité chargée de la faire respecter et de punir, au besoin, les contrevenants. Les travaux les plus formalisés sur ce point sont probablement ceux de Max Weber, qui considère l'ordre juridique comme un ensemble cohérent de règles de droit dont « la validité est garantie extérieurement par la chance d'une contrainte (physique ou psychique), grâce à l'activité d'une instance humaine spécialement instituée à cet effet, qui force un respect de l'ordre et en châtie la violation »². Bien que l'Etat semble être le plus apte à exercer cette contrainte institutionnalisée, Weber repousse « le point de vue selon lequel on ne peut parler de "droit" que là où existe une perspective de contrainte juridique garantie par le pouvoir politique... Nous parlerons d'"ordre juridique" partout où il faudra compter avec l'emploi de moyens de coercition quelconques, physiques ou psychiques, et si cet emploi est entre les mains d'un appareil de coercition »³.

L'intérêt de la théorie wébérienne réside précisément dans l'affirmation que la sanction n'est pas nécessairement d'origine étatique, contrairement à ce qu'ont pu affirmer les partisans de l'École exégétique ou du positivisme juridique⁴. De fait, comme le montrait déjà Ehrlich en 1936, « L'État n'est pas la seule association qui exerce le pouvoir de coercition ; il existe un nombre indéfini d'associations dans la société qui l'exercent de manière beaucoup plus véhémement que l'État »⁵. Si l'on

¹ A l'exception toutefois des partisans du droit naturel, pour lesquels il existe des règles de droit sans sanction coercitive (BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, p. 44). D'autres auteurs, à l'instar du doyen Carbonnier, affirment également que la sanction n'est pas inhérente au droit : des normes non juridiques (éthiques, morales, religieuses...) peuvent ainsi se voir sanctionnées, tandis que certaines règles juridiques ne le sont pas (CARBONNIER (Jean), « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 7). Progresse par ailleurs depuis quelques années l'idée d'un droit non obligatoire qui prend le nom de « droit mou » (*soft law*) et la forme d'avis, de directives, de codes de conduite dont l'utilisation est notable en droit international. Si l'on reste attaché au critère de la contrainte, cela revient à refuser à ces actes tout caractère juridique (en ce sens, voir KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, pp. 35-36).

² WEBER (Max), *Economie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 33.

³ WEBER (Max), *op. cit.*, p. 327.

⁴ Jhering indique ainsi que « le critérium de toutes les normes juridiques est leur réalisation par voie de contrainte exercée par l'autorité publique, dont c'est la mission [...]. A ce point de vue, le droit tout entier apparaît comme le système de la contrainte réalisé par l'Etat, le mécanisme de la contrainte organisé et mis en œuvre par le pouvoir public » (JHERING (Rudolf von), *L'évolution du droit*, Paris, Chevalier-Marescq, 1901, p. 225). Dans le même esprit, Carré de Malberg lie la souveraineté de l'Etat au monopole de la force publique et de la sanction ; dès lors, si l'on considère que le droit est défini par sa sanction, il ne peut exister en dehors de l'Etat (CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, pp. 57-58).

⁵ « [The] social association is the source of the coercitive power, the sanction of all social norms, of law no more than of morality, ethical custom, religion [...]. A man therefore conducts himself according to law, chiefly because this is made imperative by his social relations. In this respect the legal norm does not differ from the other norms. The state is not the only association that exercises coercion; there is an untold number of associations in society that exercise it much more forcibly than the state » (EHRlich (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, pp. 63-64).

adopte cette perspective hétérodoxe, la caractéristique à rechercher dans les institutions minoritaires observées est donc l'existence d'un « appareil de coercition », *étatique ou non*. La présence d'un tel organe de contrainte sera alors révélateur du caractère juridique des règles dont il est chargé d'assurer le respect. La plupart des collectivités autochtones d'outre-mer paraissent remplir cette condition. Les populations mahoraises, kanakes, wallisiennes, futuniennes ou amérindiennes disposent en effet de leur propre juge – reconnu ou non par l'État – chargé de sanctionner la violation des règles traditionnelles¹ ; ces collectivités peuvent également faire appel au juge étatique pour sanctionner la violation de leurs coutumes². Les minorités nationales métropolitaines, en revanche, ne sont pas suffisamment structurées pour pouvoir assurer elles-mêmes le respect de leurs règles coutumières ; cette compétence relève du juge étatique, dans l'hypothèse où les usages considérés sont reconnus par l'État.

Il est alors permis de se demander quelle est la sanction la plus dissuasive – et donc la plus efficace – du point de vue des individus minoritaires : une sanction étatique propre à l'acte ou au fait litigieux, ou une sanction prononcée par le groupe lui-même ? Au demeurant, les sanctions d'origine endogène paraissent plus opportunes, voire plus légitimes, en raison de leur meilleure adéquation avec le milieu dans lequel elles sont prononcées. Certaines populations autochtones, à l'instar des Kanaks, revendiquent du reste le rétablissement des sanctions coutumières quelque peu tombées en désuétude³. De fait, les règles de sanction au sein des collectivités autochtones sont souvent fondées sur des modes alternatifs de résolution des conflits juridiques allant du simple avertissement à l'exclusion du groupe, en passant par diverses formes de rétorsion et de corrections physiques ou morales⁴. L'importance quantitative et qualitative des règles de sanction dans un groupe dépend, en toute

¹ Dans les collectivités mahoraises de Mayotte, la justice coutumière et musulmane est rendue par les cadis, dont les compétences, reconnues par l'Etat, se voient toutefois progressivement réduites. Dans les communautés kanakes de Nouvelle-Calédonie, la justice traditionnelle est rendue par le Conseil de clan. Dans les villages amérindiens de Guyane, comme à Wallis et Futuna, le chef de village peut également régler les litiges qui lui sont soumis. Contrairement aux cadis, ces dernières manifestations juridictionnelles ne revêtent aucun caractère officiel. Voir *infra*, pp. 194ss.

² A Mayotte, justice étatique et justice traditionnelle font l'objet d'une répartition précise des compétences juridictionnelles. En Nouvelle-Calédonie, en Guyane, à Wallis et Futuna ces deux types de justice sont *de facto* en concurrence. En Polynésie, le juge étatique est seul compétent pour connaître des coutumes locales, les collectivités autochtones ne disposant pas d'un juge traditionnel.

³ En témoignent les faits soumis à la Cour d'assises de Nouvelle-Calédonie dans l'affaire *Pouya* (arrêt n° 4/1996 du 17 avril 1996). Il avait en effet été décidé, lors d'une réunion du Conseil des anciens de la tribu en avril 1994, de remettre en vigueur les sanctions coutumières tombées en désuétude. Selon les déclarations des parties au litige, il semble qu'une partie de la population mélanésienne de Nouvelle-Calédonie souhaitait alors un renforcement du respect de la coutume mais aussi de la « pureté » des pratiques coutumières. Sur cet arrêt, voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, pp. 83-85.

⁴ Pour exemples, voir Conseil coutumier du Territoire de Nouvelle-Calédonie, « Les règles coutumières en Nouvelle-Calédonie », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 87-88.

hypothèse, du degré d'institutionnalisation du groupe. Les populations minoritaires les plus organisées disposent de modes de contrainte parfois très élaborés, tandis que les moins structurées n'ont généralement aucun pouvoir de coercition. Dans ce dernier cas, toutefois, la réprobation opposée par le groupe à l'individu dont le comportement aura été répréhensible, est susceptible de constituer une certaine forme de sanction dont le caractère juridique est incertain, mais qui peut présenter une réelle efficacité¹. Un tel mécanisme informel ne peut toutefois jouer que dans l'hypothèse où le groupe jouit d'une cohésion assez forte et d'un sentiment de la nécessité de se soumettre aux règles collectives.

Ainsi, la plupart des règles traditionnelles minoritaires sont susceptibles de voir leur violation sanctionnée. La plupart, mais pas toutes. Demeure en effet le cas des coutumes générées par des collectivités minoritaires sans juge propre et que les tribunaux de l'État refusent d'appliquer, du fait de leur contrariété avec le droit officiel. Ces coutumes *contra legem*, il est vrai très rares, devraient-elles alors ne pas être considérées comme du droit ? Cette hypothèse particulière revient à s'interroger sur la fonction même de la sanction : s'agit-il d'un critère d'identification ou d'une condition de formation de la règle de droit ? La distinction n'est pas innocente en matière de droit traditionnel. Si l'on retient la première acception, la règle traditionnelle est reconnue dans son existence mais la sanction judiciaire est nécessaire pour qu'elle soit considérée comme une règle de droit en vigueur. Si l'on envisage, en revanche, la sanction comme condition de formation du droit, cela signifie qu'en l'absence de consécration jurisprudentielle, la règle traditionnelle est niée dans son existence et rabaissée au rang de simple fait. Cette deuxième orientation, consacrée au début du XX^e siècle, ne résiste pas à la réflexion. Elle conduit en effet à dénier tout caractère juridique non seulement aux coutumes *contra legem* mais aussi aux règles les mieux respectées qui ne sont jamais l'objet de litiges. On aboutit ainsi à l'affirmation paradoxale du caractère juridique des règles les plus contestées, au détriment des règles les mieux respectées qui n'accèdent jamais au contentieux et, de ce fait, ne sont pas reconnues comme juridiques². On ne peut donc nier qu'une règle de droit, qu'elle soit spontanée ou délibérée, étatique ou

¹ En effet, « l'exclusion, l'appartenance refusée ou reprise, le rejet, tout cela sanctionne le sujet hétérodoxe ou déviant avec une force particulière. Le bien le plus précieux, c'est peut-être le lien qui nous unit à nos congénères. Nous ne pouvons rester insensibles à ce qui nous délie » (BECHILLON (Denys de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 68).

² Ce paradoxe est vivement dénoncé par la doctrine : « L'obéissance spontanée qui ne donne lieu à aucune décision d'une autorité ne peut être rejetée hors du droit positif, sous peine de n'y voir qu'une pathologie ; pourquoi le droit vainqueur d'une résistance serait-il positif, là où le droit incontesté ne le serait pas ? » (ATIAS (Christian), « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD*, tome 27, 1982, p. 225) ; « les lois les plus effectives sont normalement celles qui sont le moins violées [...], la multiplication des sanctions signifiant bien plutôt un certain degré d'ineffectivité de la règle » (BATIFFOL (Henri), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 65). Dans le même sens, voir OST (François), KERCHOVE (Michel van de), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 165 ; ROULAND (Norbert), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 13.

traditionnelle, peut exister en dehors de toute application jurisprudentielle. Au reste, ni la doctrine contemporaine, ni la jurisprudence ne font aujourd'hui référence à la sanction comme élément de formation du droit¹. Comme l'affirment les Professeurs Marty et Reynaud, « une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée ; elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique »².

Si la sanction ne peut être considérée comme un critère d'existence du droit, elle n'en demeure pas moins un critère d'effectivité. Qu'il soit traditionnel ou étatique, le droit ne pourrait pleinement produire ses effets sans l'existence d'une sanction ou, tout au moins, d'une possibilité de sanction³. Or, pour le Professeur Jestaz, une règle juridique ne peut se prévaloir d'une sanction qu'à deux conditions : qu'elle se montre suffisamment précise pour servir de fondement à une prétention et qu'il existe virtuellement un juge pour y faire droit⁴. S'agissant de la première condition, la règle traditionnelle produite par les minorités nationales est indéniablement précise puisqu'elle se présente comme une règle de comportement dont le contenu reste très concret. S'agissant de la seconde, l'existence de juridictions propres à la communauté minoritaire ou le possible recours aux tribunaux étatiques permet à la règle traditionnelle de répondre au critère de l'existence d'un juge susceptible de sanctionner sa violation. De ce point de vue, le droit des minorités nationales s'avère pleinement effectif.

Conclusion du chapitre 1

Plusieurs auteurs, et non des moindres, ont affirmé que les phénomènes normatifs extérieurs à l'Etat pouvaient tout au plus apparaître comme de l'« infra-droit »⁵, du « sous-droit »⁶, du « droit dégradé, [...] imparfait (parce que non étatique) »⁷. De

¹ En ce sens, voir TEBOUL (Gérard), « A propos de la coutume dans la jurisprudence administrative. Dialogue intérieur », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 589-597.

² MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre), *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, tome 1, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1972, n° 34.

³ Certains auteurs affirment en effet que la simple possibilité de sanction, en jouant un rôle dissuasif, assure le caractère obligatoire de la règle de droit. Voir JESTAZ (Philippe), « La sanction ou l'inconnue du droit », *Dalloz*, chron., 1986, p. 202 ; CARBONNIER (Jean), *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 23.

⁴ JESTAZ (Philippe), « La sanction ou l'inconnue du droit », *Dalloz*, chron., 1986, p. 197.

⁵ Le terme est emprunté au Professeur Arnaud pour qui « de même que l'ultraviolet et l'infrarouge ne tirent leur nom que d'une référence aux teintes extrêmes du spectre repérable par l'œil humain, on parlera d'infra-droit comme de tout ce qui n'étant pas droit au sens positiviste, participe néanmoins du phénomène juridique *lato sensu* » (ARNAUD (André-Jean), *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, p. 325).

⁶ CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, pp. 360-361.

⁷ CARBONNIER (Jean), *op. cit.*, p. 360. Les affirmations du Professeur Carbonnier se fondent à l'évidence sur des éléments d'explication empruntés à la doctrine positiviste. Prenant comme exemple de « faits normatifs dissidents » la répudiation de la femme pratiquée en France par certains immigrés musulmans, il affirme que ces pratiques islamiques ne sont pas du droit, en dépit de l'*opinio juris* qui s'y rattache : « Elles ne le sont évidemment pas selon le droit dogmatique ; mais elles ne le sont pas davantage selon la sociologie du droit. Car, quelque critère sociologique qu'on se forge de la juridicité – que ce soit contrainte organisée ou jugement possible – ce critère manque » (*op. cit.*, p. 361). Ce

telles affirmations ne peuvent être que réfutées. Il arrive en effet que des phénomènes normatifs extra-étatiques soient du droit, « dès lors qu'ils réuniss[ent] certains des critères permettant de les faire entrer dans le champ juridique »¹. Si ces critères sont la généralité, la stabilité, la permanence et le caractère obligatoire², alors les règles produites par certaines minorités nationales sont des règles de droit. En effet, l'examen des règles traditionnelles, délibérées ou spontanées, qui sont générées puis appliquées par les collectivités minoritaires montre que ces normes sont revêtues de l'ensemble des caractéristiques propres aux règles de droit³. Elles sont tout d'abord appliquées par l'ensemble de la communauté dont elles sont issues, ce qui fonde leur généralité. Elles sont ensuite préservées au sein de cette communauté, ce qui établit leur permanence et leur stabilité. Elles se voient enfin investies d'une force obligatoire découlant tout autant de l'*opinio juris* dont elles bénéficient que de la possibilité de sanction qui leur est attachée. Dès lors, les minorités nationales peuvent s'afficher comme des lieux de production de règles de droit traditionnel qui elles-mêmes constituent des sources alternatives de droit.

La production de règles juridiques par des collectivités minoritaires conduit au maintien d'une normativité traditionnelle, coutumière en grande partie, face à la légalité étatique. Ces règles particulières, à l'évidence, ne répondent pas à la définition normativiste du droit. Elles appellent une approche plus large qui ne lie plus systématiquement le droit à l'Etat ou, autrement dit, qui ne regarde plus l'Etat comme le critère nécessaire et suffisant de la juridicité d'une norme⁴. Cependant, comment identifier le juridique dès lors qu'on abandonne le principe qu'il est, par essence, lié à l'Etat ? C'est ici le problème de la définition du droit⁵ et du danger à s'engager sur la

raisonnement trouve son infirmation dans sa formulation même : les critères cités par le Professeur Carbonnier ne sont pas des critères permettant de fonder la juridicité des normes – ce sont des critères permettant de déterminer, tout au plus, leur effectivité.

¹ VANDERLINDEN (Jacques), *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, p. 32.

² Tels sont en effet les critères recensés comme étant caractéristiques des règles de droit. Voir DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 158-179.

³ ORFILA (Gérard), « Réflexions sur la coutume mélanésienne », *RJPIC*, Vol. 43, n° 2, 1989, pp. 134-135.

⁴ C'est précisément l'assimilation du droit à l'Etat, considérée comme une « réduction positiviste » infondée, qui fait l'objet des plus vives critiques de la part des détracteurs de la théorie kelsénienne (MIEDZIANAGORA (Joseph), *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, Paris, LGDJ, 1970, p. 184). Ainsi, Henri Batiffol observe que le positivisme a eu pour effet malheureux de « réduire indûment le phénomène juridique en lui soustrayant le droit des collectivités autres que l'Etat, qu'il s'agisse d'un groupement d'individus ou de la communauté des Etats » (BATIFFOL (Henri), « Sur la positivité du droit », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 370). Le doyen Vedel explique quant à lui que la théorie pure du droit « n'est pas une construction du droit dans sa totalité comme objet de science. Mais c'est au sein de cet objet la démarche qui isole, pour une étude donnée, une de ses composantes [...]. Le malheur est justement que cette logique normative, souveraine dans son champ, n'épuise pas l'objet que l'on appelle "droit" » (VEDEL (Georges), « Introduction », in *L'unité du droit. Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 4).

⁵ FRANCOIS (Lucien), *Le problème de la définition du droit*, Liège, Editions de la Faculté de Droit, 1978, 221 p.

« pente savonneuse » de l'élargissement de celle-ci ¹ qui est posé. On ne peut alors que se rallier à la conclusion du Professeur Le Roy, pour qui « le véritable enjeu du pluralisme juridique n'[est] pas la reconnaissance de la pluralité, mais la définition du droit » ². L'étude du pluralisme juridique appelle en effet une nouvelle approche du droit qui prenne en compte la réalité sociale du phénomène juridique, ce *sein* trop longtemps marginalisé par les théories positivistes ³. Seule l'adoption de cette perspective encore considérée comme hérétique permet d'affirmer sans conteste le caractère juridique des normes générées par les minorités nationales.

Dès lors que l'on adopte cette perspective, on ne peut que constater « l'existence, dans les cadres de l'Etat, [de collectivités] qui secrètent un droit dont la force obligatoire est la même que celle du droit étatique, que cette équivalence soit reconnue et admise par l'Etat ou qu'elle lui soit imposée » ⁴. Pour autant, constater que des collectivités extra-étatiques sont en mesure de créer du droit ne conduit pas à leur reconnaître une véritable autonomie juridique ; celle-ci se mesure à la capacité de chaque collectivité minoritaire à produire un corps de règles complet ⁵, et à en assurer l'obéissance ⁶. Au regard de ces deux critères, seules les minorités autochtones ultramarines paraissent réunir les conditions nécessaires pour engendrer des ordres juridiques susceptibles de se suffire à eux-mêmes. Les coutumes appliquées par les minorités métropolitaines sont, pour leur part, trop résiduelles et trop éparées pour donner lieu à des ordres juridiques matériellement complets et autonomes. Dans ce cas, les ordres juridiques minoritaires doivent composer avec des éléments concurrents, en particulier avec des règles d'origine étatique. Comme le remarque le Professeur Deumier, on ne peut que constater « une gradation dans l'autonomie, en ce sens que même les ordres qui seraient théoriquement capables de régler leurs propres communautés seuls ont besoin de nouer des liens avec les autres, créant par là certaines dépendances » ⁷.

¹ VANDERLINDEN (Jacques), « Aux côtés de Michel Alliot sur la pente savonneuse de la définition des droits », in LE ROY (Etienne), LE ROY (Jacqueline) dir., *Un passeur entre deux mondes*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, pp. 87-97.

² LE ROY (Etienne), *Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité*, *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, p. 8.

³ S'il paraît souhaitable d'élargir la définition positiviste du droit, il faut toutefois éviter, ce faisant, de définir le droit si largement que toutes les formes de normativité sociale soient incluses dans cette définition. En ce sens, voir MERRY (Sally), « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, Vol. 22, 1988, pp. 878-879 ; ROBERTS (Simon), « Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain », *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 42, 1998, pp. 95-106.

⁴ INGBER (Léon), « Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit », in GILISSEN (John) dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, p. 83.

⁵ Cette complétude doit toutefois être entendue de manière relative, limitée aux relations que l'ordre juridique prétend régir.

⁶ En ce sens, voir DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 348-349.

⁷ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 376.

Apparaissent ainsi deux formes de pluralisme juridique extra-étatique : si la première relève bien de la coexistence effective d'ordres juridiques potentiellement concurrents, la seconde se limite à mettre ponctuellement en présence des règles de droit d'origine minoritaire pour les unes, étatique pour les autres. L'enjeu pour l'Etat est donc, à l'évidence, sensiblement différent dans les deux cas. La reconnaissance des règles juridiques des minorités métropolitaines apparaîtrait comme une concession occasionnelle de l'Etat qui ne troublerait aucunement sa prédominance juridique. La reconnaissance des ordres juridiques minoritaires ultra-marins, en revanche, remettrait profondément en cause le centralisme et l'unité juridique qui fondent la République. C'est pourtant le choix qu'a opéré le droit étatique en octroyant une positivité conditionnée mais bien réelle aux ordres juridiques minoritaires extra-étatiques.

- CHAPITRE 2 -

LA POSITIVITÉ OCTROYÉE DES ORDRES JURIDIQUES MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES

L'observation des pratiques juridiques des minorités nationales en France conduit au constat empirique de l'existence de véritables ordres juridiques minoritaires, qu'ils soient complets ou partiels. La validité de ces ordres juridiques *au sein des groupes* qui les génèrent et les appliquent ne relève que de l'adhésion effective des groupes concernés à ces règles, quelle que soit l'attitude de l'Etat à leur égard¹. Il faut donc ici réfuter les théories positivistes qui refusent d'accepter ces normes comme de véritables règles de droit, à moins d'une consécration étatique qui les ferait passer du statut de « sous-droit » à celui de droit « infra-étatique »². En dépit du refus quasi-unanime de la doctrine de considérer les normes extra-étatiques comme des sources de droit en dehors d'une reconnaissance législative ou jurisprudentielle³, force est de constater que certaines normes non étatiques ne peuvent être ravalées au rang de simple fait. En ce sens, « la reconnaissance ou toute autre forme d'incorporation ou de validation par l'Etat n'est pas une condition préalable à l'existence empirique d'un ordre juridique »⁴.

¹ Sans s'arrêter aux minorités nationales, plusieurs communautés juridiques infra-étatiques peuvent être ici concernées, comme les communautés locales, professionnelles, sportives, culturelles, etc. Voir les différentes contributions in BELLEY (Jean-Guy) dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1996, 279 p. Voir également KARAQUILLO (Jean-Pierre), « Les normes des communautés sportives et le droit étatique », *Daloz*, chron., 1990, pp. 83-90 ; SERIAUX (Alain), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la coutume en droit canonique », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 63-73.

² Tout en faisant du pluralisme juridique une « hypothèse fondamentale de la sociologie juridique théorique » (CARBONNIER (Jean), *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 18), le Doyen Carbonnier a refusé de reconnaître comme juridiques des phénomènes normatifs qui ne serait pas intégrés au système juridique étatique. Hors de la frontière du « droit » étatique, « l'épaisseur des faits » serait tout au plus le lieu d'un « sous-droit » (CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, pp. 360-361).

³ Ainsi, tout en admettant la formation spontanée de règles de droit, le Doyen Batiffol n'en estime pas moins que les règles ainsi formées ne peuvent accéder à la qualité de droit qu'après l'intervention d'une autorité qui n'est détenue que par l'Etat (BATIFFOL (Henri), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, pp. 95-119). Dès lors, le droit spontané n'est qu'un droit « en puissance, possible, éventuel », conditionné par la survenance d'une décision d'une autorité étatique (BATIFFOL (Henri), « Sur la positivité du droit », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 372). Voir également TROPER (Michel), « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 11-24 ; TEBOUL (Gérard), « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle de droit », *RDP*, 1993, pp. 944-945 ; BECHILLON (Denys de), « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 32, 1994, pp. 109-112.

⁴ GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 12, traduction libre. Il est certain que cette affirmation résulte d'un choix doctrinal et ne clôt pas le dilemme (insoluble ?) opposant les positivistes qui affirment que les normes n'accèdent à la dignité juridique que par reconnaissance par l'Etat, aux pluralistes qui soutiennent qu'*ab initio*, elles sont déjà du droit.

Pour autant, quel que soit leur degré d'autonomie par rapport à l'Etat, les ordres juridiques minoritaires s'expriment dans le cadre étatique. Ce constat est indiscutable lorsque l'on considère la société française où l'expansion et la tendance à l'exclusivité du droit étatique sont à ce point poussées qu'il est difficile d'envisager un ordre juridique qui évoluerait dans le cadre territorial de l'Etat tout en étant totalement indépendant de son système juridique : il est ainsi « devenu difficile de considérer que le droit puisse exister en “apesanteur” étatique »¹. En d'autres termes, les minorités nationales en France ne peuvent évoluer de manière indépendante par rapport au droit de l'Etat, auquel elles se trouvent soumises selon des modalités variables. Toute autre hypothèse relèverait au mieux du droit prospectif, au pire du droit-fiction.

De ce fait, un « pluralisme de juxtaposition »² qui verrait la coexistence de systèmes juridiques parfaitement indépendants les uns des autres apparaît comme un cadre conceptuel inadapté pour appréhender le pluralisme juridique en France. Il paraît plus pertinent de se référer à la notion de « relevance » développée par Santi Romano dans le cadre de ses recherches sur le concept d'ordre juridique³. Romano distingue en effet l'existence d'un ordre juridique liée à la vie d'une institution, de sa relevance (*rilevanza*⁴) pour un autre ordre juridique. Pour qu'il y ait relevance entre deux ordres juridiques, il est nécessaire que « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre juridique soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier »⁵. La relevance sert donc à décrire l'existence de relations (quelle que soit la nature de ces relations⁶) entre deux ordres juridiques, tandis que l'irrelevance désigne l'absence de relation entre les deux ordres considérés.

L'utilisation de cette notion de relevance apparaît fort utile pour analyser les relations entre les ordres juridiques minoritaires et l'ordre juridique étatique en France. Etant donné que l'Etat s'impose comme l'environnement naturel de toute

¹ DUPRET (Baudouin), « Systèmes coutumiers, centralisme juridique de l'Etat et usages du droit », *Chroniques yéménites*, n° 8, 2000 (texte reproduit sur le site <http://cy.revues.org/document9.html>).

² DELMAS-MARTY (Mireille), IZORCHE (Marie-Laure), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, n° 4, 2000, p. 757.

³ La deuxième partie de l'ouvrage principal de Romano est entièrement consacrée à la relevance des ordres juridiques (ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 1975, pp. 78-163). Plus récemment, le concept de relevance juridique a été remis à l'honneur par CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-49.

⁴ Le terme « relevance » n'est plus guère usité en langue française contemporaine ; les dictionnaires classiques n'y font d'ailleurs pas référence. Ce mot était utilisé au XVII^e siècle pour désigner « ce qui se rapporte à ». Les auteurs de la traduction française ont donc fait, à juste titre semble-t-il, le choix de ce terme comme correspondant le plus fidèlement à la pensée de Santi Romano.

⁵ ROMANO (Santi), *op. cit.*, p. 106.

⁶ Les relations entre les différents ordres juridiques peuvent aller de l'intégration à l'exclusion, en passant par la subordination, la complémentarité, la coexistence, l'indifférence, la contradiction et l'opposition.

manifestation normative ¹, il faut en effet s'intéresser au mécanisme conduisant les règles de droit minoritaires à acquérir une validité *au sein de l'ordre juridique étatique* et à devenir de ce fait du droit positif. Ce mécanisme prend la forme d'une « reconnaissance » du droit traditionnel par les autorités étatiques, c'est-à-dire d'un acte par lequel l'ordre juridique de l'Etat fait référence à l'existence d'un ordre juridique minoritaire et lui donne effet en son sein ². La reconnaissance implique donc la qualification juridique de normes traditionnelles préexistantes, auxquelles elle attribue une positivité qui ne modifie pas la nature de ces règles traditionnelles mais leur confère une force obligatoire dans le cadre de l'Etat ³. Elle peut prendre différentes formes que l'Etat privilégiera à son gré : les règles de droit traditionnel peuvent ainsi être directement reconnues par la loi (entendue ici *lato sensu*) qui fixera elle-même leurs conditions de validité dans l'ordre juridique étatique ; elles peuvent également se voir consacrées par le juge qui évaluera leur relevance et s'y référera éventuellement dans les limites de son pouvoir de qualification juridique.

La reconnaissance par l'Etat d'un ordre juridique minoritaire n'est pas exempte de stratégie. Elle transforme en effet une situation de pluralisme juridique extra-étatique en une situation de pluralisme juridique intra-étatique. Autrement dit, elle permet à l'Etat d'instaurer son contrôle sur des ordres juridiques dont il ne maîtrise pas la production, et d'éviter ainsi un pluralisme juridique total qui remettrait en cause l'exclusivité de son propre droit. Si la reconnaissance étatique permet aux ordres juridiques minoritaires de bénéficier d'une autorité officielle, elle restreint en

¹ C'est l'hypothèse de travail que semblent devoir adopter tous les juristes s'intéressant aux notions de coutumes, d'usages ou de droit spontané (voir notamment DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 364-365). *Contra*, fustigeant cette position qu'il estime stato-centrée, voir GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 23-24.

² Le mécanisme de « reconnaissance » a été longuement étudié par le Professeur Hart, qui en fait la condition nécessaire et suffisante pour qu'un droit propre à un groupe constitue du droit au sens de l'Etat (HART (Herbert Lionel Adolphus), *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 120-146). Cependant, à la différence de Kelsen, Hart considère que la prétention d'un système juridique (étatique) à fonder la validité d'un autre système juridique (minoritaire) ne suffit pas à réduire ces deux systèmes à l'unité par la subordination du second au premier. Pour atteindre ce résultat, il faut encore, selon Hart, que l'ordre juridique minoritaire *accepte* cette prétention (HART (Herbert Lionel Adolphus), « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 337).

³ La « positivité » du droit est donc entendue ici comme un caractère qui s'ajoute à la définition du droit, non comme un élément de cette définition. Il importe en effet de distinguer juridicité et positivité, contrairement à la grande majorité des juristes français qui ne voient dans ces deux termes que deux aspects d'un même concept et considèrent que seul le droit positif peut être considéré comme du droit (voir ATIAS (Christian), « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD*, tome 27, 1982, p. 211). Cette distinction permet de ne pas lier l'existence d'une règle de droit à sa reconnaissance par l'Etat. Comme l'indique le Professeur Virally, « Si les membres d'un groupe estiment que l'association qu'ils forment doit se maintenir et poursuivre la réalisation de ses objectifs, ils peuvent fort bien continuer à considérer comme pleinement valable l'ordre juridique particulier qu'ils ont constitué à cette fin et auquel ils obéissent spontanément, même après que l'Etat l'ait déclaré illégal et en ait prononcé la dissolution. C'est une conséquence de la relativité de l'idée de validité et de ses applications » (VIRALLY (Michel), « Le phénomène juridique », *RDP*, 1966, p. 60).

contrepartie leur autonomie en les incorporant au système juridique de l'Etat ¹. L'enjeu n'est donc pas seulement juridique, il est également politique : derrière le mécanisme de la reconnaissance juridique réapparaît clairement l'objectif de l'assimilation qui emprunte ici des chemins détournés.

Dès lors, il apparaît que le choix des normes traditionnelles reconnues et les moyens juridiques utilisés pour les reconnaître ne sont pas innocents. Les ordres juridiques autochtones ultra-marins bénéficient ainsi d'une consécration tangible au plus haut niveau de la pyramide des normes par le biais de la reconnaissance constitutionnelle de statuts coutumiers (section 1), tandis que les coutumes métropolitaines font l'objet d'une consécration à un niveau inférieur qui prend la forme, plus rare il est vrai, d'une reconnaissance infra-constitutionnelle d'usages locaux (section 2).

Section 1. LA RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE DE STATUTS COUTUMIERS

Les « statuts coutumiers » ² ne sont pas une création juridique récente. L'administration coloniale les avait érigés dans les territoires sous domination française pour permettre officiellement aux « Indigènes » de vivre selon leurs coutumes. Le véritable objectif était cependant différent : il s'agissait d'établir clairement une distinction entre les nationaux d'origine européenne et les nationaux indigènes, les premiers étant considérés comme des citoyens français soumis au statut civil de droit commun et bénéficiant de l'ensemble des droits politiques, les seconds comme des « sujets français » soumis au statut coutumier et ne possédant que des droits politiques limités ³. Cette finalité des statuts coutumiers pervertissait ainsi « en discrimination négative ce qui aurait pu être un aménagement pluraliste en faveur des populations colonisées » ⁴. De fait, les coutumes indigènes n'étaient reconnues qu'en

¹ Dans un article relatif à la coutume en Nouvelle-Calédonie, le Professeur Nicolau a utilisé à cet égard l'image intéressante de la justice retenue pour « caractériser la parcimonie avec laquelle la métropole permet à la coutume de s'exprimer de façon autonome » (NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *RJPIC*, Vol. 46, n° 2, 1992, p. 222).

² Une précision terminologique doit être apportée quant à la notion de « statut coutumier ». La doctrine comme la jurisprudence emploient les expressions « statut personnel » ou « statut particulier » pour désigner le statut coutumier applicable à certaines populations d'outre-mer. L'article 75 de la Constitution fait référence au « statut personnel », tandis que la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte consacre l'expression de « statut civil de droit local », bien que l'expression « statut personnel » réapparaisse au 3^{ème} alinéa de l'article 59 (*JORF*, 13 juillet 2001, p. 11 199). Par la suite, ces différentes expressions seront utilisées indistinctement, par opposition au statut civil de droit commun.

³ Sur le statut des « Indigènes » pendant la période coloniale, voir SAADA (Emmanuelle), « Une nationalité par degré. Civilité et citoyenneté en situation coloniale », in WEIL (Patrick), DUFOIX (Stéphane) dir., *L'esclavage, la colonisation, et après...*, Paris, PUF, 2005, pp. 193-227 ; HESSE (Jean-Philippe), « Citoyenneté et indigénat », in KOUBI (Geneviève) dir., *De la citoyenneté*, Actes du colloque de Nantes (3-5 novembre 1993), Paris, Litec, 1995, pp. 69-78.

⁴ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence,

raison du retard jugé indépassable dont elles témoignaient par rapport à la civilisation française ; le statut personnel ne devait constituer qu'une étape transitoire vers l'assimilation, fût-elle lointaine ¹.

La Constitution de 1946 met fin à cette situation en accordant la pleine citoyenneté à tous les ressortissants des territoires d'outre-mer (article 80) ² et en précisant que « les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français » (article 82). Ces dispositions représentent une double avancée. Sur le fond, elles mettent fin à la distinction coloniale entre « sujets français » et « citoyens français » qui était fondée sur la dualité de statuts. Désormais, la soumission d'un individu à un statut personnel coutumier n'est plus discriminante ; elle devient au contraire un privilège, dans la mesure où « elle garantit le droit des minorités à respecter certaines règles traditionnelles et interdit de fonder une discrimination notamment en matière de droits politiques » ³. Les discriminations instituées par la reconnaissance du droit coutumier deviennent ainsi positives et instituent un droit à la différence dans l'égalité. Sur la forme, la reconnaissance constitutionnelle des statuts coutumiers a pour conséquence première (et primordiale) de les mettre dans une large mesure à l'abri d'intrusions législatives. Désormais, la jouissance de ces statuts est laissée à la

Economica/PUAM, 1999, p. 157. L'inégalité entre les nationaux métropolitains et indigènes était si flagrante qu'on a pu parler d'un « apartheid à la française » d'autant plus choquant que, si l'histoire coloniale s'est pour l'essentiel déroulée sous un régime monarchique autoritaire, la III^e République n'en a pas moins accepté l'héritage (SURET-CANALE (Jean), « L'apartheid à la française (1885-1960) », *La Pensée*, n° 284, 1991, pp. 93-107).

¹ Cette conception colonialiste des statuts coutumiers n'a d'ailleurs pas encore disparu, comme le révèle la lecture du rapport parlementaire sur le statut de Mayotte adopté en 2001, qui exhibe une foi évidente en la supériorité du droit commun : « A long terme, si l'on fait confiance à l'évolution des mœurs et au progrès social, la notion de statut local devrait disparaître pour laisser place à une complète application de la loi de la République partout en France » (FLOCH (Jacques), *Rapport sur le projet de loi relatif à Mayotte*, Rapport n° 2967, Ass. nat., 29 mars 2001, p. 35).

² L'article 80 de la Constitution du 27 octobre 1946 avait été précédé par la loi Lamine-Gueye du 7 mai 1946 qui étend la citoyenneté française à l'ensemble des nationaux français des territoires d'outre-mer. Il est toutefois à préciser que les Indigènes n'ont pas pu exercer de suite la plénitude des droits civiques et politiques attachés à leur nouvelle condition de citoyens. Les lois destinées à mettre en œuvre l'article 80 de la Constitution ont en effet été adoptées bien plus tard : les Kanaks n'ont pu exercer leur droit de vote qu'à partir de 1957 et les Amérindiens à partir de 1966. Certaines de ces lois interprétaient par ailleurs l'article 80 comme permettant l'existence de doubles collèges électoraux, comme en Algérie (voir CHERCHARI (Mohamed Sahia), « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 741-770). Par ailleurs, en pratique, les populations ultra-marines ne virent souvent aucun intérêt à acquérir la citoyenneté française, notion qui leur était étrangère. Encore aujourd'hui, le refus de la citoyenneté française est prôné par certaines tribus kanakes et amérindiennes (ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, pp. 1624-1625).

³ BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, p. 252. Sur les statuts personnels sous la IV^e République, voir LUCHAIRE (François), « Le champ d'application des statuts personnels en Algérie et dans les territoires d'outre-mer », *RJPUF*, 1955, pp. 1-52.

libre disposition des citoyens qui y sont soumis et qui ont seuls la faculté de l'écartier¹.

La Constitution de 1958 n'apporte pas de modification à cette solution de principe, en indiquant en son article 75 que « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». Cette disposition formulée en des termes sensiblement similaires à ceux de l'article 82 de la Constitution de 1946², permet ainsi à certaines populations d'outre-mer de bénéficier d'un statut particulier fondé sur leurs coutumes locales. L'article 75 présentait un véritable intérêt au début de la V^e République³ mais la décolonisation des populations concernées l'a progressivement fait apparaître comme un vestige du droit colonial, une disposition résiduelle présentant désormais « un intérêt pratique limité »⁴ et appelée à disparaître, formellement ou tacitement⁵.

Plusieurs éléments conduisent toutefois à réfuter cette condamnation un peu hâtive. Conjoncturellement d'abord, la question des statuts personnels s'est trouvée récemment remise à l'ordre du jour, du fait de l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie qui a conduit le constituant à rajouter dans la Loi fondamentale une nouvelle disposition relative au statut personnel kanak⁶, et de l'évolution institution-

¹ GOUET (Yvon), « L'article 82 (paragraphe 1) de la Constitution relatif à l'option de statut et l'élaboration de la "théorie des statuts civils" du droit français moderne », *Penant*, doctrine, 1957, pp. 6-19 ; CAMERLYNCK (Guillaume-Henri), « De la renonciation au statut personnel », *RJPUF*, 1946, pp. 129-142.

² Deux différences sont toutefois notables. En premier lieu, l'expression « statut civil français » a été remplacée par celle de « statut civil de droit commun », plus logique dans la mesure où les individus visés par l'article 75 sont tous des nationaux depuis 1946, ce qui rend superflu l'emploi du terme « français ». En second lieu, l'article 75 ne contient plus de mention relative à la prééminence des droits et libertés du statut civique français – supposée évidente ou inutile ? Voir HORY (Jean-François), « L'article 75 », in CONAC (Gérard), LUCHAIRE (François) dir., *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987, p. 1309.

³ L'article 75 concernait en effet de nombreux citoyens français d'Algérie, d'Afrique Occidentale et Orientale française, du Territoire des Afars et des Issas, de Madagascar, des Comores, de la Côte française des Somalis, des Nouvelles-Hébrides et de Nouvelle-Calédonie (les îles de Wallis et de Futuna étant, en 1958, rattachées à la Nouvelle-Calédonie).

⁴ HORY (Jean-François), *op. cit.*, p. 1309.

⁵ La conviction de son extinction explique sans doute qu'il ait fort peu attiré les commentaires doctrinaux depuis la fin de l'Union française, la quantité ayant toutefois laissé place à la qualité des recherches effectuées. Voir notamment BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, 301 p. ; GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 3 et 4, 2001, pp. 1453-1494 et 1549-1590 ; ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 145-226.

⁶ Article 77 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 : « la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine [...] les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier » (*JORF*, 21 juillet 1998, p. 11 143). Il est d'ailleurs intéressant de noter que le Conseil constitutionnel s'est prononcé pour la première fois sur la question du statut coutumier lors de l'examen de la loi organique prévue à l'article 77 de la Constitution (décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51).

nelle de Mayotte qui n'est pas sans conséquences sur le statut coutumier mahorais ¹. Plus fondamentalement ensuite, la constitutionnalisation des statuts personnels permet en effet « de reconnaître comme droit de l'Etat un certain nombre de règles traditionnelles propres à certains groupes sociaux occupant des territoires lointains » et présente ainsi « une fonction juridique d'intégration des normes issues de sociétés traditionnelles dans le cadre étatique » ². En ce sens, les statuts personnels sont de véritables facteurs de pluralisation des sources du droit officiel : par leur biais, le droit traditionnel de certaines collectivités minoritaires se trouve officiellement reconnu comme source de droit, au même titre que la loi. Il s'agit là, pour le moins, d'une consécration sans précédent du droit traditionnel par l'ordre juridique étatique, dont il faut déterminer la portée (§ 1) et l'évolution (§ 2).

§ 1. La portée des statuts coutumiers

L'avancée fondamentale apportée par la reconnaissance des statuts coutumiers n'est pas dénuée d'ambiguïté. La rédaction de l'article 75 de la Constitution de 1958, comme celle de l'article 82 de la Constitution de 1946 avant lui, est trop lapidaire pour fournir les précisions suffisantes à une application dont les modalités seraient incontestables. Sa formulation ne permet notamment pas d'établir les domaines d'application *ratione personae* et *ratione materiae* des statuts personnels. L'étude des textes qui s'y rapportent et de la pratique qui en est faite est donc nécessaire pour déterminer les titulaires (A) et délimiter le contenu (B) des statuts coutumiers.

A. La détermination des titulaires d'un statut coutumier

La première difficulté que rencontre le juriste à la lecture de l'article 75 de la Constitution est de déterminer quels sont « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun » et donc « conservent leur statut personnel » aujourd'hui. La formulation négative choisie par le constituant ³ indique que les titulaires d'un statut coutumier se déterminent par opposition aux titulaires du statut de droit commun mais ne livre aucune précision supplémentaire. La lecture des travaux préparatoires de la Constitution n'est pas d'une grande utilité à cet égard, l'existence des statuts personnels étant bien antérieure à 1958. Seul l'examen du droit colonial, précurseur de l'actuel droit d'outre-mer, paraît susceptible d'apporter quelques éclaircissements en la matière. De fait, l'analyse des règles de droit qui étaient applicables dans les anciennes colonies révèle que trois conditions cumulatives sont nécessaires

¹ RETTERER (Stéphane), « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, pp. 1071-1092.

² BOYER (Alain), *op. cit.*, pp. 251-252.

³ Il est d'ailleurs à noter qu'à l'heure où les révisions constitutionnelles se multiplient, l'article 75 n'a pas été modifié une seule fois depuis 1958.

pour pouvoir prétendre bénéficier d'un statut particulier : la première est liée au territoire d'origine (1), les deux autres à la personne même du titulaire du statut (2).

1. Une condition liée au territoire d'origine

Bien que l'article 1^{er} de la Constitution prohibe expressément toute distinction fondée sur l'origine, l'article 75 ne s'applique qu'aux populations qui, « connaissant des traditions juridiques trop différentes de celles connues dans les autres parties de l'Etat, ne peuvent se voir imposer le statut civil de droit commun »¹. Si cette restriction traduit une certaine résurgence du droit colonial, le bénéfice du statut coutumier n'est pas reconnu à toutes les populations d'outre-mer. Il ne peut concerner que les populations apportant la preuve de l'existence d'un statut personnel en 1946 (date de consécration des statuts coutumiers) par le biais d'un texte législatif ou réglementaire, ou encore d'une jurisprudence consacrant le statut en question². Ainsi, seules les populations de Mayotte³, de Nouvelle-Calédonie⁴ et de Wallis et Futuna⁵ peuvent aujourd'hui faire état d'un statut coutumier. L'absence de consécration textuelle et jurisprudentielle interdit de considérer les Amérindiens de Guyane comme

¹ BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, p. 80.

² Sur ce point, le projet de Constitution du 19 avril 1946, qui prévoyait la nécessité d'une « loi de reconnaissance », était plus clair que les deux Constitutions qui lui ont succédé. Son article 45 disposait que « les originaires des territoires d'outre-mer, à qui la loi reconnaît un statut personnel, conservent ce statut tant qu'ils n'y ont pas eux-mêmes renoncé ».

³ A Mayotte, le statut personnel est consacré par le décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores. La loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 transformant Mayotte en « collectivité départementale » confirme l'existence du statut particulier mahorais, dont elle engage toutefois une réforme en profondeur (*JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199).

⁴ Lors de la colonisation de la Nouvelle-Calédonie par la France au milieu du XIX^e siècle, aucun texte n'avait officiellement prévu de statut coutumier kanak. La consécration de ce statut est d'abord l'œuvre de la jurisprudence qui, dans les années 1920, renvoie aux coutumes indigènes pour régler les litiges relatifs aux mariages et adoptions (VIVIER (Jean-Louis), « L'émergence du statut personnel des indigènes de la Nouvelle-Calédonie », *LPA*, n° 108, 8 septembre 1986, pp. 20-22). Cette reconnaissance est toutefois provisoire. La promulgation de la Constitution de 1946 ouvre une période de négation de la règle coutumière : l'assimilation juridique s'appuie sur l'extension à tous les habitants de la qualité de citoyen, dont la contrepartie est l'unicité du droit applicable. La renaissance des revendications indépendantistes dans les années 1980 remet en avant les spécificités kanakes. La loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (*JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087) reconnaît explicitement l'existence du droit coutumier. A sa suite, l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039) et la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197) font du statut civil coutumier un élément central de la culture kanake.

⁵ A Wallis et Futuna, le statut personnel a été officialisé par le décret du 8 août 1933 organisant la justice française dans le territoire. La loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 (*JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019), qui dissocie les deux îles du territoire de la Nouvelle-Calédonie et les érige en territoire d'outre-mer, confirme l'existence du statut personnel auquel elle apporte des modifications matérielles. L'article 5 de la loi reprend l'article 75 de la Constitution en indiquant que les citoyens n'ayant pas le statut de droit commun conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas « expressément » renoncé. L'article 3 affirme que « La République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes en tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et des dispositions de la présente loi ». Voir GOUTTES (Bernard de), « Droit et coutume en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna », *Administration*, n° 170, 1996, pp. 65-68.

titulaires d'un tel statut, en dépit de la spécificité de leurs coutumes. De même, l'abrogation du statut personnel polynésien par un décret du 5 avril 1945 a consacré sa disparition *de jure*¹, en dépit de la préservation *de facto* d'un certain nombre de coutumes.

A première vue, les populations jouissant d'un statut personnel répondent aux critères que le droit international pose à l'existence d'Autochtones. Il serait donc tentant de considérer l'article 75 de la Constitution comme le soubassement d'un droit des populations autochtones en France². Cependant, la délimitation stricte du champ d'application des statuts personnels conduit à récuser cette hypothèse. Comme l'indique François Garde, « le statut personnel ne saurait tenir lieu de définition du périmètre des populations autochtones. Si tous les citoyens relevant d'un statut personnel sont des Autochtones, tous les Autochtones ne relèvent pas d'un statut personnel »³. Cette distinction arbitraire n'est pas sans soulever de questions. En effet, dès lors que l'Etat reconnaît indirectement la spécificité autochtone sur certaines parties du territoire français, pourquoi la refuse-t-il à d'autres populations présentant les mêmes caractéristiques ?

La question se pose avec acuité au regard des revendications des minorités amérindiennes de Guyane⁴. Comme le rappelle Irma Arnoux, les Amérindiens n'ont été effectivement soumis aux lois françaises que très tardivement⁵ ; cette déficience

¹ Une ordonnance du 24 mars 1945 fait des « indigènes des Etablissements français de l'Océanie » des citoyens français (art. 1^{er}) et impose l'unification du statut des personnes dans l'ensemble de la Polynésie française. En application de cette ordonnance, un décret du 5 avril 1945 abroge « les lois et coutumes indigènes de l'archipel » et supprime les juridictions chargées d'en assurer l'application (LAMPUÉ (Pierre), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, p. 127). Il est possible que le législateur ait souhaité récompenser le dévouement du « Bataillon du Pacifique » au cours de la Seconde Guerre mondiale en offrant aux populations polynésiennes, par ailleurs fortement acculturées, une citoyenneté pleine et entière. Une telle abrogation législative ne serait toutefois plus possible aujourd'hui, en raison de la protection constitutionnelle des statuts coutumiers.

² Alain Boyer affirme ainsi que « l'article 75 de la Constitution constitue, dès lors, la reconnaissance du droit des minorités » (BOYER (Alain), *op. cit.*, p. 382).

³ GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 7.

⁴ WYNGAARDE (Brigitte), « Communautés amérindiennes : identités en danger ? », *Ethnies*, n° 31-32, printemps 2005, pp. 64-73. Les minorités polynésiennes et guadeloupéennes se trouvent dans une situation similaire mais ne revendiquent pas le bénéfice d'un statut particulier, en raison de l'acculturation qu'a subie leur culture juridique traditionnelle. Dans un projet d'évolution statutaire de la Guadeloupe adopté le 18 juin 2001, les élus régionaux et départementaux de l'île ont toutefois réclamé la reconnaissance et le respect des coutumes locales.

⁵ Au XVII^e siècle, la France proclame sa souveraineté sur les territoires amérindiens mais sans se préoccuper de leurs habitants. En 1930, l'administration coloniale crée dans la zone forestière du sud de la colonie le territoire de l'Inini qui constitue une entité administrative autonome où les Amérindiens vivent selon leurs coutumes, sous l'autorité de leurs chefs coutumiers. L'octroi de la citoyenneté française aux Amérindiens en 1946 ne modifie pas cette situation, faute de déclaration des naissances à l'état civil et d'inscription des intéressés sur les listes électorales. La mise en œuvre d'une politique d'assimilation en matière d'état civil dans les années 1960 et l'établissement de communes de plein exercice sur tout le territoire guyanais contribuent toutefois à la diffusion du droit étatique dans les communautés amérindiennes. La disparition du territoire de l'Inini en 1969 marque officiellement la fin de leur autonomie normative. Pour plus de détails, voir ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, pp. 1620-1621.

du droit étatique a laissé subsister un statut personnel de fait, qui n'a toutefois jamais été juridiquement consacré. Deux avant-projets de lois soumis au Secrétariat d'Etat des DOM-TOM en 1972 et 1984 visaient à reconnaître aux Amérindiens et Noirs-réfugiés de Guyane le bénéfice de statuts coutumiers¹ mais aucun d'eux n'a eu de suite. Si l'opportunité d'une loi consacrant un statut personnel amérindien paraît établie², sa constitutionnalité potentielle suscite en revanche la controverse. Ainsi, pour le Professeur Michalon, l'article 75 n'est pas susceptible de s'appliquer aux Amérindiens³; cet article renverrait en effet exclusivement à la situation des territoires d'outre-mer (devenus aujourd'hui collectivités d'outre-mer) bénéficiant d'un régime de spécialité législative⁴, où les Autochtones étaient reconnus comme citoyens français en 1958. Or, non seulement la Guyane a été placée, par la loi du 19 mars 1946⁵, dans la catégorie des départements d'outre-mer et se trouve donc soumise à un régime en principe de droit commun⁶ mais, de plus, les Amérindiens n'étaient pas citoyens français à la date de rédaction de la Constitution⁷ et ne pouvaient donc être visés par l'article 75 qui concerne « les citoyens de la République ». Cette démonstration est vivement réfutée par Irma Arnoux qui affirme,

¹ Le projet de 1984, comme celui de 1972, reconnaissait aux collectivités amérindiennes et noires-réfugiées le droit de vivre selon leurs coutumes, qu'elles étaient seules à pouvoir déterminer et modifier. L'article 5 du projet précisait que l'appartenance à ces collectivités était compatible avec la citoyenneté française, celle-ci demeurant toutefois optionnelle; l'article 6 précisait que « les ressortissants français des groupes précités ne sont pas régis par le Code civil et demeurent soumis au droit coutumier à moins qu'ils n'y renoncent expressément ». Ces dispositions préservaient donc la liberté individuelle des Amérindiens, chacun restant libre d'accepter ou de refuser le statut civique français parallèlement à son appartenance d'origine. L'avant-projet de 1984 est reproduit in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 109-115. L'ouvrage regroupe plusieurs études portant sur les aspects civils, pénaux et institutionnels de cet avant-projet (*op. cit.*, pp. 116-164).

² Voir ROULAND (Norbert), « Une hypothèse pour le futur ? Un statut personnel pour les Amérindiens de Guyane », *Ethnies*, n° 29-30, 2003, pp. 167-171.

³ MICHALON (Thierry), « Les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *op. cit.*, p. 154.

⁴ Voir *infra*, pp. 241ss.

⁵ Loi n° 46-451 du 19 mars 1946, *JORF*, 2 mars 1946, p. 2294.

⁶ L'article 73 de la Constitution, révisé en 2003, donne au législateur et au pouvoir réglementaire une possibilité d'« adaptation » des lois et règlements lors de leur application aux DOM. Les restrictions apportées à cette possibilité par la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduisent toutefois le Professeur Michalon à estimer qu'une loi garantissant aux populations amérindiennes de Guyane le bénéfice de statuts coutumiers excèderait la simple mesure d'adaptation et serait dès lors censurée par le Conseil constitutionnel (MICHALON (Thierry), *op. cit.*, p. 157). La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (loi constitutionnelle n° 2003-276, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568) ouvre cette faculté d'adaptation des textes nationaux aux autorités des DOM. Elle les autorise, sur habilitation législative, « à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi » (nouvel art. 73 al. 3) mais ne leur permet pas d'adopter un statut civil de droit local, au regard des limitations posées par la Constitution (art. 74 al. 4, voir *infra*, pp. 229ss). Dès lors, selon le Professeur Michalon, le seul espoir pour les Amérindiens de jouir d'un statut personnel serait de placer la Guyane sous un régime de spécialité législative, c'est-à-dire de sortir la collectivité de la catégorie des DOM (*op. cit.*, pp. 158-164).

⁷ Les Amérindiens et Noirs-Marrons n'ont pu devenir citoyens français qu'en 1966. Aujourd'hui, plus de 80 % des Autochtones de Guyane jouissent de la citoyenneté française mais certaines tribus continuent à la refuser. A cet égard, voir ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, pp. 1624-1625.

au contraire, que les Amérindiens de Guyane pourraient fort bien bénéficier d'un statut coutumier¹. En effet, dans la mesure où l'article 75 ne vise pas expressément les citoyens des territoires d'outre-mer, il n'est pas exclu que ses dispositions puissent également s'appliquer dans les départements d'outre-mer². De plus, si la Guyane a été érigée en département par la loi du 19 mars 1946, le territoire sur lequel vivent la plupart des Amérindiens a disposé jusqu'en 1970 d'un statut dérogatoire permettant aux Amérindiens d'être régis par leur droit coutumier. Enfin, bien que la situation des Amérindiens soit restée confuse jusqu'à la fin des années 1960 du point de vue de leur citoyenneté, la suppression du statut de l'indigénat et la reconnaissance de la qualité de citoyen à tous les ressortissants des TOM par la loi du 7 mai 1946 révèlent que « les Amérindiens avaient juridiquement vocation à être citoyens »³ et, par suite, à bénéficier de l'article 75 de la Constitution. Bien que cette argumentation soit convaincante, il n'en demeure pas moins que l'octroi d'un statut personnel à une collectivité minoritaire relève d'une initiative étatique. Il faudrait donc que l'Etat fasse montre de la volonté politique d'accorder à de nouvelles populations la faveur d'un statut dérogatoire permettant certes l'expression de leurs particularismes juridiques mais remettant en cause l'unité du droit et l'égalité des citoyens français⁴.

Le bénéfice d'un statut personnel se trouve donc, pour l'heure, refusé aux populations autochtones autres que celles de Mayotte, de Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna. Pour autant, les individus appartenant à ces minorités ne sont pas les seuls à pouvoir jouir d'un statut coutumier en France. En effet, dans certaines hypothèses, les statuts particuliers qui étaient en vigueur dans les anciennes colonies et les anciens territoires d'outre-mer ayant accédé à l'indépendance peuvent encore trouver application aujourd'hui dans l'ordre juridique français. Il est vrai que cette hypothèse reste exceptionnelle, dans la mesure où la question du statut des personnes est généralement réglée lors de l'accession d'un territoire à l'indépendance : lors de l'accession à l'indépendance de l'Algérie en 1962 et des Comores en 1975, il a ainsi

¹ ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, pp. 1646-1650. Dans le même sens, voir ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 160-170.

² Cette interprétation semble confortée par les travaux préparatoires à l'élaboration de la Constitution. En effet, le projet de Constitution arrêté par le Conseil ministériel le 19 août 1958 comprenait un article 65 ter al. 2 ainsi rédigé : « les citoyens de ces territoires [d'outre-mer] qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». La Commission du Conseil d'Etat nota l'ambiguïté de cette formulation, qui ne prenait pas en compte les citoyens des DOM et notamment de l'Algérie, qui relevaient pourtant d'un statut coutumier. Elle suggéra alors la version définitive de l'article 75 mentionnant tous les citoyens de la République n'ayant pas le statut civil de droit commun, en édulcorant toute typologie fondée sur leur origine (voir BON (Pierre), « Les collectivités territoriales de la République », in MAUS (Didier), FAVOREU (Louis), PARODI (Jean-Luc) dir., *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1992, p. 67).

³ ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, p. 1648.

⁴ Il est certain que l'existence de statuts personnels s'oppose à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, en vertu duquel la loi « doit être la même pour tous soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

été prévu que les Français de statut civil de droit commun conservaient leur nationalité française de plein droit, alors que les Français de statut coutumier ne conservaient leur nationalité française que s'ils souscrivaient une déclaration de reconnaissance de nationalité qui emportait renonciation au statut personnel¹. Certaines situations n'ont toutefois pas été envisagées par le législateur, comme celle des nationaux français nés sur le territoire des Etablissements français de l'Inde. La Cour d'appel de Besançon s'est trouvée précisément devant ce cas de figure en 1995² et a donc dû pallier l'absence de législation, en déterminant l'effet de l'indépendance d'un territoire sur les statuts personnels de personnes originaires de ce territoire et ayant conservé la nationalité française. La Cour d'appel a estimé que la modification du statut politique d'un territoire n'avait aucune influence sur l'existence des statuts personnels des citoyens français originaires de ces territoires, puisque la Constitution protège l'existence de ces statuts personnels ; seule une renonciation expresse et individuelle peut conduire à l'abandon d'un statut personnel³. Ainsi, même dans l'hypothèse où tous les territoires connaissant des statuts personnels accédaient à l'indépendance (comme ce sera peut-être le cas à l'avenir pour la Nouvelle-Calédonie), cela n'aurait pas pour conséquence automatique la disparition des statuts personnels de l'ordre juridique français : « la sortie de la République d'un territoire n'entraîne pas automatiquement la sortie de vigueur dans l'ordre juridique français du statut personnel applicable aux citoyens français originaires de ce territoire »⁴.

Cette jurisprudence laisse donc entrevoir une multiplicité de statuts coutumiers « que ne laisse pas supposer le nécessaire laconisme de l'article 75 de la Constitution »⁵. De fait, la pluralisation des sources du droit officiel n'emprunte pas seulement le biais des statuts personnels mahorais, kanak, wallisien ou futunien ; elle passe aussi par les nombreux statuts particuliers que l'indépendance des anciennes

¹ Pour l'Algérie, voir l'ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962 (*JORF*, 22 juillet 1962, p. 7230) ; pour les Comores, voir la loi n° 75-560 du 3 juillet 1975 (*JORF*, 4 juillet 1975, p. 6764). Ces règles ont suscité un contentieux important qui n'est pas encore épuisé, puisque le juge administratif connaît encore aujourd'hui, dans le cadre du contentieux de la reconduite à la frontière ou de l'expulsion, des requêtes contre des refus de réintégration dans la nationalité française faites par les personnes originaires de territoires devenus indépendants ou par leurs descendants (voir notamment CE, 4 mars 1998, *Bounechada, Leb.*, p. 70). Néanmoins, il est probable que cette solution faisant de la renonciation au statut personnel une condition de maintien dans la nationalité française serait retenue en cas d'accession à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie.

² La Cour était en l'espèce saisie par les enfants d'un individu de statut personnel indien et de nationalité française par son père né à Pondichéry, qui faisait alors partie des Etablissements français de l'Inde. Voir CA Besançon, 13 juin 1995, *Mlles Narwada et Radjeswari c/ Parquet général*, *RRJ*, 1997, p. 347, note A. Boyer.

³ Ainsi, indépendamment de l'évolution politique ultérieure des territoires concernés, le juge du fond a fait application, en l'espèce, du statut personnel applicable aux habitants des Etablissements français de l'Inde (CA Besançon, 13 juin 1995, *Mlles Narwada et Radjeswari c/ Parquet général*, *précit.*).

⁴ BOYER (Alain), « A propos du maintien en vigueur dans l'ordre juridique français des statuts personnels après l'indépendance d'un territoire », *RRJ*, 1997, p. 348.

⁵ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 179.

colonies n'a pas abrogés. Encore faut-il que les possibles titulaires de ces différents statuts réunissent les deux autres conditions nécessaires.

2. Des conditions liées à la personne du titulaire

Si la condition d'origine est nécessaire, elle n'est toutefois pas suffisante. S'y ajoutent deux autres conditions liées à la personne même du titulaire : l'existence d'un lien de filiation avec des personnes ayant conservé leur statut coutumier, et la non renonciation de l'individu à son statut.

Ainsi, seules les personnes nées de parents possédant le statut personnel peuvent en disposer¹ ; tous les autres citoyens français bénéficient, quelles que soient leurs origines, du statut civil de droit commun. Si cette condition paraît simple d'emblée, deux situations peuvent néanmoins soulever des interrogations quant à la transmission filiale du statut coutumier : le cas des enfants nés d'unions « mixtes » et le cas des enfants adoptés². En premier lieu, un enfant né de l'union de deux personnes de statuts différents se trouve soumis au statut civil de droit commun, en vertu du principe de primauté du droit commun consacré par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie³. Ce principe s'applique à tous les statuts coutumiers⁴, la loi organique du 19 mars 1999 prévoyant toutefois des dérogations propres au statut kanak⁵. En second

¹ En cas de filiation établie à l'égard d'un seul parent, l'enfant bénéficie toujours du statut de celui-ci. Sur le rôle de la filiation dans la détermination du statut kanak et les différentes hypothèses envisageables à cet égard, voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 34-35.

² Voir GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 3, 2001, pp. 1458-1461.

³ L'article 10 de la loi organique dispose que « L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier ». Le Conseil a considéré que cet article devait « être entendu comme conférant également le statut civil coutumier à l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent de ce même statut ; que, si la filiation de cet enfant venait à être établie à l'égard de l'autre parent, il ne saurait conserver le statut civil coutumier que si ce parent a lui-même le statut civil coutumier » (CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51). Cette réserve d'interprétation constructive donne ainsi un fondement constitutionnel au principe de primauté du statut civil de droit commun pour l'attribution du statut civil à l'enfant né d'une union mixte.

⁴ Au-delà du cas de la filiation, le principe de prééminence du statut civil de droit commun se manifeste dans deux autres hypothèses. Ainsi, en cas de litige entre citoyens de statuts différents, les règles du droit commun priment celles du droit particulier. Par ailleurs, lors d'un mariage entre citoyens de statuts différents, l'union (et donc les modalités de sa dissolution) est régie par le droit commun. En Nouvelle-Calédonie, cette primauté du droit commun en matière de mariage est prévue par la délibération n° 424 du 3 avril 1967 de l'Assemblée territoriale (*JONC*, 27 avril 1967 p. 360).

⁵ L'article 11 de la loi organique permet à toute personne de demander le bénéfice du statut coutumier pour un mineur sur qui elle exerce dans les faits l'autorité parentale. L'article 12 permet à un enfant majeur capable âgé de 21 ans au plus, d'opter pour le statut coutumier si l'un de ses parents a ce statut et s'il a joui pendant au moins cinq ans de la possession d'état de personne de statut civil coutumier. Dans les deux cas, le juge peut rejeter la requête s'il constate que les intérêts de l'enfant ou de ses proches sont insuffisamment préservés. Pour un commentaire de ces articles, voir LAFARGUE (Régis), *op. cit.*, p. 46-49.

lieu, l'adoption d'un enfant par des personnes n'ayant pas le même statut civil que lui soulève indéniablement des problèmes de constitutionnalité. En effet, si un enfant de statut personnel adopté par des parents de statut de droit commun perd son statut du fait de cette adoption, il y a là une dérogation à la condition de renonciation, unique hypothèse de perte du statut personnel prévue par l'article 75 de la Constitution. A l'inverse, si un enfant de statut de droit commun peut acquérir un statut particulier du fait de l'adoption par des parents de statut coutumier, il y a là une dérogation à l'impossibilité pour les personnes de droit commun d'acquérir un statut personnel. Ces dérogations sont pourtant acceptées dès lors qu'elles se justifient par l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré la disposition de la loi organique conférant le statut coutumier à l'enfant adopté « dont le père et la mère ont le statut civil coutumier », quel que soit son statut civil initial¹. A l'inverse, il ne fait aucun doute qu'un enfant de statut personnel adopté par des parents de statut de droit commun acquerra de ce fait le statut civil de droit commun.

Enfin, la dernière condition nécessaire à la jouissance d'un statut particulier réside, comme l'indique l'article 75 de la Constitution de 1958, dans le fait de ne pas y avoir renoncé. La Cour de Cassation fait une application stricte de cette disposition pour censurer les décisions des juridictions inférieures qui ne tiennent pas compte du statut particulier des intéressés. Dans un arrêt du 25 février 1997, elle rappelle ainsi qu'« aux termes de l'article 75 de la Constitution, les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Doit donc être cassée la décision qui a appliqué les règles de droit civil à la détermination de la filiation de Français de statut personnel de droit local musulman, sans avoir constaté leur renonciation à leur statut personnel »². Les rares statistiques disponibles³ révèlent qu'en pratique, les renonciations au statut personnel sont

¹ CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *précit.* Cette solution confirme la jurisprudence judiciaire antérieure. La Cour d'appel de Nouméa avait en effet jugé en 1991 que l'adoption d'un enfant de statut civil de droit commun par des adoptants de statut coutumier entraînait un changement de statut de l'enfant, en raison des effets de l'adoption plénière (CA Nouméa, 21 mars 1991, *Enoka-Heo*, cité in AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 58).

² L'affaire concernait, en l'espèce, la succession d'un homme d'origine comorienne, décédé à Mayotte en 1975. Le litige supposait établie la filiation des prétendus héritiers. Or, le droit local musulman ne connaît de filiation que légitime, ce qui supposait de vérifier préalablement la régularité des mariages du défunt, ce que n'avaient pas fait les juges d'appel qui avaient appliqué le droit civil sans constater au préalable si les intéressés avaient renoncé à leur statut de droit local. Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah*, *RCDIP*, 1998, p. 602, note Droz ; *JCP*, 17 décembre 1997, n° 51, p. 557, note L.-A. Barrière et T. Garé ; *Dalloz*, 1997, p. 463, note H. Fulchiron.

³ Le Ministère de l'outre-mer et les services chargés de l'état civil des collectivités d'outre-mer concernées, contactés à cet effet, ont été peu enclins à fournir des évaluations récentes du nombre de personnes bénéficiant d'un statut personnel. S'agissant de Mayotte, le décret n° 97-776 du 31 juillet 1997 (*JORF*, 5 août 1997, p. 11592) adopté à l'occasion du recensement général de la population de Mayotte en 1997, organisait « la collecte et le traitement de données nominatives relatives à la polygamie et au statut civil des personnes » (art. 1^{er}) mais les statistiques obtenues à cette occasion n'ont pas été publiées. Les chiffres donnés ici sont ceux fournis par la doctrine.

exceptionnelles. Ainsi, en 2001, on estime à près de 100 000 le nombre de Mélanésiens soumis au statut particulier kanak¹. De même, « la quasi-totalité de la population wallisienne et futunienne a gardé son statut coutumier »² ; cela concerne non seulement les résidents des deux îles mais aussi les quelques 18 000 Wallisiens et Futuniens émigrés en Nouvelle-Calédonie³. A Mayotte, la proportion de Mahorais ayant conservé le statut personnel est estimée à 95 %⁴ ; les citoyens bénéficiant d'un statut personnel n'y renoncent que très rarement, y compris lorsqu'ils vivent en France métropolitaine⁵. Ces chiffres semblent indiquer que le statut personnel n'est plus résiduel et transitoire, comme l'avaient envisagé les constituants de 1946 et de 1958⁶ ; au contraire, « il devient l'expression d'un particularisme revendiqué et persistant, reconnu par la République »⁷.

Ainsi, la conjugaison des dispositions constitutionnelles, des textes législatifs et réglementaires, et de la jurisprudence permet d'identifier les titulaires d'un statut personnel. Cette première difficulté surmontée, une seconde se présente rapidement quant à la détermination du domaine *ratione materiae* de ces statuts. Il s'agit alors de délimiter le contenu des statuts coutumiers.

¹ AGNIEL (Guy), « Le statut civil coutumier », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 132.

² TROUILHET-TAMOLE (Antonia), SIMETE (Emeli), « Les règles coutumières à Wallis et Futuna », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 134.

³ ORFILA (Gérard), *La Nouvelle-Calédonie et le droit. Regard sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 100.

⁴ Cette évaluation a été fournie par la députée Martine Lignières-Cassou lors du débat parlementaire sur le projet de loi relatif à Mayotte (*JORF Débats Ass. nat.*, séance du 4 avril 2001, p. 1782).

⁵ Les seules statistiques disponibles concernent les années 1994 à 2000 : on compte 55 renoncations en 1994, 88 en 1995, 36 en 1996, 16 en 1998, 10 en 1998, 22 en 1999 et 18 en 2000 (BALARELLO (José), *Rapport sur le projet de loi relatif à Mayotte*, Rapport n° 361, Sénat, 6 juin 2001, p. 210).

⁶ En 1958, les débats de la Commission constitutionnelle montrent en effet que le maintien des statuts personnels est considéré comme temporaire. M. Sabatier indique ainsi qu'« il ne faut rien faire qui puisse paralyser des progrès rapide » ni empêcher « une évolution que beaucoup veulent ». Les termes utilisés sont révélateurs de l'objectif d'assimilation alors assigné à l'article 75. Voir Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. 3, Paris, La Documentation française, 1987, pp. 177-178.

⁷ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, p. 172. Il se pourrait toutefois que ce constat soit temporaire : même si les individus minoritaires qui jouissent aujourd'hui d'un statut coutumier n'y renoncent pas, l'assimilation républicaine ne manquera pas de se faire, comme l'indique Alain Boyer, « par la force des choses », dans la mesure où la multiplication des unions mixtes entraîne *de facto* la naissance d'enfants ayant le statut de droit commun (BOYER (Alain), « A propos du maintien en vigueur dans l'ordre juridique français des statuts personnels après l'indépendance d'un territoire », *RRJ*, n° 1, 1997, p. 351).

B. La délimitation du contenu des statuts coutumiers

La détermination des matières contenues dans les statuts coutumiers n'est pas chose aisée. La Constitution de 1958, pas plus que celle de 1946, ne définit précisément les matières régies par les statuts personnels. L'article 75 de la Constitution fournit une indication en opposant le statut personnel au « statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34 » mais ce dernier n'utilise pas l'expression « statut civil de droit commun »¹. En l'absence de précision supplémentaire, ce sont les lois régissant le statut des différentes collectivités ultra-marines qui ont contribué à clarifier ce point. Leur recoupement permet d'établir que l'article 75 constitue un tronc commun susceptible d'adaptations en fonction du territoire considéré. Ainsi, le domaine *ratione materiae* des statuts coutumiers est fondé sur une délimitation générale commune (1) mais le contenu de chaque statut peut néanmoins connaître des aménagements spécifiques (2).

1. Une délimitation générale

A défaut de définition constitutionnelle, le législateur est intervenu pour préciser le champ d'application matériel général des statuts personnels. Ainsi, la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte précise que « dans les rapports juridiques entre personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte, le droit local s'applique lorsque ces rapports sont relatifs à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités »². Elle confirme en cela la définition donnée par la loi du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer³, ainsi que l'option retenue pour la Nouvelle-Calédonie par la loi organique du 19 mars 1999, qui limite le statut coutumier au droit civil⁴. Il s'avère ainsi que les différents statuts particuliers recouvrent le droit des personnes, de la famille, des successions et des biens⁵. Le domaine *ratione materiae* des statuts personnels est donc large, même s'il exclut certaines matières. Ce constat conduit à observer que les statuts coutumiers ne recouvrent pas la totalité des ordres

¹ Cette imprécision avait été relevée par la Commission constitutionnelle qui ne modifia toutefois pas l'article 31 (futur article 34). Voir Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. 3, Paris, La Documentation française, 1987, pp. 177-178.

² Art. 59 al. 2 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199.

³ « La présente loi s'applique aux dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités faisant partie du statut civil de droit commun mentionné à l'article 75 de la Constitution. Elle ne déroge pas au statut personnel mentionné audit article » (loi n° 70-589 du 9 juillet 1970, *JORF*, 10 juillet 1970, p. 6459).

⁴ Art. 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁵ Il est à préciser que l'étendue matérielle du statut personnel en droit constitutionnel français ne coïncide pas avec celle du statut personnel en droit international privé. Dans son acception internationale, le statut personnel vise exclusivement le nom, la capacité, le mariage et la filiation des personnes. Voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 8^{ème} éd., 2004, p. 365.

juridiques autochtones. Les règles traditionnelles non comprises dans les statuts personnels restent des normes extra-étatiques, qui n'en demeurent pas moins officieusement appliquées par les groupes dont elles sont issues. Subsistent ainsi, à côté des statuts particuliers constitutionnalisés, des normes juridiques minoritaires constitutives d'un pluralisme juridique extra-étatique.

La détermination législative du contenu matériel des statuts personnels présente comme utilité première de sécuriser les relations juridiques en précisant quel est le droit applicable. Dans les matières relevant du statut personnel, les coutumes des collectivités concernées prévalent¹ ; il peut alors s'agir de coutumes originelles ou de coutumes modifiées par le législateur depuis le début de la période coloniale². En revanche, dans les matières non couvertes par le statut personnel, c'est le droit commun qui s'applique. Ainsi, en matière de droit du travail ou de droit public, l'unité juridique a été réalisée par l'édition de législations applicables à tous les citoyens français, quel que soit leur statut civil. C'est également le cas en matière pénale, le décret du 30 avril 1946 ayant étendu l'application du droit pénal de droit commun à tous les Français³. En évoquant l'existence d'un statut *civil* particulier, l'article 75 de la Constitution interdit ainsi toute inclusion du champ pénal : comme l'a rappelé la Cour de Cassation le 10 octobre 2000, le statut civil coutumier ne saurait évoluer vers un statut pénal dérogatoire⁴. Une telle limitation du champ d'application des statuts personnels paraît toutefois discutable sur le fond, dans la mesure où elle peut parfois présenter des conséquences inopportunes. Ainsi, l'unité du droit pénal exclut toute notion d'infraction au droit traditionnel : si la coutume s'impose en vertu de l'article 75 de la Constitution, sa violation ne peut être sanctionnée par l'Etat⁵. En outre, l'unité du droit pénal interdit la fonction disciplinaire des autorités coutumières : les sanctions prononcées par les chefs coutumiers sont des infractions à la loi puisqu'elles s'appuient sur un droit pénal coutumier dépourvu de toute valeur reconnue⁶. De

¹ Pour exemple en matière de succession, voir CA Nouméa, n° 292, 29 juillet 2004, *Mme veuve X*.

² Si l'on reprend la terminologie utilisée par Etienne Le Roy et Mamadou Wade (voir *supra*, pp. 92-93), les statuts personnels sont donc composés de « droit traditionnel » et de « droit coutumier » (LE ROY (Etienne), WANE (Mamadou), « La formation des droits non étatiques », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 1, Abidjan, Nouvelles Editions africaines, 1982, pp. 368-370).

³ Décret n° 46-877 du 30 avril 1946, *JORF*, 1^{er} mai 1946, p. 3680.

⁴ « Aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut civil coutumier. L'Etat reste à ce jour seul compétent en matière de justice, d'ordre public et de garantie des libertés publiques. » (Cass. crim., 10 octobre 2000, *Siwel Waehnya et autres*, *Bull. crim.*, n° 290, p. 856) En l'espèce, la Cour rejette le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt d'appel condamnant des responsables coutumiers pour avoir sanctionné deux femmes qui refusaient de se soumettre aux règles de la tribu. Les auteurs du pourvoi se prévalaient de l'antériorité historique de la justice coutumière par rapport à la justice étatique.

⁵ La sanction des contrevenants est impossible dans la mesure où il n'existe pas de texte d'incrimination. Cette situation résulte de la simple application du principe de légalité des délits et des peines, proclamé à l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

⁶ Pourtant, le pouvoir disciplinaire des chefs coutumiers était reconnu il y a encore quelques décennies : pendant la période coloniale, le législateur avait investi les chefferies de pouvoirs de police exorbitants afin de permettre un contrôle social poussé sur les populations autochtones. Même après 1946, certains

même, les « policiers coutumiers » peuvent être sanctionnés pour avoir exécuté un ordre manifestement illégal, même si cet ordre est légitime au regard de la norme coutumière¹. Pour autant, les chefs coutumiers à Wallis et Futuna et en Nouvelle-Calédonie continuent *de facto* de rendre une justice punitive ; les juridictions françaises condamnent ces formes de justice privée, sans toutefois parvenir à en éradiquer la pratique. On observe ainsi une rupture entre la réalité et les principes, qui n'est pas sans conséquences sur le respect effectif du droit pénal étatique². Il paraît en effet incohérent de reconnaître l'existence de coutumes dans la sphère civile, tout en interdisant aux collectivités concernées de sanctionner pénalement la transgression des principes coutumiers ainsi consacrés³. Pour cette raison, il a parfois été suggéré que certaines populations autochtones, à raison de leurs spécificités, soient désormais soumises à un régime pénal coutumier dérogatoire⁴.

Bien qu'elle ne s'étende pas à toutes les matières juridiques, la prévalence des coutumes en matière civile confère aux collectivités minoritaires bénéficiant d'un statut personnel une véritable autonomie normative. Cette autonomie se révèle d'autant plus effective que le droit traditionnel présente un caractère *impératif* pour les individus n'ayant pas renoncé à leur statut personnel⁵ ; son application ne peut donc

textes confirmaient cette orientation. Ainsi, l'arrêté n° 895 du 6 juillet 1954 précisait en son article 10 que « Les grands chefs autochtones sont responsables du maintien de l'ordre dans leurs districts. Ils prennent toutes les mesures nécessaires pour que la sécurité et la tranquillité publique ne soient pas troublées par les autochtones » (*JONC*, 19 juillet 1954 p. 346).

¹ Pour exemple, voir les jugements n° 46, 47, 48 et 50 du tribunal correctionnel de Lifou en date du 11 août 1994 (*Evanes Boula et autres*), mettant en cause la Grande Chefferie du District de Loessi, dont le Grand Chef et les policiers coutumiers ont été condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis pour s'être livrés à des actes de représailles dépassant le cadre toléré de leurs compétences. Le prévenu arguait du fait qu'en sa qualité de Grand-Chef, il était titulaire d'une délégation spéciale ; en rejetant ce moyen, le tribunal réaffirmait implicitement le principe d'unité du droit pénal. Dans le même sens, voir Trib. correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *Poulawa et autres* ; Cour d'assises de Nouvelle-Calédonie, n° 4, 17 avril 1996, *Pouya et autres*.

² Comme l'indique Régis Lafargue, ancien juge au tribunal de Nouméa, « l'ignorance du droit pénal coutumier, la négation de l'autorité du chef et de la parole collective qu'il porte est d'une portée considérable. Le débat ne se réduit pas à une querelle de juristes : cette ignorance est une négation des symboles et de l'identité kanake. Elle recèle la remise en cause de l'organisation sociale traditionnelle [...]. Elle expose toujours le droit dit par le juge, à être bafoué par le chef incarnant la parole du clan » (LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 92).

³ Régis Lafargue qualifie cette contradiction de « véritable schizophrénie juridique », tant il est vrai que « le principe d'assimilation en matière pénale reste inintelligible, sauf à interpréter un tel droit à la différence (cantonné au civil) comme une concession de pure forme tendant à différer une assimilation néanmoins inéluctable » (LAFARGUE (Régis), « Distinction du droit à la différence en droit civil et en droit pénal », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 443).

⁴ En ce sens, l'article 10 de l'avant-projet de 1984 portant statut des populations amérindiennes et noires-réfugiées de Guyane française prévoyait que : « Les Amérindiens et les Noirs-réfugiés ne sont soumis au droit pénal français que dans leurs rapports avec les tiers ». A cet égard, voir VERMELLE (Georges), « Les aspects pénaux de l'avant-projet de 1984 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 129-152. Défendant également l'idée d'un statut pénal coutumier pour les Kanaks, voir LAFARGUE (Régis), *op. cit.*, p. 444.

⁵ En ce sens, voir Cass. civ. 2^{ème}, 6 février 1991, *Bull.*, II, n° 44.

être écartée. Ainsi, dans un arrêt du 27 septembre 1993, la Cour d'appel de Nouméa a précisé qu'« un citoyen de statut particulier ne saurait solliciter l'application d'une règle de statut civil de droit commun, sans avoir au préalable renoncé à son statut et donc opté pour le statut civil de droit commun [...] il ne saurait en être autrement qu'en l'absence de règles coutumières régissant la question »¹.

Toutefois, comme l'annonce l'extrait précité, le droit commun peut être utilisé à titre supplétif dans certaines hypothèses. La première concerne le cas où un statut personnel ne régit pas la totalité d'une matière relevant pourtant de son domaine ; en cas de silence de la coutume, le juge saisi pourra appliquer le droit commun pour résoudre le conflit². Cette technique pourrait toutefois conduire à un évincement progressif de la coutume au profit du droit commun, sous couvert de prétendues lacunes du droit coutumier. Afin d'éviter cet écueil, les juges n'y recourent que de manière subsidiaire, s'attachant d'abord à rechercher une solution dans les éléments du statut personnel³. La seconde hypothèse de recours au droit commun à titre supplétif est celle d'un conflit entre statuts coutumiers différents. Il n'existe en effet aucune hiérarchie entre les différents statuts particuliers, ceux-ci étant égaux au regard de la Constitution⁴. En cas de litige entre deux individus relevant de statuts particuliers différents, rien ne justifie donc la prévalence de l'un des statuts sur l'autre. Dans ce cas, le législateur a consacré l'application du droit commun, à moins que les parties n'en décident autrement⁵.

¹ CA Nouméa, n° 467, 27 septembre 1993, *Poadae*.

² C'est précisément le cas de l'arrêt précité. Statuant sur renvoi après cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1992, *JCP*, 1992, IV, n° 3046), la Cour d'appel de Nouméa affirme que les régimes de protection des incapables majeurs relèvent du statut particulier mais qu'en l'absence de règle coutumière en la matière, le requérant est fondé à solliciter – à titre de droit supplétif – l'application des règles du droit civil. Certains auteurs justifient le recours au droit commun à titre subsidiaire en cas de lacune de la coutume par la nécessité, pour le juge, d'éviter tout déni de justice en vertu de l'article 4 du Code civil (GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 4, 2001, p. 1568). D'autres réfutent néanmoins cette possibilité, affirmant que « le droit civil français n'a pas de légitimité à s'appliquer aux citoyens de statut coutumier dans les matières que régit leur statut propre [...] sous quelque forme que ce soit, fût-ce sous la forme d'un droit supplétif » (LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 146).

³ GUILLAUMONT (Olivier), *op. cit.*, p. 1568.

⁴ Le principe d'égalité des deux statuts connaît toutefois deux atténuations : en cas de litige entre citoyens de statuts différents, les règles du droit commun priment sur celles du droit particulier ; d'autre part, lors d'un mariage entre citoyens de statuts différents, l'union (et donc les modalités de sa dissolution) est régie par le droit commun qui, là encore, prime sur la règle coutumière. Voir AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 62.

⁵ Ainsi, l'article 9 alinéa 2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie règle la question des rapports juridiques entre parties « qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais qui relèvent de statuts personnels différents » en prévoyant l'application du droit commun, sauf si les parties en disposent autrement « par une clause expresse contraire ». La loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte reprend la même disposition. Cette solution n'a toutefois pas modifié l'état du droit applicable à Mayotte, dans la mesure où le décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores prévoyait déjà en son article 19 l'application de la « loi française » en cas « de conflit irréductible de coutumes ».

Si ces deux exceptions, conjuguées aux limitations matérielles des statuts coutumiers, limitent quelque peu les effets de la garantie consacrée à l'article 75 de la Constitution, il n'en demeure pas moins que le rattachement d'un individu à un statut coutumier entraîne *ipso jure* sa soumission au droit coutumier local, ainsi qu'à l'état civil¹ et à l'ordre juridictionnel² qui y correspondent éventuellement. Des aménagements spécifiques à chaque statut sont toutefois possibles à cet égard.

2. Des aménagements spécifiques

En dépit de l'intervention du législateur, l'absence de détermination constitutionnelle du contenu des statuts personnels permet des variations d'un statut à l'autre. En effet, si l'article 75 fonde une organisation sociale coutumière, ce système se décline de diverses manières selon qu'il s'applique dans un pays d'outre-mer affirmant ses spécificités dans le cadre d'un processus d'autodétermination – comme la Nouvelle-Calédonie – ou, au contraire, dans une collectivité départementale soumise à un processus plus ou moins poussé d'assimilation – comme Mayotte. Ainsi, l'article 75 connaît une application variable dans l'espace ; il constitue le socle constitutionnel à partir duquel s'élabore un droit personnel asymétrique, fonction de l'évolution des coutumes des populations considérées. Dès lors, seule une observation du contenu matériel de chaque statut permet de déterminer les spécificités qui leur sont propres.

En Nouvelle-Calédonie, le processus d'autodétermination mis en œuvre par l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 donne un relief particulier à l'application, dans ce territoire, d'un statut personnel ou, plutôt, *des* statuts personnels³. De fait, la coutume mélanésienne varie selon les régions de l'archipel ; il y a donc huit statuts personnels, autant que d'aires coutumières. La loi référendaire du 9 novembre 1988 reconnaît explicitement l'existence du droit coutumier et exclut l'intervention de l'Etat dans les matières relevant de la coutume⁴. Les institutions coutumières jouent un rôle important en matière d'état civil⁵ : ainsi, les mariages sont célébrés de manière traditionnelle avec l'assentiment des clans des époux, le mariage civil ne constituant que l'enregistrement officiel de l'acte coutumier. De même, les divorces ne peuvent

¹ Les collectivités connaissant une pluralité de statuts ont généralement établi deux états civils. Sur l'organisation particulière de l'état civil dans chaque territoire concerné, voir GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 3, 2001, pp. 1482-1485.

² Voir *infra*, pp. 194ss.

³ FABERON (Jean-Yves), « Les autochtones dans l'accord de Nouméa (5 mai 1998) », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 211-217.

⁴ Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, *JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087.

⁵ Cette situation de fait a été consacrée par l'arrêté gubernatorial n° 631 du 21 juin 1934 qui indique que le mariage, la dissolution du mariage et l'adoption sont régis par les coutumes et relèvent des autorités coutumières. La délibération n° 424 du 3 avril 1967 de l'assemblée territoriale, qui s'applique aujourd'hui, ne modifie pas cette répartition des compétences.

être prononcés par les Grands Chefs qu'avec l'accord des clans concernés¹. S'agissant du droit foncier, les clans sont compétents pour régler la répartition des terres entre leurs membres. La dévolution successorale des immeubles acquis par des Mélanésiens hors des réserves est réglée selon les usages coutumiers, interprétés par le Conseil de clan du défunt². La place de la coutume et des institutions coutumières a été confortée par la loi organique du 19 mars 1999³, dont l'article 7 dispose que « les personnes dont le statut personnel est le statut civil coutumier kanak sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Au terme d'une interprétation intéressante quoique discutable, M. Lafargue estime que cette disposition pourrait présider à l'extension matérielle du statut coutumier mélanésien, dans la mesure où elle fait référence au « droit civil » dans son ensemble, sans exclure aucune de ses composantes tels que le droit commercial ou le droit du travail⁴. L'article 7 de la loi organique pourrait donc constituer, à l'avenir, la base légale de l'application des coutumes intervenant en ces domaines.

A Mayotte, la question du statut personnel est également sujette à débat, en raison du processus de départementalisation de la collectivité qui n'est pas sans influence sur la préservation du droit traditionnel. Le statut coutumier mahorais est composé de coutumes locales d'origine afro-malgache mais aussi, fait spécifique par rapport aux autres statuts particuliers, de règles de droit islamique, implanté dans l'archipel depuis plusieurs siècles⁵. Ce « bloc de mahorité » dont le contenu reste mal connu, y compris des Cadis eux-mêmes⁶, accentue la spécificité du statut personnel mahorais dont les particularismes peuvent parfois atteindre un seuil critique par rapport au droit commun. Ainsi, pendant plus de cent cinquante ans⁷, la polygamie et la répudiation

¹ Dans un arrêt de principe du 6 septembre 1993, la Cour d'appel de Nouméa a estimé que, dans la mesure où le mariage coutumier ne mettait pas seulement en présence deux individus mais également leurs clans respectifs, ces clans devaient être obligatoirement consultés en cas de dissolution du mariage, suivant la règle du parallélisme des procédures. En l'espèce, la Cour a rejeté la demande en dissolution de l'union, au motif que les clans n'y étaient pas favorables (CA Nouméa, n° 400 (arrêt avant dire droit), 6 septembre 1993, *Wainebengo c. Uregei*).

² Pour d'autres exemples, voir Conseil coutumier du Territoire de Nouvelle-Calédonie, « Les règles coutumières en Nouvelle-Calédonie », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 80-88.

³ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁴ LAFARGUE (Régis), « Distinction du droit à la différence en droit civil et en droit pénal », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 447-449.

⁵ Les Comores ont été islamisées dès le X^e siècle ; le droit musulman appliqué dans l'archipel s'inspire du *Minhadj at Twalilin*, ou *Guide des Zélés Croyants*, recueil du XIII^e siècle rattaché au rite chaféite, l'une des quatre écoles de l'orthodoxie musulmane sunnite. L'archipel des Comores est devenu français en 1841 ; dans le traité de cession de 1841 comme dans les traités de protectorat (1886-1887), la France s'est engagée à préserver les coutumes autochtones et l'Islam.

⁶ BONNELLE (François) dir., *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Rapport au Secrétaire d'Etat à l'outre-mer, Paris, La Documentation française, 1998, p. 16.

⁷ De fait, le statut coutumier mahorais a connu une grande stabilité jusqu'au début du XXI^e siècle. Jusqu'alors, les textes intervenus en la matière se limitaient pour l'essentiel au décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores et à la délibération 12 bis de la Chambre des députés des Comores du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de

ont été autorisées¹ ; les règles successorales faisaient une distinction entre les héritiers en fonction de leur sexe ; les Cadis sont demeurés compétents pour les actes de mariage et de divorce ainsi que pour les jugements supplétifs d'acte de naissance des personnes de statut coranique². Les juridictions étatiques, confrontées au statut coutumier mahorais, ont longtemps hésité à en appliquer les règles³ ; le juge faisait généralement prévaloir l'ordre public métropolitain, ce qui avait conduit à l'éviction du droit musulman applicable. Il a fallu attendre 1997 pour que cette jurisprudence manifestement contraire à l'article 75 de la Constitution connaisse un revirement : dans un arrêt du 25 février⁴, la Cour de Cassation s'est fondée sur l'article 75 de la Constitution pour censurer l'application du Code civil par les juges du fond à la filiation de personnes de statut personnel mahorais. L'affaire concernait, en l'espèce, la succession d'un homme d'origine comorienne qui avait eu plusieurs enfants d'épouses et de concubines différentes. Le juge d'appel avait appliqué les règles successorales de droit commun, nommant ainsi comme ayants causes tous les enfants du défunt, légitimes comme naturels. Or, le droit islamique ne connaît de filiation que légitime, ce qui exclut traditionnellement de la succession les enfants nés hors mariage. La Cour de Cassation a donc cassé l'arrêt d'appel, limitant le bénéfice de la succession aux seuls enfants légitimes en application du droit musulman. Cet exemple témoigne pleinement des contradictions que peut connaître l'ordre juridique étatique du fait de la reconnaissance de statuts personnels fondés sur des droits traditionnels ou religieux parfois antinomiques avec les principes du droit commun.

L'application des statuts personnels d'Uvéa, d'Alo et de Sigave à Wallis et Futuna est moins controversée, bien que les règles coutumières soient également imprégnées de références religieuses – mais, il est vrai, catholiques. Le décret du 8 août 1933 organisant la justice française dans le territoire étend l'application du droit commun aux relations juridiques mixtes unissant « Indigènes » et métropolitains ; il prévoit toutefois que la population autochtone reste soumise aux juridictions coutumières, y compris en matière pénale⁵. La loi du 29 juillet 1961⁶ modifie le statut personnel en le réduisant aux matières civiles et commerciales, les affaires pénales relevant désormais

justice musulmane. La multiplication des modifications du statut personnel depuis 2000 contraste donc profondément avec la continuité qui le caractérisait depuis 1841.

¹ Cette pratique était toutefois interdite pour les étrangères et les métropolitaines. Ainsi, un Mahorais qui prenait comme seconde épouse une Comorienne devait préalablement répudier sa première femme mahoraise. Cette dernière ne pouvait se plaindre qu'au Cadi, les juridictions de droit commun étant incompétentes en matière de droit des personnes. Voir SCHULTZ (Patrick), « Le statut personnel à Mayotte », *Droit et Cultures*, n° 1, 1999, pp. 95-114.

² Dans ces cas, l'administration et le juge français n'intervenaient pas. La jurisprudence a confirmé ce monopole du cadi en matière d'état civil (Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, *Bull.*, I, n° 170, p. 144).

³ Voir notamment Cass. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1964, *JCP*, 1965, II, p. 13 978.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah, RCDIP*, 1998, p. 602, note Droz ; *JCP*, 17 décembre 1997, n° 51, p. 557, note L.-A. Barrière et T. Garé ; *Dalloz*, 1997, p. 463, note H. Fulchiron.

⁵ L'article 7 du décret dispose que « Les différends entre indigènes, ainsi que les infractions et crimes commis exclusivement par des indigènes au préjudice d'indigènes restent soumis aux juridictions indigènes ».

⁶ Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019.

théoriquement du seul juge de droit commun. En pratique toutefois, les parties saisissent encore fréquemment les instances coutumières dans le domaine pénal, transgressant ainsi volontairement les dispositions législatives¹.

A la lumière de ces exemples, les statuts personnels ne représentent pas de simples vestiges du passé colonial de la France. L'attachement notoire des collectivités autochtones à ces statuts dérogatoires est révélateur de la vivacité du droit traditionnel dans certaines parties du territoire français. Les individus relevant de ces collectivités sont ainsi soumis pour partie à des coutumes officialisées, pour partie au droit commun étatique, mais obéissent aussi dans certains cas à des coutumes demeurées officieuses, dans la mesure où les statuts coutumiers ne consacrent que partiellement les ordres juridiques autochtones. Ces personnes minoritaires se trouvent dès lors dans une situation de pluralisme juridique complexe, créée par la juxtaposition de ces multiples sources de droit. La reconnaissance constitutionnelle des statuts particuliers permet donc d'officialiser en partie une situation pluraliste que l'Etat pourra alors contrôler plus facilement. En ce sens, l'intégration de sources non étatiques de droit n'est pas dénuée d'ambiguïté : en officialisant le droit traditionnel, l'Etat gagne une certaine légitimité auprès des populations dont il reconnaît ainsi les particularismes juridiques², tout en s'octroyant la possibilité de modifier ensuite les règles traditionnelles qui se trouvent désormais dans son ordre juridique³.

Quel que soit l'objectif ultime de l'Etat, il n'en demeure pas moins que la constitutionnalisation des statuts coutumiers relativise fortement la tendance assimilatrice du Code civil dont le titre d'origine, le *Code civil des Français*, était révélateur de la volonté d'établir un seul droit pour une seule nation⁴. Force est en effet de constater qu'à l'égard de certaines populations d'outre-mer, le Code civil s'avère impuissant à remplir complètement son office. Le processus de constitutionnalisation du droit civil engagé par le Conseil constitutionnel⁵ trouve donc ici une limite

¹ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, p. 176.

² Cette stratégie n'est pas propre à la France. On la retrouve, exacerbée, dans certains Etats du Pacifique et d'Afrique où le droit traditionnel, généralement constitutionnalisé, se trouve ainsi instrumentalisé par l'Etat. La référence à une coutume mythifiée devient en effet un mode de légitimation de pouvoir de l'Etat, dont les dirigeants s'assurent ainsi l'appui des chefs traditionnels. En ce sens, voir DECKKER (Paul de), KUNTZ (Laurence), *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 68-69 ; LAVOREL (Sabine), *Les Constitutions arabes et l'Islam : les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, Coll. Enjeux contemporains, 2005, pp. 23-90.

³ Voir *infra*, pp. 128ss.

⁴ CARBONNIER (Jean), « Le Code civil », in NORA (Pierre), *Les lieux de mémoire*, tome 1, Paris, Gallimard, 1997, p. 1343.

⁵ En ce sens, voir CHEROT (Jean-Yves), « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 7, 1991, pp. 439-445 ; ATIAS (Christian), « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 7, 1991, pp. 436-438.

infranchissable¹. S'il a d'ores et déjà conféré valeur constitutionnelle à l'article 1382 du Code civil², le Conseil constitutionnel ne pourrait en faire de même pour les dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités, à moins de violer ouvertement l'article 75 de la Constitution. Si elle devait être poursuivie jusqu'à son terme, la constitutionnalisation des règles de droit civil aboutirait à une uniformisation du statut civil qui remettrait en cause l'existence même des statuts coutumiers. En dépit du préjudice que cela causerait à la préservation des identités minoritaires, cette éventualité doit malheureusement être considérée comme une perspective d'évolution possible des statuts coutumiers.

§ 2. L'évolution des statuts coutumiers

La constitutionnalisation des statuts personnels en 1946 pouvait laisser présumer que les normes coutumières relevant de ces statuts seraient désormais pleinement préservées. La pratique juridique a toutefois montré l'inanité d'une telle supposition : si l'article 75 de la Constitution garantit l'existence formelle de ces statuts, il ne défend pas pour autant leur intangibilité matérielle. Le maintien formel des statuts personnels s'impose aux pouvoirs publics³ mais leur contenu matériel ne bénéficie d'aucune protection constitutionnelle. Par suite, les autorités compétentes en matière de statuts particuliers peuvent librement modifier les règles coutumières couvertes par ces statuts, dès lors que l'existence même de ces derniers n'est pas remise en cause.

Ce défaut de la Constitution ne susciterait pas grande polémique si les statuts coutumiers relevaient de la compétence d'autorités elles-mêmes coutumières : la légitimité de ces institutions pour modifier les coutumes relevant de leur juridiction ne prêterait pas à discussion. Tel était d'ailleurs l'état du droit jusqu'en 1956 : chaque collectivité autochtone pouvait alors créer et modifier ses propres règles de manière autonome. La controverse vient précisément du fait que les autorités coutumières ont été dépossédés de leur compétence en matière de statuts personnels⁴, au profit des

¹ En ce sens, voir BOYER (Alain), « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *RRJ*, n° 1, 1994, pp. 387-399.

² CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative à la loi instituant le pacte civil de solidarité, *RA*, 2001, p. 584, note J. Roux.

³ La suppression pure et simple d'un statut personnel nécessiterait une révision de la Constitution. C'est précisément en raison de cette impossibilité constitutionnelle et du possible contrôle du Conseil constitutionnel (qui, de fait, n'a pas été saisi de la loi) que le sénateur José Balarello a renoncé, lors des discussions sur le projet de loi de 2001 relatif à Mayotte, au dépôt d'un amendement prévoyant que tous les enfants nés à partir de 2010 à Mayotte relèveraient automatiquement du statut de droit commun (BALARELLO (José), *Rapport sur le projet de loi relatif à Mayotte*, Rapport n° 361, Sénat, 6 juin 2001, p. 72).

⁴ Aux termes de la loi-cadre n° 56-619 du 23 juin 1956 (*JORF*, 24 juin 1956, p. 5782) qui confiait cette compétence aux assemblées des territoires d'outre-mer. La loi-cadre avait pour objectif d'accroître l'autonomie des TOM en élargissant les pouvoirs des autorités territoriales mises en place par la métropole, au détriment des autorités traditionnelles qui se sont ainsi vu dépossédées d'une partie de

autorités publiques – nationales ou décentralisées – qui sont désormais les seules à pouvoir intervenir en ce domaine. Dès lors, sous couvert d'« actualisation » ou de « modernisation » du droit applicable outre-mer, les pouvoirs publics ont pu progressivement limiter la portée matérielle de l'article 75 de la Constitution, et vider certains statuts coutumiers de leur substance même. Le dessaisissement discutable des autorités coutumières (A) a ainsi permis à l'Etat d'entreprendre une modernisation critiquable des statuts coutumiers (B).

A. Le dessaisissement discutable des autorités coutumières

La loi-cadre du 23 juin 1956 représente un véritable tournant pour l'évolution des statuts coutumiers : désormais, ces derniers ne sont plus sous l'autorité des autorités traditionnelles mais relèvent de la compétence d'autorités publiques qui peuvent les modifier à loisir. D'intra-étatique, le pluralisme juridique constitué par la reconnaissance de statuts personnels devenait ainsi infra-étatique. Corrélativement, les collectivités juridiques minoritaires perdaient leur autonomie normative et, avec elle, la faculté de préserver les spécificités de leur droit traditionnel.

Initiée par le législateur en 1956, l'éviction des autorités coutumières se trouve confortée par le constituant en 1958. Pour autant, ce dernier ne confirme pas d'emblée la répartition des compétences opérée par la loi-cadre de 1956 en faveur des TOM. Au contraire, lors du débat devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, la proposition du Professeur Luchaire tendant à rajouter à l'article 75 un alinéa selon lequel « ce statut personnel peut être modifié par les délibérations des assemblées territoriales » est repoussée¹. Ainsi, bien que certains auteurs affirment que les assemblées territoriales disposent d'une compétence exclusive en matière de statuts personnels², le texte même de la Constitution ne permet pas de conclure en ce sens. C'est donc au regard de la pratique que l'on observe dans certains cas la compétence des autorités nationales (1) et, dans d'autres cas, la compétence des autorités décentralisées (2) en matière de statuts personnels.

1. La compétence des autorités nationales

Si, dans sa rédaction actuelle, l'article 75 est bien attributif de droits, il n'est nullement attributif de compétences. Son interprétation tend néanmoins à établir que les statuts personnels relèvent du domaine du règlement : dans la mesure où le statut

leurs anciennes prérogatives. Voir LUCHAIRE (François), « Les institutions politiques et administratives des territoires d'outre-mer après la loi-cadre », *RJPUF*, n° 2, 1958, pp. 221-291.

¹ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. 3, Paris, La Documentation française, 1987, p. 178.

² Voir notamment BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, p. 80-82.

de droit commun est « seul visé par l'article 34 », les statuts personnels ressortissent, *a contrario*, au champ réglementaire¹. L'article 75 permet ainsi de déroger à la répartition opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution, qui placent l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités – matières régies par les statuts personnels – parmi les matières relevant du domaine législatif. Pour le Professeur Hory, cette hypothèse spécifique de dérogation se justifie par la diversité des situations locales, diversité qui nécessite « un effort de codification que seul le règlement p[eu]t opérer »².

Ainsi, en matière de statut personnel, la compétence de principe appartient au pouvoir réglementaire national. Il faut toutefois préciser que l'appartenance des statuts particuliers au domaine réglementaire n'interdit pas pour autant l'intervention du législateur en la matière : depuis la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 1982 connue sous l'intitulé *Blocage des prix et des revenus*, il est clairement établi que l'incompétence positive du législateur n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de la loi³. Pour une partie de la doctrine, l'immixtion du législateur dans ce domaine serait d'ailleurs une garantie supplémentaire accordée aux statuts coutumiers⁴. Cette affirmation est toutefois très discutable : il n'existe *a priori* aucune raison pour que le pouvoir législatif soit plus attentif que le pouvoir réglementaire à préserver les statuts particuliers, dès lors qu'il s'agit d'un pouvoir étatique. La représentation parlementaire des collectivités de Mayotte, de Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna est d'ailleurs quantitativement trop faible pour pouvoir défendre efficacement le contenu des statuts particuliers contre un projet ou une proposition de loi intrusive⁵. De fait, le législateur est déjà intervenu à plusieurs reprises pour modifier le contenu

¹ En ce sens, voir LAMPUÉ (Pierre), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, p. 102 ; HORY (Jean-François), « Article 75 », in CONAC (Gérard), LUCHAIRE (François) dir., *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987, pp. 1310-1311. Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires de la Constitution de 1958. M. Plantey note en effet que l'article 31 (futur article 34) donne compétence au législateur pour le statut civil de droit commun, alors qu'« il n'en est pas question pour ce qui est du régime du droit coutumier des populations. Par conséquent, en ce qui concerne le statut personnel des autochtones, tant qu'ils n'y ont pas renoncé, il y a soustraction à la compétence du législateur » (Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *op. cit.*, p. 177).

² HORY (Jean-François), « L'article 75 », in CONAC (Gérard), LUCHAIRE (François) dir., *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987, p. 1311.

³ CC, décision n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Rec.*, p. 57 (voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 30). Cette position de principe est toujours en vigueur, bien que le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, s'autorise désormais à déclasser les dispositions non législatives contenues dans la loi (décision n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Rec.*, p. 72 ; *Dalloz*, 2005, p. 1886, note M. Verpeaux).

⁴ En ce sens, voir HORY (Jean-François), « L'article 75 », in CONAC (Gérard), LUCHAIRE (François) dir., *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987, p. 1310.

⁵ La circonscription de Wallis et Futuna dispose d'un député et d'un sénateur (art. L.394 et LO.438-1 du Code électoral), Mayotte d'un député et de deux sénateurs (art. L.334-5 et LO.334-14-1) et la Nouvelle-Calédonie de deux députés et de deux sénateurs (art. L.334 et LO.438-1). Au reste, lors des débats qui ont précédé l'adoption des lois n° 2001-616 du 11 juillet 2001 et n° 2003-660 du 21 juillet 2003 modifiant substantiellement le statut coutumier mahorais, le député de Mayotte, M. Kamardine, a été l'un des plus fervents défenseurs de la réforme (*JO Débats Ass. nat.*, 1^{er} juillet 2003, p. 6414).

des statuts coutumiers applicables en Nouvelle-Calédonie ¹, à Mayotte ² et à Wallis et Futuna ³.

La compétence de principe du pouvoir réglementaire autonome en matière de statuts coutumiers conduit toutefois à s'interroger sur la procédure mise en œuvre par la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte : l'article 67 de la loi habilite en effet le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du statut personnel mahorais ⁴. Ce recours à la procédure de l'article 38 de la Constitution peut sembler superflu, le Gouvernement pouvant fort bien régler le statut personnel par la voie réglementaire. L'utilisation de la technique des ordonnances présente cependant l'avantage de ne pas multiplier les textes, le Gouvernement pouvant adopter dans le même texte, en sus des modifications du statut coutumier, des dispositions relevant effectivement de la compétence du législateur ⁵.

Cet assemblage arbitraire de compétences croisées témoigne des incertitudes qui demeurent encore dès lors que l'on aborde la question des statuts coutumiers. Il serait assurément profitable à la clarté du droit de déterminer expressément la répartition des compétences en la matière, comme cela a pu être fait dans certains cas au profit des autorités décentralisées.

2. La compétence des autorités décentralisées

Faute d'accepter la compétence des autorités coutumières en matière de statuts personnels, le législateur s'est parfois résolu à reconnaître celle des autorités décentralisées. Ainsi, l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie, qui administrait également les îles de Wallis et Futuna jusqu'en 1961, a reçu transfert de compétence en la matière par décret du 22 juillet 1957 ⁶. Cette répartition des compétences a été confirmée par le législateur dans les lois ultérieures régissant le statut de Wallis et

¹ Loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988, *JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087 ; loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

² Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199 ; loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, p. 12320.

³ Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019.

⁴ La loi du 11 juillet 2001 reprend la pratique initiée par la loi n° 99-899 du 25 octobre 1999 portant habilitation du Gouvernement à prendre, par ordonnances, les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit applicable outre-mer (*JORF*, 26 octobre 1999, p. 15951). Plusieurs ordonnances avaient alors été prises sur le fondement de cette loi, notamment l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 (*JORF*, 10 mars 2000, p. 3799) modifiant les règles de détermination des noms et prénoms des personnes de statut personnel, ainsi que l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 (*JORF*, 10 mars 2000, p. 3801) fixant notamment un âge minimum pour les mariages des personnes de statut coutumier.

⁵ Ainsi, l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 (*précit.*) modifie des règles du statut coutumier mais intervient également en matière de statut civil de droit commun – matière qui relève, aux termes de l'article 34 de la Constitution, de la compétence du législateur.

⁶ L'article 40 du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 portant extension des attributions de l'assemblée territoriale en Nouvelle-Calédonie établissait la compétence de l'assemblée territoriale en matière « de statut civil coutumier [...] dans le cadre des lois qui l'organisent » (*JORF*, 23 juillet 1957, p. 7252).

Futuna¹ et de la Nouvelle-Calédonie². La loi organique du 19 mars 1999 conforte du reste les prérogatives du Congrès territorial de Nouvelle-Calédonie, en lui attribuant en matière de statut personnel kanak une compétence exclusive et irréversible³. Seule la collectivité de Mayotte ne bénéficie d'aucun pouvoir en la matière, la modification du statut personnel mahorais restant du ressort des autorités nationales. Ainsi, la loi du 11 juillet 2001 déclare applicables de plein droit aux habitants de Mayotte les lois, ordonnances et décrets portant sur l'état et la capacité des personnes, ainsi que sur les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités⁴. Dans ces matières, le Conseil général de Mayotte peut, tout au plus, formuler des propositions⁵; la recherche d'un consensus sur les réformes à mener pourra toutefois inciter le Gouvernement à suivre, voire à solliciter ces avis.

Au demeurant, attribuer aux autorités des collectivités concernées la faculté de délibérer en matière de statuts coutumiers paraît plus légitime que laisser les autorités étatiques intervenir dans ce domaine qui relève assurément des spécificités locales. La pratique tend d'ailleurs à confirmer la propension des autorités locales à préserver les règles coutumières⁶, alors que le législateur national n'hésite pas, pour sa part, à en modifier substantiellement le contenu – comme en témoigne l'amenuisement progressif des particularités du statut personnel mahorais. Dans ce contexte, il paraît regrettable pour la sauvegarde des cultures juridiques traditionnelles que les institutions nationales conservent leurs prérogatives en la matière, seul le statut personnel kanak se trouvant désormais hors d'atteinte. De fait, malgré le transfert de compétence opéré au profit de l'assemblée de Wallis et Futuna, rien n'interdit au législateur de réformer, à l'avenir, les statuts wallisien et futunien. Ses interventions seront toutefois soumises à une procédure plus contraignante que dans l'hypothèse d'une modification du statut personnel mahorais qui, pour sa part, nécessite l'adoption d'une simple loi ordinaire. Dans la mesure où le statut coutumier relève, à Wallis et Futuna, de la compétence territoriale, le législateur ne pourra intervenir dans ce

¹ Article 12 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019.

² Art. 7-10 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988, *JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087.

³ Le statut civil coutumier fait en effet partie des compétences transférées dès l'entrée en vigueur de la loi organique au Congrès territorial, qui adopte en la matière des lois du pays (articles 22 et 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197).

⁴ Article 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199.

⁵ Le Conseil général a d'ailleurs proposé par deux délibérations de 1995 et 1997 que « les compétences de la juridiction cadiale soient limitées aux seules fonctions religieuses et relatives au droit civil personnel (mariages, règlement des successions et conciliation) à l'exclusion de toutes compétences juridictionnelles » (BONNELLE (François) dir., *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Rapport au Secrétaire d'Etat à l'outre-mer, Paris, La Documentation française, 1998, p. 26).

⁶ A Wallis et Futuna comme en Nouvelle-Calédonie, les assemblées territoriales interviennent très rarement en matière de statut personnel (BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, p. 255). Entre l'adoption de la loi organique du 19 mars 1999 (*précit.*) et le 1^{er} septembre 2007, aucune loi du pays n'a été adoptée en Nouvelle-Calédonie à ce sujet.

domaine que par le biais d'une loi organique prise après consultation de l'assemblée du territoire ¹.

En toute hypothèse, si la compétence des autorités décentralisées autorise une meilleure protection des statuts coutumiers, elle ne peut en aucun cas présenter la même légitimité, à cet égard, que l'intervention des autorités coutumières. L'immixtion des institutions publiques dans le champ des coutumes ne peut que conduire à une altération de celles-ci, au nom d'une modernisation des statuts coutumiers qui peut paraître critiquable ².

B. La modernisation critiquable des statuts coutumiers

La modernisation des droits coutumiers peut emprunter différentes voies. Elle peut passer, dans certains cas, par une transformation volontaire ou spontanée des ordres juridiques traditionnels, qui s'imprègnent des nouvelles pratiques de la collectivité ou s'inspirent de normes juridiques extérieures par « contagion normative » ³. Cette première forme d'évolution s'apparente à une nécessaire adaptation des ordres juridiques coutumiers aux transformations sociales et à leur environnement normatif. Faute d'une telle adaptation, les droits coutumiers deviendraient obsolètes et perdraient leur effectivité. La modernisation volontaire des ordres juridiques traditionnels paraît, en ce sens, nécessaire à leur survie même ⁴. La seconde forme de modernisation s'avère, en revanche, bien plus contestable, dans la mesure où elle est imposée par les autorités étatiques au nom d'une prétendue actualisation des coutumes.

C'est ainsi qu'au milieu des années 1990, l'Etat a engagé la réforme du statut personnel mahorais, dans la perspective de la départementalisation de Mayotte qui impose une homogénéisation du droit par le biais de l'assimilation législative ⁵. Les premières modifications notoires du statut coutumier résultent des ordonnances

¹ Aux termes de l'article 74 de la Constitution, tel qu'issu de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 (*JORF*, 26 juin 1992, p. 8406).

² Dénonçant l'acculturation des statuts personnels, voir BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, pp. 103-104.

³ CHARPENTIER (Jean), « Eléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », in *Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 296.

⁴ En ce sens, voir NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *RJPIC*, Vol. 46, n° 2, 1992, pp. 255-257.

⁵ La doctrine a souvent affirmé que l'existence d'un statut personnel à Mayotte constituait un obstacle à la départementalisation du territoire (en ce sens, voir RETTERER (Stéphane), « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, p. 1079 ; BOYER (Alain), « Les autochtones français : populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Droit et Cultures*, n° 37, 1999, p. 126). Pour autant, l'accord sur l'avenir de Mayotte signé en février 2000 (*JORF*, 8 février 2000, p. 1985) qui prévoit une progression vers l'identité législative d'ici 2010, affirme dans le même temps le principe du maintien du statut personnel. Si la poursuite des réformes est prévue, la transformation de Mayotte en DOM n'implique donc pas automatiquement l'abandon du statut personnel mahorais.

n° 2000-218 et n° 2000-219 du 8 mars 2000¹. Jusqu'alors, conformément au droit musulman, les Mahorais de statut personnel avaient deux noms, le premier choisi par les parents, le second étant celui du père, quand des surnoms ne se substituaient pas à ces noms « de naissance », y compris sur les actes de l'état civil. Cette absence de nom patronymique rendait très difficile l'établissement de liens de filiation entre personnes séparées d'une génération. Les ordonnances du 8 mars 2000 mettent en place un système plus cohérent, les parents devant choisir un nom parmi les vocables figurant sur leur acte de naissance, ce nom étant par la suite transmis aux enfants par le père en cas de mariage, par la mère en cas de naissance hors mariage². La seconde ordonnance modifie également l'âge coutumier de nubilité, en fixant l'âge minimum pour le mariage à 18 ans pour les hommes et 15 ans pour les femmes³.

La loi du 11 juillet 2001 transformant Mayotte en « collectivité départementale » approfondit la réforme engagée en matière d'état civil. Elle affirme surtout le principe d'égalité entre hommes et femmes, en disposant notamment en son article 53 que « Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans ayant le statut civil de droit local applicable à Mayotte peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels »⁴. En d'autres termes, il a fallu attendre le début du XXI^e siècle pour que le législateur reconnaisse à toutes les femmes françaises majeures le droit d'exercer un travail rémunéré, d'ouvrir un compte bancaire et de disposer librement de ses biens propres, sans autorisation préalable de son conjoint. L'évolution des mœurs mahoraises avait sur ce point précédé le législateur, mais une telle disposition paraissait néanmoins nécessaire au regard des inégalités établies par la Charia. C'est toutefois la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003⁵ qui

¹ Ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des noms et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte ; ordonnance n° 2000-219 du même jour relative à l'état civil à Mayotte (*JORF*, 10 mars 2000, pp. 3799 et 3801). Ces ordonnances ont été prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 99-899 du 25 octobre 1999 (*JORF*, 26 octobre 1999, p. 15951).

² Pour plus de détails, voir GUILLAUMONT (Olivier), « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. L'apport de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », *RJPIC*, Vol. 56, n° 2, 2002, pp. 225-226.

³ L'article 1^{er} de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 (*JORF*, n° 81, 5 avril 2006, p. 5097) modifiant l'article 144 du code civil et relevant l'âge du mariage pour les hommes comme pour les femmes à 18 ans, n'a pas modifié le droit applicable sur ce point à Mayotte.

⁴ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199. La loi habilitait également le Gouvernement à poursuivre la modernisation du statut coutumier mahorais par ordonnances (art. 67), en se basant notamment sur les travaux d'un Comité de réflexion créé dans cette perspective (art. 63). Aucune ordonnance n'a toutefois été adoptée sur la base de cette habilitation et le Comité a été supprimé par l'article 68-3 de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003.

⁵ Article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003 (*JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320). Voir SERMET (Laurent), « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 185-196 ; GUILLAUMONT (Olivier), « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte », *JCP*, n° 37, 10 septembre 2003, pp. 1553-1554.

a entrepris les réformes les plus significatives en limitant la polygamie¹ et les inégalités successorales², en abolissant la répudiation de la femme par son mari³ et en accordant aux enfants naturels les bénéfices de la filiation⁴. Le législateur a ainsi mis fin à des règles de droit traditionnel que l'évolution sociale de la population mahoraise avait progressivement fait apparaître comme des « archaïsmes juridiques [...] contraires à la conception française de l'ordre public »⁵.

Ces réformes successives ont été présentées comme un facteur de progrès social, politique et juridique, en raison de l'amélioration de la condition des femmes mahoraises et de la prééminence enfin accordée aux droits fondamentaux⁶. Au regard de ces évolutions décisives, la réforme du statut personnel mahorais est apparue comme indispensable, toute critique faisant figure de position rétrograde. Pour autant, quelle que soit sa légitimité, ce rapprochement sensible avec le droit commun n'en constitue pas moins une censure du droit traditionnel mahorais. De fait, la loi du 21 juillet 2003 « vise à terme à porter atteinte fondamentalement, juridiquement et dans les faits, au statut personnel substantiel »⁷. C'est en ce sens que les députés avaient précisé, dans la requête déférant la loi de programme sur l'outre-mer au Conseil constitutionnel, que « si la Constitution elle-même reconnaît un statut de droit local, ce n'est pas pour que ce dernier soit vidé de son contenu par le simple effet d'une disposition de portée générale ; [or, l'article 68 du projet de loi peut] être interprété comme permettant de déroger à la Constitution et plus précisément à son article 75 en vidant de sa substance la notion de statut personnel, lequel a nécessairement un caractère dérogatoire par rapport aux droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français, puisque certaines règles locales ne sont pas parfaitement compatibles avec des droits fondamentaux »⁸. Cette argumentation pouvait paraître parfaitement fondée

¹ La polygamie est désormais interdite aux citoyens de statut personnel mahorais atteignant l'âge requis pour se marier après le 1^{er} janvier 2005. Autrement dit, elle reste possible pour les Mahorais ayant plus de 18 ans au 1^{er} janvier 2005.

² La loi interdit désormais « toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public de la loi ». Cette mesure est cependant applicable aux seuls enfants nés après la promulgation de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003.

³ La loi précise que « La rupture unilatérale de la vie commune par l'un des époux est une cause de divorce. Les époux sont égaux dans les conditions et les effets de la dissolution du mariage ». Mais de nouveau, « cette disposition n'est applicable qu'aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005 » (article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *précit.*).

⁴ Cette dernière réforme visait à restreindre la portée de l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 février 1997 limitant le bénéfice de la succession aux seuls enfants légitimes à Mayotte, en application du droit musulman (Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah, précit.*). Il est toutefois à préciser qu'en dépit de cette reconnaissance de la faculté d'hériter, le statut de l'enfant naturel n'a fait l'objet d'aucune réforme d'ensemble et reste défavorable sur bien des points. Voir SERMET (Laurent), *op. cit.*, p. 195.

⁵ Selon les termes de Brigitte Girardin, Ministre de l'outre-mer, lors de la discussion du projet de loi de programme pour l'outre-mer, le 6 juin 2003 (*JO Débats Ass. nat.*, 7 juin 2003, p. 4883).

⁶ La transformation substantielle du droit applicable aux Mahorais a du reste été présentée par le député de Mayotte, M. Kamardine, comme « la deuxième véritable réforme de fond de cette société » après l'abolition de l'esclavage en 1846 (*JO Débats Ass. nat.*, 1^{er} juillet 2003, p. 6414).

⁷ SERMET (Laurent), *op. cit.*, p. 195.

⁸ *JORF*, 22 juillet 2003, p. 12345.

eu égard à l'esprit de l'article 75 de la Constitution ¹. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas censuré les dispositions contestées, indiquant que « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, [le législateur] pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés » ².

C'est donc désormais avec l'aval du juge constitutionnel que l'Etat encadre de plus en plus les survivances du droit traditionnel. Cette étatisation de la coutume qui tend à l'assimilation progressive des statuts personnels semble toutefois ne concerner que le statut mahorais. Le statut kanak est désormais protégé des interventions du législateur national et, pour leur part, les statuts wallisien et futunien semblent pour l'instant échapper à l'intervention de l'Etat ³. Cette abstention pourrait cependant n'être que provisoire. En effet, la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 a instauré une habilitation permanente du Gouvernement à prendre les mesures nécessaires à l'harmonisation du droit applicable dans les collectivités d'outre-mer avec celui applicable en métropole ⁴. Cette procédure simplifiée qui ne nécessite plus de loi d'habilitation facilite à l'évidence, s'il en était encore besoin, l'homogénéisation du droit officiel sur l'ensemble du territoire national. La survie à terme des statuts coutumiers dans l'ordre juridique français est donc loin d'être assurée ; il se pourrait bien qu'à terme, l'article 75 de la Constitution ne soit plus qu'une coquille vide, qu'une prochaine révision constitutionnelle n'hésiterait pas à supprimer ⁵.

L'exemple de la réforme du statut personnel mahorais est révélateur de la nécessité, mais aussi de la difficulté pour l'Etat de mesurer ses interventions en matière de statuts coutumiers. Ne pas intervenir conduit certes à préserver les

¹ La doctrine était divisée quant à la constitutionnalité d'une loi prohibant la polygamie et la répudiation à Mayotte. Certains auteurs supposaient qu'une telle loi, même d'ordre public, pouvait être déclarée contraire à l'article 75 (RETTNERER (Stéphane), « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, p. 1080), tandis que d'autres se montraient plus nuancés et supposaient, à raison, que l'attitude du Conseil constitutionnel « serait libérale face à une loi supprimant de nombreuses dispositions d'un statut personnel sans le faire disparaître complètement » (GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 4, 2001, p. 1555).

² CC, décision n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *Rec.*, p. 389 ; *Dalloz*, n° 18, 2004, p. 1272, note O. Le Bot ; *RDP*, 2003, p. 1789, note F. Luchaire ; *RFDC*, n° 56, 2003, p. 788, note O. Guillaumont ; *LPA*, n° 151, 30 juillet 2003, p. 11, note J.-E. Schoettl.

³ Bien que certains auteurs souhaitent des évolutions de ces statuts, prônant l'abandon dans certaines hypothèses de la primauté du droit oral et de l'interdiction du divorce (TROUILHET-TAMOLE (Antonia), SIMETE (Emeli), « Les règles coutumières à Wallis et Futuna », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 138-139).

⁴ Article 74-1 al. 1^{er} de la Constitution, tel qu'issu de l'article 11 de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁵ Sur le modèle de la révision constitutionnelle du 4 août 1995 (loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, *JORF*, 5 août 1995, p. 11744) qui, dans un souci louable de « toilettage » de la Constitution, a abrogé peut-être un peu hâtivement l'ancien titre XVII de la Constitution relatif aux dispositions transitoires. A cet égard, voir LE POURHIET (Anne-Marie), « Du devoir de mémoire constitutionnelle : l'abrogation des articles 90, 91 et 92 de la Constitution », in *Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 299-306.

particularismes culturels minoritaires mais laisse perdurer, parfois, des coutumes qui peuvent paraître obscurantistes¹. Réformer permet de soumettre les ordres juridiques coutumiers aux standards nationaux mais peut entraîner l'acculturation des groupes minoritaires et la perte de leurs référents identitaires. C'est précisément au nom de la spécificité culturelle que certains auteurs défendent un pluralisme juridique radical et opposent systématiquement à la volonté réformatrice de l'Etat, l'indépendance irréductible des ordres juridiques traditionnels². Cette défense du pluralisme juridique se transforme alors en une apologie du conservatisme social, au nom de la nécessaire préservation des identités. Un tel dévoiement du pluralisme juridique est, à l'évidence, à proscrire : il est en effet des cas dans lesquels la modernisation des normes traditionnelles peut sembler nécessaire. Pour autant, l'adaptation des coutumes ne doit pas conduire à l'éradication de toute diversité juridique et culturelle. La solution à ce dilemme réside peut-être dans la recherche du consentement des collectivités juridiques concernées par cette évolution normative. Un auteur canadien a affirmé, à juste titre semble-t-il, que l'Etat « n'a[vait] pas à intervenir pour changer les pratiques tribales tant qu'elles sont conduites avec l'approbation évidente des membres »³. A *contrario*, cela pourrait signifier que l'intervention étatique est possible dès lors que les membres du groupe ont donné leur approbation. Mais dans ce cas, est-il réellement nécessaire que l'Etat légifère ? La volonté collective pourrait en effet conduire en elle-même à une évolution spontanée des coutumes, sans qu'aucune médiation extérieure ne soit requise. C'est donc la légitimité même de l'immixtion de l'Etat dans les ordres juridiques coutumiers qui se trouve remise en cause. D'un point de vue identitaire, cette intervention devrait se limiter à reconnaître formellement la positivité des ordres juridiques minoritaires, sans en modifier le contenu matériel. Tel devrait être l'unique

¹ Le cas le plus extrême, qui ne concerne pas les minorités nationales mais certaines minorités immigrées, demeure celui de l'excision. Le droit français condamne cette coutume et les tribunaux ont montré une grande sévérité allant jusqu'à des peines de prison ferme (Voir les nombreux arrêts cités in Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Etude et propositions sur la pratique des mutilations sexuelles féminines en France*, 30 avril 2004, pp. 57-61). Cette sanction pénale satisfait la conscience morale et juridique nationale, mais elle est inintelligible pour les immigrés africains qui la perçoivent même comme une injustice puisque, loin d'avoir commis une faute, ces derniers n'ont fait qu'appliquer la loi de leur groupe. Pour Gérard Soulier, « il n'est pas illégitime qu'un Etat fasse prévaloir, sur son territoire, des règles de droit qu'il considère comme étant d'ordre public. Cela n'autorise pas pour autant à considérer le problème comme résolu » dans la mesure où chaque communauté (minoritaire comme étatique) reste persuadée d'appliquer un droit légitime. Au-delà du conflit de droits, il s'agit donc d'un véritable conflit de cultures. Voir SOULIER (Gérard), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 637.

² En ce sens, voir GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 1-55.

³ NARVESON (Jan), « Collective Rights ? », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 4, n° 2, 1991, p. 342, traduction libre. Cette affirmation rejoint le « postulat d'identité du droit indigène » développé par le Professeur japonais Masaji Chiba, en vertu duquel toute collectivité menacée d'acculturation est amenée à préserver, dans son ordre juridique, les normes les plus représentatives de son identité culturelle. Il existerait donc, en ce sens, une résistance identitaire inhérente à toute culture juridique. Voir CHIBA (Masaji), « The Identity Postulate of Indigenous Law and its Function in Legal Transplantation », in SACK (Peter), MINCHIN (Elizabeth) eds., *Legal Pluralism*, Canberra, Australian National University, 1986, pp. 35-59.

objet de la reconnaissance constitutionnelle des statuts coutumiers, comme de la reconnaissance infra-constitutionnelle de certains usages locaux.

Section 2. LA RECONNAISSANCE INFRA-CONSTITUTIONNELLE D'USAGES LOCAUX

Les articles 75 et 77 sont les seules dispositions de la Constitution qui fassent référence à un droit traditionnel extra-étatique – et encore le font-ils de manière indirecte, par le truchement des statuts personnels. Aucune autre mention n'est faite des usages et coutumes appliqués sur le territoire français. Faut-il dès lors en déduire que les règles de droit traditionnel qui ne sont pas incluses dans les statuts particuliers sont condamnées à rester hors de l'ordre juridique étatique¹ ? Une telle conclusion paraît erronée. S'il était nécessaire que toutes les sources de droit soient instituées par la Constitution pour être reconnues comme telles, notre droit positif serait alors amputé de nombre de ses sources actuelles, à l'instar des principes généraux du droit² ou des normes internationales non conventionnelles³. Il faut donc réfuter, une fois de plus, la théorie kelsénienne en vertu de laquelle seule la Constitution serait susceptible de reconnaître la coutume comme source de droit positif⁴.

A défaut de consécration par le texte fondamental, les coutumes peuvent néanmoins bénéficier d'une reconnaissance étatique à un niveau inférieur. Cette reconnaissance n'est évidemment pas obligatoire, mais l'Etat s'y voit parfois contraint

¹ Confronté à cette question, le Professeur Teboul estime qu'en habilitant uniquement le Parlement et le pouvoir exécutif à créer le droit, la Constitution interdit *a contrario* que des règles coutumières se forment au sein de l'ordre national ; cette interdiction implicite résulterait aussi de l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, en vertu duquel « nul ne peut être contraint à faire ce [que la loi] n'ordonne pas ». Le Professeur Teboul conclut ainsi que « l'existence et l'utilisation de la coutume autonome en France sont [...] objectivement contraires au Droit » (TEBOUL (Gérard), « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP*, 1998, pp. 698-699).

² D'après le Professeur Frier, les principes généraux du droit sont des normes créées par le juge « à partir des conceptions idéologiques de la conscience nationale et/ou d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs. Ils bénéficient d'une reconnaissance expresse du juge qui leur attribue une certaine place dans la hiérarchie des normes et les fait bénéficier d'une réelle permanence ». Aux termes de cette définition, le juge est donc à l'origine de cette source de droit, sans disposer spécifiquement d'habilitation constitutionnelle en ce sens (FRIER (Pierre-Laurent), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 3^{ème} éd., 2004, p. 82)

³ Le titre VI de la Constitution est consacré aux « traités et accords internationaux » mais ne mentionne ni la coutume internationale, ni les principes généraux du droit international, ni la jurisprudence internationale (hormis le cas de la Cour pénale internationale dont la juridiction est reconnue à l'article 53-2).

⁴ D'après Kelsen, « Pour pouvoir considérer que les tribunaux sont habilités à appliquer [...] le droit coutumier, il faut nécessairement admettre qu'ils y sont habilités par la Constitution – exactement de la même façon qu'ils le sont à appliquer les lois – c'est-à-dire qu'il faut nécessairement admettre que la Constitution institue la coutume qui résulte de la conduite habituelle des individus soumis à l'ordre juridique étatique – des sujets de l'Etat – comme fait créateur de droit » (KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, p. 228).

par la réalité d'une diversité sociale face à laquelle son droit peut s'avérer inadapté¹. En ce sens, l'articulation de la loi et de la coutume peut être perçue comme « le signe d'une saine politique législative »², permettant à l'Etat de combler les lacunes ou de pallier les insuffisances de son propre droit. A défaut de statut personnel, les minorités amérindiennes, noires-réfugiées ou polynésiennes pourraient donc voir certaines de leurs coutumes officialisées par ce biais. Il est toutefois à noter que si cette possibilité laissée aux autorités publiques a permis de reconnaître de nombreuses coutumes professionnelles, commerciales ou rurales³, très peu de coutumes de minorités métropolitaines ou ultra-marines ont en revanche été consacrées par ce biais, signe supplémentaire des atermoiements des autorités étatiques à l'égard des minorités nationales. Ce faible succès relativise quelque peu l'intérêt pratique de la reconnaissance infra-constitutionnelle des usages locaux, mais la simple existence d'une telle possibilité laisse néanmoins ouvertes d'intéressantes perspectives pour les ordres juridiques minoritaires. Il suffirait en effet d'une volonté étatique renouvelée sur le plan politique pour que cet outil juridique retrouve toutes ses potentialités.

Ces dernières sont loin d'être négligeables. La reconnaissance d'une coutume s'apparente à une réception par le droit de l'Etat de la règle extra-étatique qui continue à évoluer de manière autonome et conserve sa propre effectivité⁴. Comme pour les statuts coutumiers, la reconnaissance des usages locaux permet de doubler leur validité au sein de leur groupe d'origine d'une positivité au sein de l'ordre juridique étatique, qui met leur application à l'abri de toute contestation. Pour le Professeur Deumier, cette technique « ne peut qu'être encouragée »⁵ puisque la coutume y gagne en certitude et en possibilité d'exécution forcée⁶. Il est vrai que la reconnaissance d'une coutume lui permet de bénéficier d'un appareil de contrainte dont elle est dépourvue dans son groupe d'origine, s'agissant tout au moins des minorités nationales ne disposant pas d'un juge propre. Dès lors, bien qu'elle demeure encadrée

¹ Ce constat est principalement fait pour les usages ruraux mais peut être généralisé à l'ensemble des coutumes minoritaires.

² DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 402.

³ Pour des exemples de ces coutumes consacrées par l'Etat, voir DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 10-12.

⁴ Il ne s'agit donc pas d'une « incorporation » des coutumes dans le droit de l'Etat, qui constitue un phénomène différent dans ses méthodes comme dans ses effets. L'incorporation ne donne pas lieu à pluralisme juridique, dans la mesure où il ne s'agit pas de l'articulation de deux règles juridiques d'origines différentes, mais de l'édiction d'une règle de droit étatique inspirée du contenu d'une règle coutumière (voir *infra*, pp. 464ss.)

⁵ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 405.

⁶ « La doctrine se doit de reconnaître cette coordination pacifique, cesser de se demander qui des deux doit l'emporter du droit spontané ou du droit délibéré et encourager son développement. Ainsi conçue, la seule victoire est celle de la règle de droit née de cette collaboration, qui bénéficie des avantages cumulés d'effectivité et de validité, de certitude et de souplesse, d'adaptation et de contrôle » (DEUMIER (Pascale), *op. cit.*, p. 406).

(§ 2), la possibilité d'une consécration infra-constitutionnelle des usages locaux (§ 1) apparaît comme un atout pour les ordres juridiques minoritaires.

§ 1. Une possibilité ouverte

Le large mouvement de codification engagé au début du XIX^e siècle s'est avéré funeste pour les usages locaux. L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII créant le Code civil est particulièrement significatif de la volonté étatique d'écarter les coutumes comme sources de droit, en disposant qu'« A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code »¹. Pour autant, le droit légal ainsi sacralisé n'a jamais été exclusif du droit coutumier, contrairement à ce qu'ont pu affirmer les Exégètes les plus radicaux. Comme l'indiquait Portalis dans son *Discours préliminaire*, « il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices »². Bien que marginalisés, les usages locaux n'en sont donc pas moins restés une source effective de droit positif.

Deux méthodes sont généralement utilisées pour reconnaître la positivité d'un usage local. La première prend la forme d'une délégation législative : la loi, entendue ici *lato sensu*, se réfère expressément aux coutumes qu'elle entend consacrer. Dans cette hypothèse, la reconnaissance est le fait du droit étatique lui-même, qui attribue directement à des règles de droit traditionnel une autorité opposable à l'ensemble de la communauté nationale. Les coutumes ainsi consacrées revêtent un caractère *secundum legem* (A). La seconde méthode fait intervenir le juge étatique qui, dans le silence de la loi, peut recourir aux usages locaux pour combler les lacunes du législateur. Il s'agit donc, dans ce cas, d'une reconnaissance jurisprudentielle de la règle minoritaire qui se trouve ainsi consacrée comme source de droit *praeter legem* (B).

A. La reconnaissance législative de coutumes *secundum legem*

La reconnaissance législative des coutumes est un procédé qui se révèle fréquemment utilisé. Les codes de droit privé comme de droit public renvoient en effet régulièrement, sous des vocables divers³, aux usages locaux dont ils reconnaissent

¹ La solution est identique pour le Code de commerce (article 2 de la loi du 15 septembre 1807) ou encore le Code de procédure civile (art. 1041).

² PORTALIS (Jean Etienne Marie), « Discours préliminaire », in FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Imprimerie de Ducasso, 1827, tome 1, p. 469.

³ Le code civil emploie indistinctement les dénominations « usages des lieux » (art. 590, 1736 ss), « usage du pays » (art. 593), « règlements particuliers et locaux » (art. 645), « règlements et usages particuliers » (art. 674), ou encore « usages constants » (art. 590, 663, 671). En revanche, le terme de « coutume » n'est pratiquement jamais utilisé, à l'exception de l'article 593 du code civil.

ainsi la validité. Les usages reconnus sont alors revêtus, par délégation de la loi, d'une valeur obligatoire dans le cadre de l'Etat. Ainsi, le Code civil se rapporte aux usages pour l'interprétation et l'application des contrats¹ ou encore pour les relations de voisinage². De nombreuses dispositions du Code rural s'en remettent également aux « usages locaux, loyaux et constants » en matière de baux ruraux³ ou de production agricole⁴. En droit public, le Code du domaine de l'Etat renvoie, pour la pratique de la chasse et de la pêche par les « communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt », aux « droits d'usage collectifs » dont l'existence a été préalablement constatée par le préfet (art. R.170-56). L'article D 34 du même code précise que « les Bonis et les tribus indiennes autochtones, à qui des droits d'usage collectifs sont reconnus sur le domaine de l'Etat, continuent à jouir de ces droits d'une manière effective et continue jusqu'à l'intervention de dispositions domaniales en leur faveur qui seront prises par décret [...]. Cette jouissance ne confère, toutefois, aux tribus qui en bénéficient aucun droit nouveau susceptible d'être opposé à l'Etat ». Il s'agit là, à l'évidence, non seulement de la reconnaissance de coutumes autochtones mais également de la consécration explicite de collectivités autochtones expressément désignées.

Les références de la loi à la coutume sont donc nombreuses, bien que la technique de la délégation législative soit de moins en moins utilisée en raison de l'intervention croissante, voire omniprésente, de l'Etat-providence. Cette désaffection n'a toutefois pas conduit à l'abrogation des renvois légaux existants. Les multiples exemples qui perdurent traduisent la préférence du législateur de renvoyer aux collectivités particulières pour la détermination de règles adaptées à leurs besoins propres, plutôt que de légiférer vainement sur chaque spécificité. Plus qu'une référence à la coutume, « c'est une véritable délégation de pouvoir faite par le législateur aux communautés particulières, auxquelles il appartient désormais d'établir les règles sur ces matières »⁵. Le Professeur Assier-Andrieu remarque avec ironie que cette délégation législative aux usages locaux, initiée dans le Code civil, instaure une contradiction juridique évidente : « Dans le texte même qui a nourri plusieurs décennies de

¹ D'après l'article 1135, « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Aux termes de l'article 1159, « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ». Enfin, l'article 1160 dispose qu'« On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Ces dispositions pourraient permettre aux usages des différentes minorités métropolitaines d'accéder à la positivité, mais cette perspective est plus incertaine s'agissant des coutumes des collectivités autochtones, qui ignorent souvent les procédés contractuels modernes.

² Par exemple, l'article 671 du Code civil prévoit qu'il n'est permis d'avoir des arbres et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règles de droit écrit ou par les usages constants et reconnus.

³ Art. L 417-2, L 417-12, L 441-3, L 462-8, R 461-7, R 462-2.

⁴ Art. L 641-19, L 641-20, L 651-2, L 651-6, L 651-7.

⁵ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 402.

positivisme légal se trouve contenue la négation de l'absolutisme de la loi. En admettant l'empire de l'usage, le Code civil projetait hors de ses propres limites les contours du droit applicable et rétablissait l'esprit d'une diversité coutumière dont [l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII] prononçait précisément l'abrogation »¹.

Cette « confirmation de l'usage par la loi »² n'est pas sans générer de divergences doctrinales. Les administrativistes qui se sont penchés sur la question des coutumes *secundum legem* affirment généralement qu'une fois consacrée par la loi, la coutume cesse d'avoir la qualité de source formelle de droit. Ainsi, pour Hauriou, « en ce qui concerne la coutume, la loi, dans notre droit français, se l'est subordonnée en la frappant totalement d'inefficacité [...]. Il y a des dispositions de loi qui se réfèrent à des usages, alors ces usages peuvent être appliqués par le juge, mais en vertu de la loi »³. Dans le même sens, Carlo Girola affirme que « quand une coutume en droit public aussi bien qu'en droit privé, est mentionnée par une loi, il va de soi [sic] que c'est toujours celle-ci et elle seule qui confère à la coutume sa valeur. On peut dès lors dire sans se tromper que la coutume est une source indirecte ou médiate de droit, en tant qu'elle n'a de valeur que si une loi la rappelle »⁴. Prenant le contre-pied de ces affirmations, la plupart des civilistes estiment que la coutume, même confirmée par la loi, doit être considérée comme une source de droit autonome. Ainsi, pour le Professeur Lefebvre, « on pourrait prétendre que ce ne sont pas là des coutumes proprement dites, puisqu'elles sont consacrées par le législateur. En y regardant de plus près, on s'aperçoit que tous ces textes renvoient simplement aux usages sans les énumérer [...]. Ces usages auxquels le législateur renvoie n'en continuent donc pas moins à faire partie du droit coutumier puisqu'ils n'ont pas fait l'objet d'une codification »⁵. Des auteurs tels que les Professeurs Gén⁶ ou Carbonnier⁷ adoptent également cette position.

La jurisprudence judiciaire comme la jurisprudence administrative ont consacré le point de vue des privatistes : de manière générale, les usages consacrés par le

¹ ASSIER-ANDRIEU (Louis), « Usage local, usage légal : lecture sociologique d'une frontière du droit », in ASSIER-ANDRIEU (Louis) dir., *Une France coutumière. Enquête sur les usages locaux et leur codification (XIX^e - XX^e siècles)*, Paris, Ed. du CNRS, 1990, p. 24.

² Selon l'expression de TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 199.

³ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, p. 567.

⁴ GIROLA (Carlo), « Les coutumes constitutionnelles », in *Mélanges François Gén⁶*, tome 3, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 10.

⁵ LEFEBVRE (Maurice), *La coutume comme source formelle de droit en droit français contemporain*, thèse de doctorat, Université de Lille, 1906, p. 81.

⁶ Gén⁶ parle « des points de détail dont le législateur abandonne le règlement à la coutume » (GENY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 378).

⁷ CARBONNIER (Jean), *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, Coll. Thémis, 26^{ème} éd., 1999, p. 150.

législateur sont appréhendés par le juge indépendamment de la loi qui les confirme ¹. Comme l'indique le Professeur Teboul, le juge « se comporte comme si le législateur avait souhaité laisser le corps social au sein duquel l'usage se déploie, s'organiser librement ; en somme, il rend sa décision en faisant comme si le législateur avait donné compétence au groupe social pour établir, à l'aide de l'usage, les règles de droit qui régissent ses membres » ². Si l'applicabilité de la coutume *secundum legem* dans l'ordre juridique étatique dépend de l'intervention préalable du législateur, cette délégation ne porte donc pas pour autant atteinte à sa qualité de source formelle de droit. La confirmation d'une coutume par le législateur n'est pas une condition de son existence ; même positivée par la loi, elle conserve sa validité interne et sa faculté d'évolution propre, en dépit de ce que qu'affirme la majorité de la doctrine ³. Un constat identique peut être fait pour les coutumes *praeter legem* consacrés par le juge.

B. La reconnaissance jurisprudentielle de coutumes *praeter legem*

Dans le silence de la loi, le juge est autorisé à recourir à des normes coutumières susceptibles de la compléter. Cette vocation des coutumes à fournir les règles positives en l'absence de prescription légale a été expressément reconnue par les rédacteurs du Code civil. Comme l'indiquait Portalis dans son *Discours préliminaire*, « quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité [...]. Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus, ou à l'équité universelle, à défaut de tout usage » ⁴. Ainsi, les codifications napoléoniennes qui ont systématiquement abrogé les coutumes antérieures sur les matières désormais réglées par le législateur, ont néanmoins maintenu la vocation de ces coutumes à intervenir sur les questions non légiférées. De

¹ L'idée selon laquelle l'usage confirmé par la loi conserve sa vie propre apparaît clairement dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Tricot sur l'arrêt CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la Région de Provence*, Dalloz, jurisp., 1958, p. 656.

² TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 238. Dans le même sens, voir GENY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 378 ; MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre), *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, tome 1, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1972, p. 205.

³ Même des auteurs comme le Professeur Teboul, qui ont consacré la plupart de leurs travaux à la coutume, affirment qu'une coutume n'est valide que si elle expressément reconnue par l'Etat. Il est vrai que le Professeur Teboul prône une conception du droit de plus en plus normativiste au fur et à mesure de ses articles. Voir TEBOUL (Gérard), « La coutume, source formelle de droit en droit administratif », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 97-110 ; « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle de droit », *RDP*, 1993, pp. 939-948 ; « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP*, 1998, pp. 691-713.

⁴ PORTALIS (Jean-Etienne-Marie), « Discours préliminaire », in FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Imprimerie de Ducassois, 1827, Vol. 1, pp. 474-475.

ce fait, le Professeur Teboul considère que la « fonction essentielle » de l'usage est précisément de compléter la loi ¹.

La compétence du juge en matière d'usages locaux se justifie notamment par l'article 4 du Code civil. En obligeant le juge à statuer dans le silence ou l'obscurité de la loi, cette disposition impose en effet qu'à défaut de texte précis, le juge recherche et applique les coutumes. Afin d'éviter l'écueil du déni de justice, les tribunaux se sont donc engagés dans la voie de la reconnaissance de la coutume *praeter legem*. Si le juge administratif est parfois amené à dégager des règles coutumières ², ce rôle est plus logiquement celui du juge judiciaire. La jurisprudence civile a ainsi pu s'en remettre à de nombreux usages *praeter legem* en matière commerciale ³ mais également en matière religieuse ⁴. En 1971, la Cour de Cassation a ainsi jugé que le caractère *casher* d'une viande devait être considéré en droit positif comme une qualité substantielle de la marchandise pour les acheteurs de confession juive ⁵. En 1992, la Cour d'appel d'Orléans s'est référée à « des pièces émanant de diverses autorités religieuses islamiques » pour autoriser le changement du prénom du requérant, au regard de la règle islamique imposant aux croyants le port d'un prénom musulman pour pouvoir effectuer leur pèlerinage à la Mecque ⁶. En 1994, la Cour de Cassation a confirmé la sanction d'un homme de confession israélite qui n'avait pas rempli l'obligation, propre à la religion juive, de remettre à son ex-épouse une lettre de répudiation du « Gueth » à défaut de laquelle celle-ci ne pouvait se remarier religieusement ⁷.

¹ TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 102.

² Le Professeur Teboul donne plusieurs exemples de coutumes *praeter legem* dégagées par le juge administratif, qui constituent essentiellement des usages commerciaux (CE, 8 juillet 1927, *Lecamus, Leb.*, p.765) ou d'entreprise (CE, 28 avril 1982, *SA X, Droit fiscal*, 1982, n° 1876, concl. Schricke). Voir TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, pp. 105-111.

³ La jurisprudence en matière d'usages commerciaux est généralement ancienne (voir notamment Cass. civ., 26 mai 1868, *Sirey*, 1869, I, p. 33 ; Cass. req., 30 décembre 1879, *Sirey*, 1880, I, p. 199). Les exemples récents sont plus rares. Dans un arrêt du 14 octobre 1987, le tribunal de grande instance de Paris a estimé qu'il était de pratique constante que les organisateurs de matches de football se réservent le droit d'en monnayer la diffusion : cette pratique constitue un usage créateur de droit dont la transgression par la diffusion d'un match sans l'accord du club constitue un trouble manifestement illicite (TGI Paris, 14 octobre 1987, *Dalloz*, 1988, p. 558, note Azéma, Garagnon et Reinhard).

⁴ A cet égard, voir MOUTOUH (Hugues), *Recherche sur un droit des groupes en droit public français*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 1997, pp. 502-510.

⁵ Cass. crim., 21 juillet 1971, *Bull. crim.*, n° 234, p. 572.

⁶ CA Orléans, 23 janvier 1992, *JCP*, 1993, II, 22065, note E. De Monredon. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a autorisé le changement de prénom d'une femme juive, en prenant en considération la règle religieuse en vertu de laquelle une femme doit porter un prénom hébraïque pour pouvoir transmettre l'identité juive à ses enfants (CA Paris, 26 septembre 1996, *LPA*, 2 juin 1997, n° 66, p. 17, note G. Yamba).

⁷ La Cour considère que le refus du mari constitue une faute au regard de l'article 1382 du Code civil, dans la mesure où ce refus cause à son ex-femme un préjudice (Cass. civ. 2^{ème}, 12 décembre 1994, *Bull.*, II, n° 262, p. 152). Cette jurisprudence confirme des arrêts antérieurs (Cass. civ. 2^{ème}, 13 décembre 1972, *Dalloz*, jurispr., 1973, p. 493, note Larroumet ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1985, *JCP*, 1987, n° 20, p. 728, note E. Agostini. ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 juin 1988, *JCP*, 1989, n° 21, p. 223, note M.-L. Moran-

Les coutumes consacrées dans ces exemples ne sont pas celles de minorités nationales, mais ouvrent pour ces dernières des perspectives intéressantes. En effet, rien ne semble interdire que des règles traditionnelles créant des obligations là où la loi n'impose rien, puissent accéder à la positivité¹ : ainsi pourrait-il en être, pour les minorités noires-réfugiées de Guyane, du rôle particulier dévolu à l'oncle maternel, des procédures spécifiques de demande en mariage ou encore de la nécessité de raccompagner l'épouse divorcée chez ses parents². Si l'on se fonde sur l'arrêt précité du 12 décembre 1994, un Noir-Réfugié qui refuserait de raccompagner son ex-épouse chez ses parents pourrait se voir sanctionné par le juge, s'il était prouvé qu'il a abusé de la prérogative que lui accorde le droit commun de ne pas remplir cette obligation coutumière. Il ne pourrait toutefois pas être condamné à la raccompagner ; sa sanction se limiterait à des dommages-intérêts. Il est toutefois à noter que la violation d'une coutume *praeter legem* ne saurait donner ouverture à cassation. En cela, la coutume *praeter legem* se distingue non seulement de la loi dont l'application par les tribunaux est soumise au contrôle de la Cour suprême, mais aussi de la coutume *secundum legem* dont la méconnaissance peut donner lieu à un pourvoi en cassation. En effet, la Cour de cassation censure la mauvaise application ou le refus d'application de l'usage quand la loi en prescrit l'application³ mais elle se refuse à contrôler l'existence de l'usage et son interprétation par les juges du fond⁴.

Ces perspectives de reconnaissance de nouvelles coutumes *praeter legem* sont toutefois limitées, du fait de l'extension de la législation. La multiplication des textes en tous domaines réduit d'autant les possibilités du juge d'être confronté à un vide juridique et de devoir alors recourir à un usage *praeter legem*⁵. Dans ce contexte, la délégation législative reste le moyen le plus sûr de reconnaissance d'une coutume en tant que droit positif. Ce constat est quelque peu décevant, dans la mesure où la technique de la consécration jurisprudentielle suscite beaucoup moins d'opposition doctrinale que celle de la délégation législative. En effet, la coexistence entre la coutume *praeter legem* et la loi est dépourvue de la moindre incidence juridique,

çais-Demeester ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 novembre 1990, *Dalloz*, jurisp., 1991, p. 434, note E. Agostini). Il faut toutefois préciser que les tribunaux confrontés à la violation d'une coutume *praeter legem* n'imposent pas l'exécution de l'obligation coutumière par une condamnation sous astreinte. Ainsi, la Cour de Cassation considère que la délivrance du Gueth « constitue une simple faculté relevant de la liberté de conscience et dont l'abus ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts » (Cass. civ. 2^{ème}, 21 novembre 1990, *précit.*)

¹ En ce sens, voir VIMON (Jack), « Assimilation et dédoublement des ordres normatifs : le cas des Amérindiens de Guyane française », in CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin) dir., *1946-1996 : Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, l'Harmattan, 1997, p. 444.

² Ces exemples de coutumes sont donnés in LARRIEU (Jacques), « La place des usages et des coutumes dans l'ordre juridique national », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, p. 43.

³ Cass. soc., 10 juin 1970, *Bull.*, n° 400, p. 325.

⁴ Cass. soc., 24 mars 1988, *Bull.*, V, n° 222, p. 144.

⁵ En ce sens, voir TERRE (François), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, p. 239.

puisqu'il n'y a pas de rencontre entre les deux règles de droit mais bien partage de leurs champs d'application. Dans leur grande majorité, les auteurs s'accordent à admettre que la coutume *praeter legem*, malgré l'absence de tout appui législatif, constitue une source autonome de droit¹. Comme la coutume *secundum legem* préexiste à la loi, la coutume *praeter legem* préexiste à la sanction judiciaire². Elle lui survit également : qu'une juridiction étatique ait accepté ou refusé de consacrer un usage n'a de valeur que pour le seul litige. Ainsi, une coutume condamnée par la jurisprudence n'est pas pour autant dénuée de valeur juridique. Bien que son obéissance en souffre, son existence et sa force obligatoire perdurent dans le groupe dont elle constitue la règle. Le refus de la sanction judiciaire devra seulement s'interpréter comme l'absence de positivité de la coutume en cause, c'est-à-dire l'impossibilité pour cette règle particulière de produire des effets dans l'ordre juridique étatique³. Ce constat conduit à réfuter la théorie interprétativiste qui tend à considérer le juge comme le seul véritable créateur de droit⁴. Les tenants de cette théorie supposent en effet que la coutume (comme la loi) se retrouve dans un rapport de subordination par rapport au juge, ne pouvant recevoir la qualité de norme que par le biais de son interprétation judiciaire. Les normes coutumières relèveraient ainsi du simple fait avant d'être « créées » par le juge⁵, ce qui est ici démenti : si le juge, en consacrant une coutume *praeter legem*, lui confère de ce fait une positivité dans l'ordre juridique étatique, il n'est pas pour autant à l'origine de sa juridicité. Même si la doctrine interprétativiste est ainsi écartée, il n'en demeure pas moins que le juge joue un rôle central dans la reconnaissance infra-constitutionnelle des règles de droit traditionnel. Ce rôle s'exerce toutefois dans un cadre juridique rigoureux.

¹ AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2004, p. 116 ; LARROUMET (Christian), *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, tome 1, Paris, Economica, 4^{ème} éd., 2004, p. 186 ; TERRE (François), *op. cit.*, p. 238.

² En ce sens, et ne pouvant être soupçonné de favoritisme à l'égard de la coutume, Hans Kelsen indique que « la relation entre organes d'application du droit, en particulier les tribunaux, et normes du droit coutumier n'est pas différente de la relation entre ces mêmes organes et les normes du droit législatif » (KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, p. 229).

³ DEUMIER (Pascal), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 254.

⁴ Ainsi, pour le Professeur Troper, « le juge crée la norme coutumière comme il crée la norme législative » (TROPER (Michel), « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, n° 3, 1986, p. 21).

⁵ Ce raisonnement est suivi par de nombreux auteurs. Ainsi, pour le Professeur Teboul, une norme coutumière se forme en trois temps : « - dans un premier temps, un usage se forme au sein d'un groupe social. Il s'agit d'un élément de pur fait qui peut faire l'objet d'un constat ; - dans un deuxième temps, cet usage s'enracine à l'intérieur du groupe social en sorte que les membres qui composent ce groupe le tiennent pour obligatoire [...]. Le comportement se trouve ainsi normé, étant entendu qu'à ce stade, cette norme n'est pas juridique ; - dans un troisième temps, une norme, pourvue d'une validité qui appartient à l'ordre juridique unitaire, communique sa validité à la norme (non juridique) qui a pris naissance, conformément à ce qui vient d'être indiqué, dans le cadre du groupe social » (TEBOUL (Gérard), « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDJ*, 1998, pp. 693-694).

§ 2. Une possibilité encadrée

D'après le Professeur Perelman, certaines normes juridiques à l'image des règles coutumières rappellent davantage des « partisans sans uniforme » que des « soldats de l'armée régulière »¹. Cette distinction métaphorique est révélatrice de la difficulté d'intégrer les normes de droit traditionnel dans un ensemble juridique unitaire parfaitement hiérarchisé. De fait, la consécration de ces normes « maquisardes » par la loi ou par le juge de l'Etat intervient dans un cadre précis, tant au niveau de ses conditions qu'au niveau de ses conséquences. S'agissant des conditions, il va de soi que l'intégration des coutumes parmi les sources du droit positif ne peut se faire que dans le respect des critères formels et matériels posés par l'ordre juridique étatique. En ce sens, la reconnaissance par la loi ou par le juge de la positivité de normes produites par des collectivités extra-étatiques est conditionnée (A). S'agissant des conséquences, la doctrine comme la jurisprudence a longtemps hésité quant à la valeur juridique à attribuer aux règles traditionnelles. La question se pose à l'évidence en des termes différents selon la technique de reconnaissance utilisée : les usages reconnus jouiront d'une force juridique différente dans l'ordre juridique étatique s'ils sont consacrés par la Constitution, par la loi² ou par le juge (B).

A. La positivité conditionnée des usages reconnus

Le législateur et le juge disposent, de prime abord, d'un pouvoir discrétionnaire en matière de reconnaissance d'usages locaux. Discrétionnaire mais non arbitraire. Certains usages ne pourront être validés s'ils ne satisfont pas aux conditions nécessaires à leur reconnaissance ou à leur application par les autorités étatiques. Sur le plan formel, d'une part, cette conditionnalité soulève la question des coutumes obscures, dont la mise en œuvre par les autorités administratives ou juridictionnelles suscite d'évidentes difficultés pratiques (1). Sur le plan matériel, d'autre part, se pose la question des coutumes *contra legem*, dont la consécration est rendue problématique du fait de leur contrariété avec le droit de l'Etat (2).

1. Le cas des coutumes obscures

Au regard du mode de transmission et de la diversité des règles coutumières, il arrive fréquemment que leur contenu ne soit pas connu avec précision. Pendant longtemps, cette difficulté a incité le juge étatique à écarter l'application des coutumes obscures au mépris de la loi, voire de la Constitution. Ainsi, jusqu'au début des années

¹ PERELMAN (Châïm), « A propos de la règle de droit. Réflexions de méthode », in PERELMAN (Châïm) dir., *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 316.

² La « loi » est encore entendue ici dans son acception *lato sensu*, englobant les actes du Parlement comme ceux du pouvoir exécutif.

1990, les juridictions de droit commun en Nouvelle-Calédonie contournaient l'article 75 de la Constitution par la mise en œuvre de différentes techniques juridiques qui leur permettaient de ne pas appliquer les coutumes relevant pourtant du statut coutumier. La première de ces techniques consistait, pour le juge, à se déclarer incompetent *ratione personae* et à renvoyer le plaideur devant l'autorité coutumière, considérée comme son juge naturel dans une société marquée par une logique de « développement séparé »¹. Ce recours abusif à la déclaration d'incompétence, sanctionné par la Cour de Cassation en 1991², visait à inciter les justiciables à renoncer à leur statut coutumier s'ils voulaient être entendus en justice. Une telle renonciation commandée par la perspective du procès conduisait toutefois à marginaliser les individus qui s'y soumettaient : les renonçants pouvaient être chassés de leur tribu pour avoir commis un acte que la société kanake percevait comme attentatoire aux valeurs traditionnelles. Une deuxième technique, plus subtile, consistait pour le juge à appliquer d'office le droit commun, sans pour autant que le plaideur ait renoncé à son statut particulier. Ainsi, une personne de statut particulier pouvait voir sa requête tranchée dans les termes du droit commun dès lors que l'autre partie ne soulevait pas l'incompétence de la juridiction qui en déduisait qu'il y avait là l'exercice d'une option tacite de législation. Cette solution médiane avait pour objectif d'éviter au plaideur mélanésien d'avoir à changer de statut pour pouvoir agir en justice : en incitant les parties à solliciter d'un commun accord l'application du droit civil et à renoncer par là même à se prévaloir d'une coutume que la juridiction n'était pas à même de connaître et donc d'appliquer, cette solution permettait d'éviter de renvoyer systématiquement le plaideur devant les autorités coutumières officieuses. Ce traitement judiciaire, qui s'apparentait à un déni de justice, se voulait moderniste en poussant les citoyens de statut particulier à opter pour le droit commun relayé par les juridictions de la République. Cette stratégie s'appuyait sur des justifications « éthiques » partant du constat que le droit coutumier était souvent contraire aux principes d'ordre public et rarement conciliable avec les valeurs républicaines. De fait, cette attitude contestable du juge avait provoqué *de facto* le déclin du droit traditionnel kanak. Ce déclin a pu être enrayé dans les années 1990 grâce à la mise en place des

¹ Cette jurisprudence avait été initiée en 1933 : « les litiges dans lesquels des indigènes seuls sont intéressés échappent à la connaissance des tribunaux français et ressortissent du service des affaires indigènes ; [...] il y a lieu, en conséquence, de renvoyer les parties devant leurs juges naturels » (CA Nouméa, 19 septembre 1933, *Penant*, 1934, I, p. 86). Plus récemment, voir CA Nouméa, n° 167, 23 novembre 1987, *Gnibekan c. Kate*, *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, p. 477, note G. Orfila : saisie d'un litige relatif à la rupture de relations concubinaires, la Cour d'appel s'est déclarée incompétente au regard du statut particulier des parties et a donc renvoyé l'affaire devant les autorités coutumières. La cause semblait également entendue pour la doctrine : ainsi, en 1966, le Professeur Luchaire affirmait que « [les Canaques] s'adressent aujourd'hui de plus en plus aux tribunaux de droit commun qui, en l'absence d'autres textes, doivent appliquer le droit commun » (LUCHAIRE (François), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1966, p. 290).

² La Cour de Cassation était saisie de l'affaire *Gnibekan c. Kate* précitée et a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Nouméa, indiquant que les juridictions de droit commun ne pouvaient se déclarer incompétentes *ratione personae* (Cass. civ. 2^{ème}, 6 février 1991, *Bull.*, II, n° 44).

juridictions avec assesseurs coutumiers, ces derniers facilitant la connaissance et, par suite, le respect des règles traditionnelles ¹.

La présence des assesseurs coutumiers n'a toutefois pas fait disparaître la question des coutumes obscures. De fait, en dehors du refus désormais sanctionné de faire application des règles coutumières *secundum legem*, l'interrogation essentielle soulevée par l'application des ordres juridiques minoritaires par le juge étatique est de savoir si ce dernier pérenniserait le droit traditionnel en appliquant ses dispositions en l'état, ou s'il le trahirait en modifiant insidieusement le contenu par le biais de son pouvoir d'interprétation. Comme le fait remarquer le Professeur Agniel, un « filtrage » de la coutume par l'institution judiciaire est toujours possible ². En effet, le juge peut ne voir en la coutume qu'une règle imprécise, qu'il doit faire coïncider au mieux avec les principes et les valeurs qui lui paraissent essentiels : dès lors, « au lieu de permettre l'émergence de la règle coutumière, il la réinterprète par référence au système juridique dans lequel il a été formé » ³. Des recherches menées dans des Etats *a priori* favorables aux droits autochtones laissent redouter l'usage de ce procédé ⁴ qui révèle sans ambiguïté la surdétermination du juge étatique ⁵. De manière similaire, le juge français, même assisté d'assesseurs coutumiers, pourrait contribuer à une réinterprétation des coutumes à la lumière du droit commun. C'est précisément ce que tend à montrer M. Lafargue au terme d'une étude approfondie de la jurisprudence des juridictions de Nouvelle-Calédonie composées de magistrats et d'assesseurs coutumiers ⁶. D'après ce magistrat qui a été en poste à Nouméa, l'échevinage de ces juridictions contribue à l'adoption de « solutions nécessairement fondées sur le compromis et l'équilibre entre des principes hétérogènes, parfois irréductibles. De cette confrontation naît [...] un droit jurisprudentiel inspiré des normes traditionnelles, mais nécessairement modernisé puisque réapproprié par les juridictions qui

¹ Sur les assesseurs coutumiers, voir *infra*, pp. 204ss.

² AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Actes du premier colloque de l'Association Française d'Anthropologie du Droit, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 66.

³ *Ibid.*

⁴ Ainsi, l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur le droit des Autochtones semble montrer que la reconnaissance de ces droits légitimerait surtout le système juridique importé par les Britanniques en Amérique du Nord. Sur ce point, voir BISSONNETTE (Alain), « Le juge canadien et son interprétation des droits des peuples autochtones », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 459-491.

⁵ Le concept de surdétermination désigne, dans une société donnée, l'influence des valeurs dominantes sur la production et l'interprétation des règles de droit : le législateur, le juge, l'administration mais aussi le justiciable seraient ainsi soumis à des « contraintes qui découlent, pour la production du droit – et plus particulièrement pour son application et son interprétation – de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif » (LAJOIE (Andrée), « La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales », *RIEJ*, n° 42, 1999, p. 75). Sur ce concept, voir également TIMSIT (Gérard), « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, pp. 39-75 ; TIMSIT (Gérard), *Les noms de la loi*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991, pp. 151-179 ; LAJOIE (Andrée), « Surdétermination », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Thémis, 1998, pp. 85-92.

⁶ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, 208 p.

l'élaborent. C'est une reconstruction jurisprudentielle du droit traditionnel »¹. De fait, les tribunaux locaux ont modéré la portée de certaines règles coutumières engendrant des abus manifestes², étendu l'application de la coutume à des domaines où elle n'intervenait pas traditionnellement³, et même conçu de nouveaux droits coutumiers afin de prendre en compte les réalités sociales de la vie moderne⁴. Cette approche pragmatique a engendré une évolution jurisprudentielle de la coutume kanake qui permet certes de moderniser le droit traditionnel mais participe également à son acculturation. De fait, en usant ainsi de son pouvoir d'interprétation, « le juge risque alors de devenir un faussaire de la coutume »⁵ et d'apparaître « non comme l'utilisateur institutionnalisé de la règle coutumière, mais comme son incontournable transcripateur »⁶. L'attitude du juge face aux coutumes *contra legem* pourrait bien confirmer ces craintes.

2. Le cas des coutumes *contra legem*

Dans la mesure où le droit traditionnel des minorités nationales et le droit de l'Etat relèvent de cultures juridiques différentes, il est toujours possible que certaines de leurs règles soient antinomiques. Les exemples les plus significatifs de ces conflits

¹ LAFARGUE (Régis), *op. cit.*, p. 11. M. Lafargue qualifie ce « droit jurisprudentiel » de « coutume judiciaire » mais cette appellation paraît peu appropriée, dans la mesure où il s'agit de désigner une coutume extra-étatique réinterprétée par le juge, non une coutume créée par le juge et dont il serait l'usager (à l'exemple de la coutume constitutionnelle ou de la coutume administrative).

² En témoigne l'affaire *Trutrune* où la mère faisait un usage manifestement abusif de son droit coutumier d'interdire la reconnaissance par le père de son enfant naturel (CA Nouméa, n° 140, 5 juin 2000, *Trutrune*).

³ Le droit traditionnel kanak ne reconnaît pas la famille naturelle car l'union libre contrevient à l'autorité clanique ; la question ne fait donc pas partie des matières régies par la coutume. Or, dans les années 1990, les juridictions de Nouvelle-Calédonie ont interprété les coutumes existantes de manière extensive, afin de pouvoir étendre leur application à la famille naturelle. Ainsi, le juge a fait sortir le droit traditionnel de son cantonnement matériel, en indiquant les règles applicables au droit de garde ou à l'obligation d'entretien d'un enfant naturel. Pour une analyse de la jurisprudence sur le statut de la famille naturelle, voir LAFARGUE (Régis), *op. cit.*, pp. 109-115. Il est à noter que cette solution jurisprudentielle inédite n'a pas été appliquée aux litiges impliquant des justiciables de statut particulier wallisien ou futunien : en ce qui les concerne, la jurisprudence a affirmé l'application du droit commun en matière de famille naturelle (voir notamment CA Nouméa, arrêt n° 244, 10 juillet 1995, *Matakualiki c. Tuamasaga* ; CA Nouméa, arrêt n° 262, 22 juillet 1996, *Seuva c. Selui*). Cette solution, contradictoire avec celle appliquée en Nouvelle-Calédonie, évite d'avoir à saisir la juridiction avec assesseurs coutumiers prévue pour Wallis et Futuna par un arrêté de 1978 mais qui n'a jamais été mise en place (voir *infra*, p. 200).

⁴ Ainsi, les juridictions de Nouvelle-Calédonie ont créé les droits individuels de créance sur le groupe.

⁵ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 536.

⁶ AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Actes du premier colloque de l'Association Française d'Anthropologie du Droit, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 66. Régis Lafargue nuance toutefois ces critiques en indiquant que « ces exemples d'affaiblissement de la coutume ne remettent pas en cause l'autorité ni la légitimité de cette dernière. C'est en quelque sorte comme si la société traditionnelle représentée par ses assesseurs coutumiers tolérait des intrusions du droit commun dans des circonstances où la solution en équité le commande » (LAFARGUE (Régis), *op. cit.*, p. 142).

sont probablement la polygamie et la répudiation pratiquées à Mayotte, le droit de se marier dès treize ans dans certaines tribus amérindiennes de Guyane, la punition de certains délits et crimes par des coups de bâton en Nouvelle-Calédonie ou encore le fait de considérer, lors de la naissance de jumeaux de parents kanaks, que seul le second né est l'enfant du couple. Ces règles qui bénéficient d'une réelle effectivité dans leur groupe d'origine¹ heurtent à l'évidence les principes du droit français. Ils peuvent en cela choquer les esprits légalistes (et, dans certains cas, humanistes) mais il faut toutefois préciser qu'ils restent quantitativement très rares. De fait, on dénombre très peu d'usages contraires aux actes législatifs, légèrement plus en contrariété avec des actes réglementaires, ces cas soulevant la même question du conflit de deux ordres juridiques. Un tel conflit peut prendre plusieurs formes. Dans certains cas, une coutume existante résiste à la condamnation du législateur. Dans d'autres cas, un usage contraire s'est constitué ultérieurement à la loi, devenue inadaptée. Enfin, il se peut qu'une loi entre formellement en vigueur mais reste sans effet, ses dispositions n'étant pas suivies par les individus qu'elle est censée concerner. Dans les trois cas, la loi se trouve *de facto* supplantée par une coutume considérée comme mieux adaptée par le groupe qui l'applique².

Ainsi, en dépit de leur condamnation constante et quasiment unanime par la doctrine positiviste³, on observe en pratique le maintien, voire la formation de règles traditionnelles *contra legem*. A en croire le Professeur Ehrlich, « la question de savoir si nous pouvons considérer comme juridique une norme socialement valide mais qui viole une interdiction posée par l'État est une question de pouvoir social. La question décisive à cet égard est de déterminer si cette norme dégage ou non le sentiment particulier aux normes légales, l'*opinio necessitatis* »⁴. En effet, dès lors qu'elles génèrent dans leur groupe d'origine la conviction qu'elles constituent du droit, ces coutumes sont valides au sein de ce groupe. Elles sont ainsi à l'origine d'un pluralisme juridique extra-étatique qui a toutes les chances de le rester, dans la mesure

¹ Le constat en est fait par BUSSEREAU (Dominique), DOSIERE (René), *La mise en place des institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Rapport d'information n° 3222, Ass. nat., 9 juillet 2001, p. 67.

² Se pose alors la question de la « désuétude » de la loi. La désuétude est originellement un mode d'extinction propre au droit coutumier ; ce n'est que par extension que le terme est appliqué à la loi, pour désigner un « texte désuet, formellement en vigueur mais devenant politiquement inapplicable » (CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, v° « Désuétude »). Dans cette hypothèse, la validité formelle de la loi s'oppose alors à son effectivité.

³ Pour la doctrine privatiste, voir AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2004, pp. 115-116. Sur la position de la doctrine administrativiste, voir TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, pp. 161-165. Le Doyen Carbonnier nuance toutefois cette hostilité générale à l'égard de la coutume *contra legem*, en affirmant que « Dans la désuétude ainsi que dans la coutume, des forces sociales vives sont à l'œuvre, en dehors des formes juridiques officielles ; n'y a-t-il pas un entêtement irréaliste à leur dénier le pouvoir, à de créer, ici de détruire ? » (CARBONNIER (Jean), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 140).

⁴ EHRlich (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 170, traduction libre.

où la contrariété de ces normes minoritaires avec le droit étatique rend improbable leur reconnaissance par la loi ou le juge. Si leur juridicité n'est pas remise en cause du fait de leur effectivité au sein d'une minorité nationale, les coutumes *contra legem* sont en revanche théoriquement condamnées à être dépourvues de positivité dans l'ordre juridique étatique¹. Les juges administratifs et judiciaires se rejoignent sur ce point : ils ne nient pas l'existence de coutumes *contra legem* mais refusent en principe d'en faire application². Selon la jurisprudence, une coutume n'a donc ni le pouvoir de déroger à la loi, ni celui de l'abroger par désuétude³.

Il n'existe dès lors qu'une seule hypothèse dans laquelle le juge pourrait appliquer une coutume *contra legem* : celle de la reconnaissance préalable de cette coutume par la loi. Cette situation est à l'évidence improbable mais pas impossible⁴. Il peut en effet arriver au législateur de consacrer une coutume *contra legem*⁵. Ainsi, une loi du 12 avril 1941 a chargé le Comité interprofessionnel du vin de Champagne « d'assurer le respect des usages loyaux et constants », fussent-ils contraires à la loi⁶. En 1970, le Conseil d'Etat a été saisi par ce Comité interprofessionnel d'un litige qui portait précisément sur l'application d'un usage permettant à l'acheteur de vérifier l'état et la qualité du raisin⁷. Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Braibant a estimé à juste titre qu'il s'agissait d'un usage contraire à l'article 1583 du Code civil⁸ ; par suite, son applicabilité au litige en cause ne résulte que de sa confirmation par la loi de 1941. Un autre exemple peut être donné avec l'article 521-1 alinéa 3 du

¹ SALAH (Mohamed), « L'usage *contra legem* », *LPA*, 8 novembre 1991, p. 6.

² Il s'agit d'une jurisprudence ancienne et constante pour les deux ordres de juridiction. Voir l'arrêt de principe Cass. civ., 7 mai 1839, *Sirey*, 1839, 1, p. 353 : « il est constant que la Cour de cassation dont le devoir est de veiller à l'exacte application de la loi et de la maintenir, ne peut annuler un arrêt qui s'est conformé littéralement à son texte, pour faire prévaloir sur ce texte clair et précis un usage et une jurisprudence qui n'y seraient pas conformes ». Dans le même sens, voir CE, 1^{er} décembre 1849, *Syndicat de la digue de Balafray, Leb.*, p. 675. Sur la position du juge administratif face à l'usage *contra legem*, voir TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 165-170.

³ Encore récemment, le juge administratif a écarté l'application d'un usage *contra legem* qui faisait pourtant l'objet d'une pratique constante du Ministère de l'Intérieur (CE, 10 mars 2006, *Commune de Houlgatte*, mai 2006, p. 25, note G. Eeckert ; *AJDA*, 2006, p. 751, note J.-D. Dreyfus).

⁴ Les seuls systèmes juridiques reconnaissant officiellement les coutumes *contra legem* sont le droit foral de Navarre et le droit canonique. Ainsi, le Code foral de Navarre applicable dans le pays basque espagnol pose une hiérarchie des sources de droit faisant prévaloir la coutume, jugée plus respectueuse des particularismes régionaux que le droit étatique ; dès lors, même si elle est contraire à la loi, toute coutume qui n'est contraire ni à la morale ni à l'ordre public prime le droit écrit. S'agissant du droit canonique, les articles C.24 et suivants du Code de droit canonique de 1983 disposent que la coutume, si elle est raisonnable et prescrite par trente ans, l'emporte sur la loi. Voir GAUDEMET (Jean), « La coutume en droit canonique », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, tome 52, 1989, pp. 41-61.

⁵ Cette consécration donnera alors lieu à des antinomies au sein du système juridique étatique. Voir *infra*, pp. 470ss.

⁶ Loi du 12 avril 1941, *JORF*, 16 avril 1941, p. 1634.

⁷ CE, 20 février 1970, *SA Moët et Chandon, Leb.*, p. 126.

⁸ Concl. non publiées, citées in TEBOUL (Gérard), *op. cit.*, p. 213. L'article 1583 du Code civil précise que la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

Code pénal : l'article 521-1 du Code pénal punit tout acte de cruauté envers les animaux tenus en captivité mais son troisième alinéa prévoit l'inapplicabilité de cette infraction dès lors qu'une « tradition locale ininterrompue » peut être établie. Cette dérogation législative revient à consacrer la positivité d'usages locaux *contra legem*, à l'exemple de la corrida qui pourrait être considérée comme une pratique occitane¹ ou de la noyade de chiens en Polynésie française². Ces arrêts montrent ainsi qu'il peut arriver au juge de se référer à des usages *contra legem*, dont la positivité relève toutefois d'une reconnaissance préalable par la loi – contrairement aux usages *secundum legem* ou *praeter legem*, pour lesquels « rien ne permet de dire péremptoirement que seule leur confirmation légale habilite le juge à les appliquer »³.

Les raisons qui poussent le législateur à consacrer un usage *contra legem* restent pour le moins incertaines⁴. Il semble que l'objectif premier d'une telle reconnaissance est d'accorder exceptionnellement à certaines collectivités professionnellement déterminées ou géographiquement localisées le droit de déroger aux prescriptions légales en faisant primer leurs propres coutumes. Cette pratique ne suscite pas systématiquement l'opposition de la doctrine⁵, pour peu qu'elle reste soumise à deux conditions. La première réside dans la délimitation précise de l'étendue et de la portée de la reconnaissance législative ; dans le cas de la loi de 1941 relative au Comité interprofessionnel du vin de Champagne, les usages *contra legem* consacrés sont, à l'évidence, des usages professionnels locaux dont l'application géographique est clairement délimitée. La seconde condition réside dans l'examen préalable du contenu de la coutume reconnue. Il ne s'agit ici nullement de s'assurer que la coutume minoritaire corresponde à un idéal de justice et d'équité, ce qui paraît techniquement malaisé et culturellement dangereux⁶, mais de vérifier que le contenu de la coutume minoritaire soit conforme aux valeurs fondamentales véhiculées par le droit de

¹ Voir TIFINE (Pierre), « La tradition locale ininterrompue dans les textes et la jurisprudence consacrés aux corridas », *RFDA*, 2002, pp. 496-507.

² Un arrêt de la Cour d'appel de Papeete a ainsi relaxé un prévenu qui, suivant une coutume polynésienne ancestrale, a procédé à l'abattage par noyade de plusieurs chiens en vue de leur consommation, dans la mesure où rien ne permet d'établir que les chiens subissent lors de la noyade une souffrance supérieure à celle strictement exigée par leur sacrifice en vue de leur consommation (CA Papeete, 19 février 1998).

³ TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 241.

⁴ Les lois reconnaissant de tels usages sont trop peu nombreuses ou trop anciennes pour pouvoir tirer des conclusions générales des travaux parlementaires qui les ont précédées.

⁵ D'après le Professeur Teboul, « pour peu que l'on s'attache aux vertus de la coutume, on est enclin à accorder un certain crédit à l'usage abrogatoire et à proposer que lui soit reconnue une autorité pleine et entière au sein de l'ordre juridique » (TEBOUL (Gérard), *op. cit.*, p. 171).

⁶ L'appréciation du caractère juste ou équitable d'une coutume est variable dans le temps au regard de l'évolution des mœurs, mais aussi dans l'espace en fonction des différentes cultures juridiques considérées. En ce sens, voir GURVITCH (Georges), « Droit naturel ou droit positif intuitif ? », *APD*, 1933, p. 86 ; HENRICH (Walter), « Recherches sur la problématique du droit coutumier », in *Mélanges François Génys*, tome 2, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 288.

l'Etat¹. La consécration d'un usage professionnel en Champagne dérogeant aux techniques commerciales préconisées par le droit commun ne remet pas en cause une valeur fondamentale de la culture juridique française. En revanche, la reconnaissance de la polygamie à Mayotte heurte de front le principe d'égalité entre l'homme et la femme ; l'applicabilité de cette règle islamique traditionnelle ne doit donc qu'à sa reconnaissance par la Constitution elle-même. Ce constat conduit à remarquer une certaine relativité de la positivité attribuée aux différents usages reconnus.

B. La positivité relative des usages reconnus

Une fois reconnue par la Constitution, par un texte inférieur ou par la jurisprudence, une règle de droit traditionnel se retrouve pleinement intégrée dans la hiérarchie normative étatique. Il serait alors logique de supposer que sa valeur juridique dépend directement de celle de la norme étatique qui l'a consacrée mais cette hypothèse se révèle en partie erronée. Elle ne s'applique qu'aux coutumes *secundum legem* qui sont effectivement revêtues d'une valeur soit législative, soit réglementaire, selon la nature du texte qui les mentionne. La détermination de la valeur des statuts personnels est plus délicate ; si l'existence de ces statuts est garantie par la Constitution, leur contenu peut être paradoxalement modifié par les autorités réglementaires nationales ou décentralisées². La valeur juridique des coutumes relevant d'un statut coutumier paraît donc incertaine : dire qu'elles ont valeur réglementaire (au regard des autorités ayant compétence pour les modifier) conduirait à les soumettre au respect des lois, ce qui ne correspond pas à l'état actuel du droit, mais affirmer qu'elles ont valeur constitutionnelle (au regard du texte les consacrant) reviendrait à reconnaître aux autorités réglementaires le pouvoir de modifier des normes de valeur constitutionnelle...

La question de la valeur des coutumes *praeter legem* est également incertaine, s'agissant cette fois de normes consacrées par le juge dans le silence des textes. Un rapprochement pourrait être fait avec les principes généraux du droit, dont la valeur juridique a longtemps été l'objet de débats doctrinaux qui n'ont peut-être pas encore trouvé leur terme. La doctrine dominante, qui s'est ralliée à la thèse du Professeur Chapus³, confère aux principes généraux du droit une valeur supra-décrétale et infra-législative⁴. Cette thèse repose essentiellement sur le lien établi par Carré de Malberg

¹ Dans le même sens, voir LAJOIE (Andrée), *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, pp. 29-30.

² Voir *supra*, pp. 127ss.

³ CHAPUS (René), « De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Dalloz*, chron., 1966, pp. 99-106.

⁴ En ce sens, voir notamment GENEVOIS (Bruno), « Principes généraux du droit », *Encyclopédie Dalloz, Contentieux administratif*, 2000, pp. 94-96.

entre la hiérarchie des organes et celle des actes juridiques¹ : dans la mesure où le juge administratif est « serviteur de la loi » et « censeur du décret », les normes jurisprudentielles qu'il énonce se placent à ce niveau. Cependant, le postulat selon lequel la valeur d'une norme est liée à la place de l'organe qui l'édicte est loin d'avoir une portée absolue². De ce fait, certains auteurs ont proposé d'autres réponses à la question de la valeur juridique des principes dégagés par le juge : pour le Professeur Frier, ils « se rattachent au niveau déterminé par le juge, en fonction de leur origine et des actes auxquels ils doivent, à ses yeux, s'imposer »³. Cette conclusion paraît transposable au cas des usages *praeter legem*. Il est peu probable que, dans le silence des textes, le juge veuille imposer au législateur ou au pouvoir réglementaire, hors du cas d'espèce, le contenu d'un usage extra-étatique. Un tel usage sera dès lors toujours susceptible de modification ou d'abrogation par les autorités étatiques législatives comme réglementaires.

Ainsi, les différents usages locaux reconnus ne sont pas tous revêtus de la même valeur au sein de l'ordre juridique étatique. Cette relativité de valeur juridique, liée à la place dans la hiérarchie normative de l'Etat, se double d'une relativité de force juridique, tenant au caractère impératif ou supplétif des usages. Pour de nombreux juristes, le droit traditionnel serait uniquement générateur de règles supplétives⁴ : il serait alors hiérarchiquement inférieur au droit de l'Etat, dans la mesure où il pourrait toujours être écarté par une loi ou un acte réglementaire contraires que le juge serait obligé de faire prévaloir. Cette affirmation se vérifie dans le cas des usages *praeter legem* : par définition, le juge ne peut s'y référer qu'à défaut de norme étatique intervenant en la matière. Plus encore, cette possibilité ne constitue pas une obligation : en l'absence de loi, le juge n'est aucunement tenu de s'en remettre systématiquement à la coutume. Dans le cas des coutumes *secundum legem*, en revanche, le juge ne dispose pas d'une telle liberté de décision : il est obligé d'appliquer les usages auxquels la loi se réfère et de sanctionner les comportements qui leur seraient contraires. Cette hypothèse contredit donc la doctrine : les règles traditionnelles peuvent se voir reconnaître une force impérative par délégation de la loi ou, *a fortiori*, de la Constitution.

¹ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, 174 p.

² En ce sens, voir la démonstration opérée par le Professeur de Béchillon dans sa thèse de doctorat : BECHILLON (Denys de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, 577 p. Du même auteur, voir « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 32, 1994, pp. 81-124.

³ FRIER (Pierre-Laurent), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 3^{ème} éd., 2004, p. 88. Dans le même sens, voir MAILLOT (Jean-Marc), *La théorie administrativiste des principes généraux. Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, pp. 65-93.

⁴ En ce sens, voir DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 224-227.

Dès lors, la diversité des techniques de reconnaissance des usages locaux conduit à établir des coutumes impératives pour les unes, supplétives pour les autres. Les règles de droit traditionnel peuvent ainsi jouir d'une positivité variable au sein de l'ordre juridique étatique. Cette hypothèse est notamment posée par le Professeur Batiffol, qui indique que « la positivité est peut-être susceptible de degrés »¹. Il existerait ainsi une positivité graduée en fonction de laquelle « il est désormais des normes plus lourdes que d'autres, plus obligatoires que d'autres »². Cette relativisation de la positivité des règles de droit induit une relativisation de leur caractère obligatoire dans le système juridique étatique³. En effet, le caractère obligatoire des règles impératives est à l'abri de toute contestation, tandis que celui des règles supplétives se voit fortement atténué : la règle s'applique, certes, mais seulement si elle n'a pas été écartée. Cette analyse rejoint celle du Professeur Aubert, pour qui « l'existence de règles supplétives démontre que l'idée d'obligation liée à la règle de droit n'est pas dépourvue de souplesse. Cela se comprend facilement. La règle de droit est une règle qui vise à l'organisation, au sens large, de la société. Or, pour l'ordre social, les diverses règles n'ont pas toutes la même importance : il en est qui sont essentielles, vitales, alors que d'autres se bornent à mettre en place une organisation commode. Les premières sont impératives ; les secondes pourront n'être que supplétives »⁴. Les coutumes reconnues par l'Etat ne sont donc, au final, nullement condamnées à constituer des règles uniquement supplétives : certaines peuvent être pourvues d'un caractère impératif en fonction de l'importance que lui confèrera l'ordre juridique étatique. Si cette hypothèse constitue un cas d'école, elle n'en est pas moins révélatrice de la possibilité pour l'Etat d'accepter la diversité normative au sein de son propre ordre juridique.

¹ BATIFFOL (Henri), « Sur la positivité du droit », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 372. L'hypothèse d'une positivité variable a été reprise par le Professeur Weil, qui tend à démontrer qu'il existe une différence d'intensité juridique en droit international, entre les normes impératives dont l'application ne peut être écartée par voie d'accords particuliers, et les normes obligatoires créant des obligations moins essentielles (WEIL (Prosper), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 17). Cette lecture graduée a été également utilisée en droit constitutionnel, pour montrer l'« intensité normative variable » entre normes constitutionnelles au sein de la Constitution française (CLAPIE (Michel), *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, thèse de doctorat, Université Montpellier I, 1992, p. 163) comme au sein de Constitutions étrangères (LAVOREL (Sabine), *Les Constitutions arabes et l'Islam : les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, Coll. Enjeux contemporains, 2005, pp. 17-21).

² WEIL (Prosper), *op. cit.*, p. 17

³ Il paraît utile de rappeler ici que le caractère obligatoire d'une règle coutumière au sein de l'ordre juridique étatique est indépendant de son caractère obligatoire au sein de l'ordre juridique minoritaire dont elle est issue. Une norme traditionnelle peut très bien être supplétive dans l'ordre juridique de l'Etat tout en étant considérée comme impérative par les membres du groupe qui l'a générée.

⁴ AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2004, p. 19.

Conclusion du chapitre 2

L'étude du droit positif applicable aujourd'hui en France montre que l'Etat a pu non seulement admettre l'existence empirique d'ordres juridiques extra-étatiques mais également leur attribuer une certaine autorité. Ce processus de reconnaissance n'est toutefois pas sans ambiguïtés ni sans hésitations, marqués par des avancées notables mais aussi par des réticences persistantes de l'Etat. Il s'avère au final pragmatique, privilégiant à l'évidence les ordres juridiques des collectivités autochtones ultramarines aux ordres juridiques des minorités nationales métropolitaines, pour des raisons historiques tout autant que géographiques. Ce pragmatisme conduit à réfuter l'hypothèse d'un projet global de consécration des collectivités juridiques minoritaires de France : la reconnaissance des règles traditionnelles est trop parcellaire pour refléter une quelconque ambition de l'Etat à cet égard. Cette absence de perspective générale ne doit pas pour autant masquer ni dévaloriser les évolutions ponctuelles qui témoignent d'une ouverture certaine de l'ordre juridique étatique.

Cette ouverture est évidemment profitable aux règles de droit minoritaire qui en sont l'objet. Leur reconnaissance par l'Etat permet en effet d'ajouter à leur effectivité une positivité qui renforce leur caractère contraignant. Comme l'indique le Professeur Deumier, l'intégration du droit traditionnel à l'ordre juridique étatique « lui permet de produire des effets complets et efficaces [et] lui fournit, outre un complément de règles, sanction, contrainte, et parfois précision et validité »¹. Cette « relevance » à l'égard de l'ordre juridique étatique peut paraître superflue pour des ordres juridiques bénéficiant d'ores et déjà d'une légitimité au sein de leur groupe social d'origine, mais les études d'anthropologie du droit tendent à montrer qu'elle n'est pas seulement une condition d'autorité de l'ordre juridique minoritaire au sein de l'Etat, elle devient également une condition de survie de cet ordre juridique : sans reconnaissance par l'Etat, le droit traditionnel finirait par succomber, quelle que soit sa résistance, au centralisme juridique².

Réciproquement, l'octroi d'une positivité juridique à des règles traditionnelles minoritaires peut présenter certains avantages pour l'Etat. Elle permet en effet de prendre en compte la diversité de la population nationale par la réception de règles traditionnelles adaptées aux spécificités locales, tout en assurant la défense de l'intérêt général par l'imposition de l'ordre juridique étatique. De fait, « on a souvent reproché

¹ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 440.

² En ce sens, voir HOOKER (Michael Barry), *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975, p. 4. D'autres études anthropologiques ont toutefois montré que la capacité du droit étatique à influencer les autres ordres sociaux était plus limitée que le Professeur Hooker ne l'a supposé, les ordres coutumiers pouvant se révéler dans certains cas très résistants au droit étatique. A cet égard, voir BENDA-BECKMANN (Franz von), « Some Comments on the Problems of Comparing the Relationship between Traditional and State Systems of Administration of Justice in Africa and Indonesia », *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 19, 1981, pp. 165-175 ; MOORE (Sally Falk), « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, Vol. 7, 1973, p. 723

au droit spontané, envisagé sous le seul angle de la coutume, de rendre impossible l'unité juridique mais il n'y a rien de déplorable en cela puisque le droit spontané a bien plus vocation à tenir compte de la diversité. C'est pour cette raison que le droit [étatique] n'a jamais pu composer sans lui, parce que seul le droit spontané, droit des groupes particuliers, permet de tenir compte des particularités physiques, techniques et culturelles de chaque sous-groupe »¹. Cette position s'apparente à l'idée avancée par Carré de Malberg, selon laquelle il existerait deux types d'ordres juridiques : d'un côté l'ordre étatique de portée générale, de l'autre des ordres « partiels », plus restreints dans leur sphère d'application². Il n'y a donc pas systématiquement d'opposition entre le droit traditionnel et le droit étatique mais au contraire une complémentarité potentielle qui servirait mutuellement les différents ordres juridiques et contribuerait à la mise en place d'un « pluralisme ordonné »³.

CONCLUSION DU TITRE 1

Bien qu'elle soit dominante depuis plusieurs décennies, la doctrine normativiste rencontre en l'existence de collectivités juridiques minoritaires un sérieux écueil. L'observation socio-anthropologique de ces groupes et des normes qu'ils génèrent conduit à la conclusion que « le droit s'exprime aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'Etat »⁴ : du droit peut être créé en dehors de l'appareil étatique, des règles juridiques qui, dans leur groupe social d'origine, sont tout autant, voire plus effectives que celles édictées par l'Etat. La survivance d'un tel pluralisme juridique extra-étatique témoigne alors pleinement de la « faillite du normativisme »⁵. L'Etat n'a jamais eu le monopole de la production juridique ; il était illusoire d'affirmer le contraire au nom d'une pureté du droit qui ne pouvait être que théorique.

Confronté à cette diversité juridique mise en avant par les différentes minorités nationales, l'Etat a donc dû progressivement s'aventurer dans « l'autre hémisphère du monde juridique »⁶. En témoigne la reconnaissance de statuts personnels en faveur de certaines populations autochtones ou, plus ponctuellement, de coutumes minoritaires dont le respect est alors garanti au sein de l'ordre juridique étatique. Seul ce

¹ DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 191-192.

² CARRE DE MALBERG (Raymond), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, 174 p.

³ L'expression est empruntée au Professeur Delmas-Marty qui l'utilise pour qualifier le résultat souhaitable des interactions entre les ordres juridiques étatiques et internationaux, dans le contexte actuel de mondialisation des relations juridiques. Voir DELMAS-MARTY (Mireille), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, chron., n° 14, 2006, pp. 951-957.

⁴ BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 11.

⁵ TERRE (François), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, pp. 32-33.

⁶ GALANTER (Marc), « Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 19, 1981, p. 20.

mécanisme de reconnaissance permet aux règles de droit traditionnel d'acquiescer la qualité de droit positif : bien que l'Etat ne puisse être considéré comme l'unique source de juridicité, il demeure l'ultime source de positivité du droit ¹.

La préservation de cette fonction de validation étatique par laquelle les autorités publiques déterminent quelles sont les règles de droit applicables dans l'ordre juridique de l'Etat permet à la pyramide normative de retrouver sa cohérence ². La reconnaissance d'ordres juridiques minoritaires par l'Etat transforme en effet le pluralisme juridique extra-étatique caractérisé par la coexistence, voire la confrontation d'ordres juridiques d'égale autorité, en un pluralisme juridique intra-étatique qui suppose une certaine relevance des ordres juridiques reconnus par rapport au droit de l'Etat. Du fait de cette relevance, les individus appartenant à une minorité nationale sont soumis à des ordres juridiques distincts mais non autonomes.

C'est en ce sens que le Professeur de Béchillon affirme le caractère subordonné du droit traditionnel par rapport au droit étatique : même revêtues dans certains cas d'une valeur égale à la loi et d'une force juridique impérative, les règles coutumières demeurent une source secondaire et accessoire du droit positif, dont la reconnaissance est soumise de manière ultime au bon vouloir de l'Etat ³. Il faut dès lors se résoudre à conclure, à l'instar du Professeur Carbonnier, que dans le cadre de l'Etat, « ces fragments de droit non étatique n'ont de force que dérivée » ⁴. Si l'on a été tenté de sortir un moment de la représentation kelsénienne, le mécanisme de la reconnaissance des ordres juridiques minoritaires par le droit de l'Etat ramène l'ensemble des normes juridiques, quelle que soit la diversité de leur origine, à un foyer unique d'autorité qui en constitue également le fondement unique de positivité ⁵. Cette conclusion ne procède pas d'un *a priori* doctrinal privilégiant le positivisme étatique – dont nous sommes efforcés, au contraire, de montrer les défaillances – mais du constat réaliste que l'Etat est trop fortement présent en France pour que son ordre juridique

¹ En ce sens, voir BECHILLON (Denys de), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », *RIEJ*, n° 43, 1999, pp. 1-25.

² Voir BECHILLON (Denys de), « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 32, 1994, pp. 81-124.

³ BECHILLON (Denys de), *op. cit.*, pp. 109-113. Le Professeur de Béchillon va toutefois plus loin en affirmant qu'en l'absence de reconnaissance par l'Etat, la « norme sauvage » ne sera pas reconnue comme juridique – affirmation qu'il faut ici réfuter.

⁴ CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 356.

⁵ Cette démonstration pourrait être rapprochée de celle du Professeur Rivero qui distingue, dans sa thèse consacrée aux mesures d'ordre intérieur, l'« ordre intérieur » de l'« ordre légal général », en les articulant selon le modèle ambivalent de l'autonomie et de la subordination – autonomie car l'ordre intérieur est du droit créé spontanément par la vie intérieure du service, mais subordination « par rapport aux normes de l'ordre juridique supérieur » (RIVERO (Jean), *Les mesures d'ordre intérieur*, Paris, Sirey, 1934, pp. 379-380). Si le parallèle entre ordre juridique minoritaire et ordre intérieur paraît quelque peu osé, l'analogie est néanmoins intéressante en ce que la thèse de Rivero repose, en dernière analyse, sur la place suprême qu'il accorde à la loi qui a le privilège de reconnaître – expressément ou tacitement – les autres sources de droit. Les ordres juridiques « intérieurs » sont en fait des ordres habilités par l'Etat, composés de normes indirectement mais nécessairement étatiques du fait de leur reconnaissance par l'Etat.

puisse rester indifférent à l'activité normative de groupes minoritaires, quelle que soit l'autonomie qu'il leur laisse.

Il serait toutefois hasardeux de suivre le Professeur Carbonnier au bout de son raisonnement et de rabaisser le pluralisme juridique au rang de simple « illusion » masquant l'unité fondamentale du système juridique¹. L'étatisation du pluralisme juridique n'est pas le signe de sa disparition ; c'est l'indication de son polymorphisme. On peut ainsi recenser une première forme de pluralisme juridique dans l'Etat, le pluralisme juridique intra-étatique, qui résulte de la reconnaissance par l'Etat d'ordres juridiques minoritaires qui deviennent, de ce fait, des sources du droit positif. Il en existe une deuxième forme, infra-étatique, qui se rapproche de la première par ses effets, dans la mesure où elle participe aussi à la pluralisation des sources du droit positif. Elle s'en distingue néanmoins par son origine : ce n'est plus, dans ce cas, une collectivité minoritaire qui impose à l'Etat un ordre juridique qu'elle a produit selon ses traditions, mais bien l'Etat lui-même qui autorise une collectivité minoritaire à produire un droit selon des modalités qu'il est le seul à déterminer.

¹ CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 360.

- TITRE II -

L'ÉTABLISSEMENT D'ORDRES JURIDIQUES **MINORITAIRES INFRA-ÉTATIQUES**

Si la consécration juridique du caractère pluriculturel de la population française passe par la reconnaissance étatique d'ordres juridiques minoritaires traditionnels, elle se traduit également par l'octroi de certaines compétences normatives à des groupes minoritaires qui se voient ainsi reconnaître le droit d'élaborer leur propre droit. Il ne s'agit plus, dans ce cas, d'un droit traditionnel généré par les pratiques de chaque groupe, mais d'un droit infra-étatique produit par des institutions décentralisées dont les collectivités minoritaires ont été dotées par l'Etat. Bien qu'ils soient tous deux à l'origine d'une situation de pluralisme juridique, ces mécanismes ne procèdent pas de la même logique : dans le premier cas, l'Etat ne fait que confirmer des règles de droit préexistantes établies par des institutions coutumières indépendantes, tandis que dans le second, l'Etat autorise la production de règles de droit par des institutions minoritaires dont il a également autorisé la création. Ces deux processus diffèrent également quant à leur objectif. Dans le premier cas, il s'agit de valider l'application de règles juridiques traditionnelles dans le cadre de l'Etat, en faveur de minorités auxquelles le droit étatique s'avère manifestement inadapté, du fait de différences culturelles trop fortes. Dans le second, l'objectif est d'attribuer à des minorités la capacité de produire leurs propres règles de droit, par le biais d'institutions normatives spécifiques, sur lesquelles l'Etat garde toutefois un certain contrôle. Dans le premier cas, il y a officialisation du droit produit par des minorités extra-étatiques ; dans le second, il y a institutionnalisation des minorités elles-mêmes, qui produisent dès lors un droit infra-étatique.

L'établissement de ces ordres juridiques minoritaires infra-étatiques peut être lié, dans une certaine mesure, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹. Ce principe formulé par la Charte des Nations Unies et précisé par plusieurs résolutions de l'Assemblée générale², a été interprété comme le droit inaliénable de tout groupement humain constituant un peuple de présider à son destin, par « la création d'un Etat

¹ Pour l'exemple de la Nouvelle-Calédonie, voir TAXIL (Bérangère), « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en Nouvelle-Calédonie : l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 », *Actualité et droit international*, novembre 1998 [<http://www.ridi.org/adi/199811a2.html>] ; GOESEL - LE BIHAN (Valérie), « La Nouvelle-Calédonie et l'Accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, n° 44, 1998, pp. 24-75.

² On peut citer la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 portant déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux ; la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies ; ou encore la résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 portant Charte des droits et devoirs économiques des Etats.

souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un Etat indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par [ce] peuple »¹. En pratique, ce droit n'a été mis en œuvre qu'au profit des peuples colonisés ou se trouvant dans des situations assimilées² ; il n'a jamais servi la cause des minorités nationales, car « le droit des minorités s'arrête où commence la souveraineté et ses nécessaires implications [...], l'indivisibilité de l'Etat et de son territoire »³. Pour autant, l'exercice par un peuple de son droit à l'autodétermination ne conduit pas systématiquement à la sécession. Aux termes de la définition fournie par l'Assemblée générale des Nations Unies, « l'acquisition de tout autre statut politique » est également un moyen d'exercer ce droit. Dès lors, il est possible « de concevoir, à côté d'un droit d'autodétermination externe, un droit d'autodétermination interne à l'Etat qui se concrétiserait en un statut d'autonomie »⁴, permettant à un groupement humain de s'organiser librement dans le cadre de l'Etat et de détenir un pouvoir de décision sur les affaires le concernant directement. En ce sens, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes change de nature : « de principe de création de l'Etat au titre du droit d'un peuple à devenir un Etat, il devient un principe d'organisation de l'Etat au titre du droit d'un peuple à ne pas devenir un Etat »⁵.

Si les autorités françaises refusent de consacrer la notion de « peuple » autrement que dans le cadre du peuple français⁶ et, par suite, de reconnaître un quelconque « droit à l'autodétermination », force est toutefois de constater qu'elles semblent implicitement s'orienter vers un processus d'autonomisation inédit, notamment à l'égard des populations insularisées. Ces dernières années, l'Etat a en effet multiplié les statuts et régimes dérogatoires au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie, de Mayotte, de la Corse ou encore de la Polynésie française. Cette volonté nouvelle du législateur de préserver les spécificités locales s'est également concrétisée dans la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République⁷ : nombre de ses dispositions confirment, voire confortent ce mouvement

¹ AG, Rés. 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

² Voir GUILHAUDIS (Jean-François), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Grenoble, PUG, 1976, pp. 44-67 ; CHRISTAKIS (Théodore), *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, 1999, 676 p.

³ BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 390.

⁴ LEMAIRE (Félicien), « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2000, p. 911.

⁵ PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Peut-on parler actuellement d'un droit européen des minorités ? », *AFDI*, n° 40, 1994, p. 84.

⁶ Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50. Voir FAVOREU (Louis), « La décision "statut de la Corse" du 9 mai 1991 », *RFDC*, n° 6, 1991, pp. 487-495.

⁷ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568. L'approfondissement de la décentralisation s'est poursuivi avec l'adoption de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales, qui consolide l'organisation décentralisée de la République et accroît l'autonomie des collectivités territoriales (*JORF*, 17 août 2004, p. 14545).

de prise en considération des particularismes locaux par l'Etat central¹. Cette révision constitutionnelle s'est révélée fondamentale en matière d'autonomie locale²; il est d'ailleurs significatif qu'elle ait ouvert la voie à la ratification par la France de la Charte européenne de l'autonomie locale³, qui était jusqu'alors considérée comme non conforme à la Constitution⁴.

Ces références textuelles conduisent à une précision sémantique. Alors que la Charte européenne de l'autonomie locale consacre l'expression « collectivités locales », la Constitution française privilégie celle de « collectivités territoriales »⁵. La doctrine⁶, pas plus que la jurisprudence⁷, ne semble attacher une portée juridique distincte à ces deux expressions, bien que les adjectifs « territorial » et « local » n'aient pas, au demeurant, la même signification. Le premier est beaucoup plus cadré que le second. Ainsi, reconnaître une collectivité territoriale aboutit, tout au plus, à une division administrative du *territoire* national. En revanche, reconnaître une collectivité locale laisse la porte ouverte à la reconnaissance de la composante humaine de cette collectivité et, par suite, à la possible division du *peuple* national⁸. La préférence du constituant français pour l'expression « collectivité territoriale »

¹ DOLLAT (Patrick), « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ? », *RFDA*, 2003, pp. 670-677.

² L'inscription du caractère décentralisé de l'organisation de la République dans l'article 1^{er} de la Constitution, pour symbolique qu'elle soit, est révélatrice des enjeux de la réforme. Pour un commentaire de l'ensemble de la réforme constitutionnelle, voir GROHENS (Jean-Claude), « A propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 375-429.

³ Adoptée en 1985 par le Conseil de l'Europe, la Charte est le premier instrument juridique multilatéral qui définit et protège les principes de l'autonomie locale. Dans cette perspective, elle affirme la nécessité d'un fondement légal à l'autonomie locale et protège la capacité des collectivités à déterminer leurs structures administratives. La protection de l'autonomie couvre également la limitation du contrôle administratif des collectivités et l'attribution de ressources financières suffisantes (voir MARTINS (Mario), « La Charte européenne de l'autonomie locale », in Ministère de l'Intérieur, *Les nouvelles relations État - collectivités locales*, Actes du colloque de Rennes (avril 1990), Paris, La Documentation française, 1991, pp. 325- 327). Signée dès 1985, la Charte n'a été ratifiée par la France qu'en juillet 2006 (loi n° 2006-823 du 10 juillet 2006, *JORF*, 11 juillet 2006, p. 10335).

⁴ Aux termes d'un avis non publié du 15 décembre 1991, le Conseil d'Etat avait constaté la non conformité de la Charte à la Constitution, en se fondant notamment sur l'incompatibilité des exigences de la Charte avec les principes d'organisation des collectivités décentralisées en France. Voir GOULET (Daniel), *Rapport sur le projet de autorisant l'approbation de la Charte européenne de l'autonomie locale*, Rapport n° 15, Sénat, 12 octobre 2005, p. 5.

⁵ Lors de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les occurrences « collectivités locales » qui apparaissaient dans le texte fondamental ont systématiquement été remplacées par l'expression « collectivités territoriales ». Il en a notamment été ainsi à l'article 34 de la Constitution.

⁶ Voir BOUDINE (Joël), « La distinction entre collectivité locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique ? », *RDJ*, 1992, pp. 171-199.

⁷ Le juge constitutionnel emploie indistinctement les deux expressions en relation avec le principe de libre administration (voir notamment les décisions n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Rec.*, p. 38, n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Rec.*, p. 41 et n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Rec.*, p. 63). Le juge administratif a, pour sa part, privilégié l'expression « collectivités territoriales » contenue dans l'article 72 de la Constitution à celle de « collectivités locales » dès la réforme de 1982 (voir pour exemple CE, 3 juin 1983, *Mme Vincent, Leb.*, p. 227).

⁸ En ce sens, discutant le lien entre « collectivité locale » et « communauté humaine », voir BACCOYANNIS (Constantinos), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica, 1993, pp. 62-63.

pourrait ainsi être le signe de la volonté de prendre en compte les spécificités culturelles dans leur seule dimension territoriale et non dans leur aspect humain. De ce fait, les minorités nationales ne peuvent se voir institutionnalisées que sous couvert d'une territorialisation qui permet de les faire rentrer dans le cadre de la République : l'autonomie n'est pas accordée aux Kanaks ou aux Polynésiens, mais à la collectivité territoriale de Nouvelle-Calédonie ou à la collectivité territoriale de Polynésie française. Par ce biais, la différenciation territoriale paraît indépendante de toute considération ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique : les spécificités sont attribuées à une collectivité territoriale, non à une collectivité humaine.

Un tel parti suscite une certaine perplexité. Sauf à faire sienne l'hypothèse de la *terra nullius*, c'est bien à la population qui occupe le territoire que le législateur destine ses normes : « la formulation des règles de droit ne saurait être détachée de son support humain »¹. Pour preuve, il n'est qu'à rappeler le lien établi par la Constitution du 3 septembre 1791 entre la commune, division administrative de base, et l'« état des citoyens » : l'article 8 du titre II de la Constitution indiquait que « Les citoyens français, considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leur réunion dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les communes ». L'autonomisation de certains territoires en France apparaît donc comme un palliatif à l'autonomisation de communautés humaines minoritaires, comme une fiction juridique² que le législateur et le juge constitutionnel s'efforcent, avec un succès relatif, de maquiller³. De fait, les mutations récentes affectant l'ordre juridique français témoignent bien d'une réaction de l'Etat au pluralisme de sa population et non seulement aux disparités de développement territorial. Comme le suggérait déjà le Professeur Favoreu en 1990, la décentralisation change peu à peu d'objet, en attachant la libre administration non plus à une entité administrative mais au groupe humain constituant la collectivité territoriale⁴. Emerge ainsi une gestion

¹ Charles Chaumont, cité in PIERRE-CAPS (Stéphane), « L'ordre juridique français et les situations minoritaires », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-Marseille, Economica/PUAM, 1999, p. 98. Ce constat conduit à s'intéresser à ce que les Professeurs Prélot et Boulouis ont appelé le « droit constitutionnel démotique », c'est-à-dire la partie du droit constitutionnel s'attachant « à la composition humaine de la collectivité étatique » (PRELOT (Marcel), BOULOUIS (Jean), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 1990, p. 32).

² Le recours à une politique territorialiste pour cacher l'octroi de régimes juridiques dérogatoires à des collectivités humaines minoritaires constitue bien une fiction dans la mesure où, comme le montre le Professeur Costa, elle permet l'application d'une règle de droit là où cette dernière n'aurait pas pu s'appliquer si l'on n'avait pas recouru à la fiction (COSTA (Delphine), *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 2000, pp. 137-138).

³ La décision du Conseil constitutionnel n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 relative à la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (*Rec.*, p. 183) est ici particulièrement parlante, bien qu'elle ne se rattache pas aux minorités nationales. A son sujet, le Doyen Favoreu a fait remarquer que l'emploi de la notion de territoire paraît être un subterfuge destiné à contourner les interdictions de l'article 1^{er} de la Constitution, dans la mesure où les territoires visés par la loi sont surtout ceux où les populations immigrées sont particulièrement représentées (FAVOREU (Louis), « Le cadre constitutionnel de la démocratie locale », *Cahiers du CNFPT*, n° 44, 1995, pp. 26-29).

⁴ FAVOREU (Louis), « La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales », *RFDA*, 1990, p. 400. Dans le même sens, M. Bizeau indique que « la libre administration

territoriale des situations minoritaires qui permet une certaine prise en compte des spécificités ethniques ou culturelles de groupes humains, sous couvert d'un droit à l'autonomie territoriale ¹.

Le concept même d'autonomie permet d'ailleurs une telle ambiguïté, du fait de l'imprécision qui l'entoure ². La Charte européenne le définit comme « le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leur population, une part importante des affaires publiques » ³. Cette définition implique trois critères : la possibilité offerte à une collectivité d'édicter elle-même ses propres normes, par le biais d'institutions disposant d'une certaine indépendance à l'égard du pouvoir central et jouissant de compétences propres dans le cadre de la loi ⁴. Elle ne précise toutefois pas l'étendue de la « part des affaires publiques » dévolue aux collectivités autonomes, ni la nature de leur « capacité effective ». Une telle imprécision n'est pas le résultat d'une négligence ; elle est inhérente à la notion même d'autonomie, qui « rend compte d'une réalité variable, graduelle, non définitivement fixée, qui évolue entre un seuil minimum et maximum » ⁵. De fait, la conjugaison des trois critères mentionnés permet différents degrés d'autonomie, pouvant aller de la simple autonomie administrative qui se manifeste en France sous la forme du principe de libre administration des collectivités territoriales ⁶, à une véritable autonomie politique dont bénéficie la Nouvelle-Calédonie (et la population kanake) depuis 1998. Ainsi,

des collectivités territoriales, telle qu'elle est aujourd'hui entendue, manifeste, en venant rompre l'uniformité de notre organisation administrative, la prise en compte de la diversité des groupes humains vivant sur le territoire national et consacre par le développement de statuts particuliers l'apparition d'un véritable pluralisme en matière administrative » (BIZEAU (Jean-Pierre), « Pluralisme et Démocratie », *RDJ*, 1993, p. 535).

¹ Cette prise en compte n'est pas parfaite, dans la mesure où les contours humains des minorités nationales concernées ne correspondent pas systématiquement, loin s'en faut, aux contours géographiques des collectivités territoriales établies par l'Etat. Il peut arriver que la réalité sociologique du groupe coïncide avec une délimitation administrative et corresponde peu ou prou à un département ou une région, comme pour les minorités mahoraise, corse ou alsacienne. Dans la plupart des cas néanmoins, la réalité humaine dépasse ces délimitations administratives, comme le pays basque ou l'Occitanie peuvent le montrer. L'octroi d'une autonomie territoriale n'est pas alors une réponse totalement adaptée.

² En 1969, le Professeur de Laubadène affirmait que « l'autonomie semble bien faire partie de ces mots dont le sens est équivoque et le contenu en tout cas imprécis » (LAUBEDERE (André de), « La loi d'orientation de l'enseignement supérieur et l'autonomie des universités », *AJDA*, 1969, p. 3). Sur les difficultés sémantiques liées au concept d'autonomie, voir HERTZOG (Robert), « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 445-470.

³ Article 3 de la Charte européenne de l'autonomie locale.

⁴ Sur ces critères, voir JOYAU (Marc), « Décentralisation, adaptation, autonomie », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 90-91.

⁵ MULLER (Isabelle), *Le juge administratif et l'autonomie des collectivités locales*, thèse de doctorat, Université Toulouse I, 1994, p. 23.

⁶ Le principe de libre administration des collectivités territoriales est consacré à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution (« Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ») et protégé par le Conseil constitutionnel (à cet égard, voir ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2006, pp. 242-248).

l'autonomie n'a ni la même portée, ni les mêmes effets selon les collectivités auxquelles elle s'applique ; elle s'inscrit dans une logique d'émancipation vis-à-vis de l'Etat qui touche les différentes minorités de manière plus ou moins marquée ¹. En ce sens, « la signification de l'autonomie relève d'une logique de situation » ² qui justifie l'autonomisation institutionnelle (section 1) et l'autonomisation normative (section 2) de certaines collectivités juridiques minoritaires infra-étatiques.

* *
 *
 *

Chapitre 1 - L'autonomisation institutionnelle de collectivités juridiques minoritaires infra-étatiques

Chapitre 2 - L'autonomisation normative de collectivités juridiques minoritaires infra-étatiques

¹ Dans cet esprit, le Professeur Favoreu propose de classer « les sociétés par ordre croissant d'autonomie normative allant de 0 à 8 ». Sur cette échelle, les collectivités territoriales françaises telles que régies par les lois de décentralisation de 1982 sont placées au niveau 2, la Corse régie par le statut du 13 mai 1991 au niveau 3, les TOM au niveau 4, les autonomies espagnoles au niveau 5, les Etats fédérés américains et les cantons suisses au niveau 7 et « l'autonomie véritable » au niveau 8. La « frontière significative du degré d'autonomie étatique » se situe, dans ce schéma, entre les niveaux 4 et 5 (in BIDÉGARAY (Christian) dir., *L'Etat autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Paris, Economica, 1994, p. 199).

² CLINCHAMPS (Nicolas), « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 78.

- CHAPITRE 1 -

**L'AUTONOMISATION INSTITUTIONNELLE DE COLLECTIVITÉS
JURIDIQUES MINORITAIRES INFRA-ÉTATIQUES**

En vertu du principe de libre administration des collectivités territoriales, l'ensemble de ces collectivités disposent d'un Conseil élu assurant leur représentation démocratique. Ce droit protégé par le Conseil constitutionnel¹ confère ainsi aux différentes collectivités établies par la Constitution ou par la loi² des institutions propres dont la représentativité est assurée par l'élection au suffrage universel. Cette première étape vers l'autonomie institutionnelle s'est toutefois avérée insuffisante au regard des spécificités des collectivités abritant des populations minoritaires. Pour ces dernières, l'autonomisation s'est alors doublée d'une différenciation institutionnelle leur permettant de disposer d'institutions spécifiques, dont le fonctionnement et les compétences ont été spécialement adaptés aux besoins (réels ou supposés) des collectivités concernées.

Cette adaptation de l'aménagement territorial du pouvoir politique à la diversité ethnoculturelle de la population nationale se présente comme un mode de protection des minorités nationales – bien qu'il ne soit évidemment pas présenté comme tel en France. L'autonomisation institutionnelle permet en effet aux groupes minoritaires d'exercer un certain pouvoir administratif et politique dans le cadre d'institutions qui leur sont propres et pour les compétences qui leur sont imparties. A l'évidence, le modèle étatique fédéral est celui qui permet de pousser le plus loin cette solution en établissant la décentralisation politique la plus accomplie³; les principes

¹ Selon la jurisprudence constitutionnelle, le respect de la libre administration locale implique en effet que toute collectivité « doit disposer d'un Conseil élu » (décision n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Rec.*, p. 63) et, qu'en conséquence, « les électeurs doivent être appelés à exercer leur droit de suffrage pour la désignation des membres des conseils élus des collectivités territoriales selon une périodicité raisonnable » (décision n° 90-280 DC, 6 décembre 1990, *Rec.*, p. 84).

² Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les collectivités territoriales constitutionnellement reconnues sont les communes, les départements et les régions de droit commun régies par les articles 72 à 72-2 de la Constitution, les collectivités à statut particulier (Corse), les départements et les régions d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion) régies spécifiquement par l'article 73, les collectivités d'outre-mer (Mayotte, Polynésie, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis et Futuna) régies par les articles 74 et 74-1, ainsi que de la Nouvelle-Calédonie régie par le titre XIII. Aux termes de l'article 72 al. 1^{er}, « Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa ». Voir annexe 1.

³ De fait, dans plusieurs Etats comme le Canada, la Suisse ou la Belgique, l'adoption de la forme fédérale s'explique précisément parce qu'elle permet de régler ou d'atténuer les difficultés liées à l'hétérogénéité ethnique, religieuse ou linguistique de la population. Ce lien n'est toutefois pas systématique : aux Etats-Unis par exemple, l'adoption du système fédéral ne visait pas à tenir compte de différences ethnoculturelles mais plutôt à introduire une forme supplémentaire de séparation des pouvoirs étatiques. Il est alors possible de distinguer, à la suite du Professeur Kymlicka, le « fédéralisme multinational » du « fédéralisme territorial » (KYMLICKA (Will), RAVIOT (Jean-Robert), « Vie commune : Aspects internationaux des fédéralismes », *Etudes internationales*, Vol. 28,

fondamentaux du fédéralisme que constituent la superposition, l'autonomie et la participation¹ contribuent à l'expression des particularismes minoritaires. Les Etats régionalisés, dont l'organisation constitutionnelle présente des similitudes avec le fédéralisme sans en rassembler tous les éléments², offrent également un cadre favorable à la mise en œuvre d'une autonomie territoriale des minorités³. L'Etat unitaire, en revanche, sert moins l'exercice d'une telle autonomie. La logique unitariste, stigmatisée en France à la Révolution, implique l'ignorance des spécificités locales : dans cet esprit, l'Etat ne peut constituer une nation que si le droit et les institutions sont strictement identiques sur tout le territoire national⁴. Le principe d'uniformité a toutefois été progressivement abandonné par le législateur français, ouvrant ainsi la voie à la reconnaissance de particularismes locaux. Cette évolution a été encouragée par la décision du Conseil constitutionnel n° 82-138 DC du 25 février 1982⁵. En reconnaissant au législateur la possibilité de créer des collectivités

n° 4, décembre 1997, pp. 788-797). Voir également LEVRAT (Nicolas), « La protection des minorités dans les systèmes fédéraux », *RTDH*, n° 30, 1997, pp. 229-271 ; FLEINER (Thomas), HOTTINGER (Julian Thomas), « La pertinence du fédéralisme dans la gestion des diversités nationales », *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 10, n° 1, 2003, pp. 79-90.

¹ Voir TURPIN (Dominique), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003, pp. 76-81.

² L'Etat régionalisé ou autonome se caractérise par « la reconnaissance d'une réelle autonomie politique reconnue au profit des entités régionales et notamment d'un pouvoir normatif autonome. A cet égard, il correspond à la prise en compte de certaines spécificités, qu'elles soient ethniques, culturelles, linguistiques, religieuses, et il se rapproche de l'Etat fédéral. Mais, à la différence de ce dernier, la structure étatique reste unitaire même si elle peut être appelée à évoluer » (FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 412).

³ Les exemples de l'Italie et de l'Espagne sont particulièrement parlants : dans ces deux Etats, les régions bénéficiant d'une autonomie politique correspondent à des territoires aux particularismes locaux marqués. L'organisation régionale italienne a en effet permis d'autonomiser plusieurs collectivités à statut particulier comme le Trentin Haut-Adige peuplé d'une minorité germanophone, ou le Val d'Aoste peuplé d'une minorité francophone. Les pouvoirs attribués aux régions ont été renforcés en 2001, rapprochant ainsi un peu plus le système italien du modèle fédéral (FOUGEROUSE (Jean), « La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 : l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme », *RIDC*, 2003, pp. 923-961). En Espagne, l'« Etat des autonomies » permet également aux Basques, aux Catalans ou aux Galiciens, reconnus comme des « nationalités », de bénéficier d'une autonomie territoriale significative. L'issue positive du référendum tenu en Catalogne le 18 juin 2006 a permis un nouveau renforcement de l'autonomie de la région (CHAMBRAUD (Cécile), « Le référendum catalan relance le débat identitaire », *Le Monde*, 18 juin 2006).

⁴ La consécration du principe d'uniformité s'est traduite à la Révolution par l'édification de structures administratives homogènes, le territoire étant alors divisé en départements et chaque département lui-même divisé en cantons, districts et communes. Cette uniformité du découpage administratif opéré par la loi du 22 décembre 1789 était censée non seulement garantir l'unité de l'Etat, mais encore la consolider ; c'est en ce sens que Mathieu Doat parle de « construction de l'unité par l'uniformité » (DOAT (Mathieu), *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 2003, p. 168). Voir également GUIGNARD (Didier), *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2004, pp. 49-57.

⁵ En 1982, le Conseil constitutionnel est saisi de la loi sur le statut particulier de la région de Corse, les députés requérant estimant cette loi contraire à la Constitution car « la notion de statut particulier contient des risques évidents de dislocation de l'unité nationale ». Le Conseil écarte cette conception rigide de l'indivisibilité et de l'uniformité en indiquant – ce qui était en l'occurrence inutile, la Corse demeurant une région – que le législateur pouvait créer des catégories de collectivités territoriales de types particuliers, échappant aux catégories existantes (décision n° 82-138 DC, 25 février 1982, *Rec.*,

territoriales *sui generis*, le juge constitutionnel a incité une différenciation statutaire dont ont notamment bénéficié Saint-Pierre-et-Miquelon¹, la Corse² ou encore Mayotte³.

Certes, tous les processus de différenciation statutaire n'ont pas pour objectif de reconnaître les spécificités des populations locales. Certains ne sont destinés qu'à compenser un éloignement géographique ou à bénéficier de dérogations fiscales⁴. La plupart, toutefois, présentent bien un objectif « démotique » implicite : il s'agit, dans ces cas, de consacrer la différence culturelle en établissant des institutions spécifiques qui seront plus à même de prendre des décisions adaptées à la situation particulière des populations locales. A cet égard, il est à regretter qu'aucune étude ne se soit encore attachée à montrer dans quelle mesure les décisions des autorités locales corses, néo-calédoniennes ou polynésiennes expriment les particularismes locaux des sociétés pluriculturelles, voire pluriethniques, qui habitent ces territoires. En la matière, le droit pourrait beaucoup apprendre de la sociologie, et gagner à travailler avec elle.

Quoi qu'il en soit, la formule de l'Etat unitaire semble désormais s'accommoder du pluralisme institutionnel. L'évolution institutionnelle française de ces vingt dernières années traduit bien une reconnaissance accrue des spécificités culturelles par l'instauration d'un véritable droit à la différence statutaire⁵ et confirme, si besoin était, que l'uniformité des institutions et du droit n'est plus un dogme pour les autorités étatiques. De fait, « les pouvoirs publics acceptent de plus en plus largement

p. 41). Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 29, p. 467.

¹ Loi n° 85-595 du 11 juin 1985, *JORF*, 14 juin 1985, p. 6551. Voir MICHALON (Thierry), « Une nouvelle étape vers la diversification des régimes des collectivités territoriales : le nouveau statut de Saint-Pierre-et-Miquelon », *RFDA*, 1986, pp. 192-202. Le cas de Saint-Pierre-et-Miquelon, bien qu'intéressant en termes de différenciation statutaire, ne sera mentionné que brièvement, dans la mesure où la population de cette collectivité territoriale ne présente pas les caractéristiques d'une minorité nationale. A leur découverte par Jacques Cartier, les deux îles étaient inhabitées ; ce n'est qu'ensuite qu'elles ont été peuplées de colons venus de l'ouest de l'Hexagone.

² Loi n° 91-428 du 13 mai 1991, *JORF*, 14 mai 1991, p. 6318. A l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette loi, le Conseil constitutionnel confirme sa décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, en validant ainsi les dispositions conférant à la Corse le statut d'une collectivité particulière. Telle qu'elle est interprétée par le Conseil, la Constitution n'interdit donc pas au législateur d'opérer des différenciations statutaires sur le territoire national (décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50). Voir FAVOREU (Louis), « La décision "statut de la Corse" du 9 mai 1991 », *RFDC*, n° 6, 1991, pp. 305-316 ; LUCHAIRE (François), « Le statut de la collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », *RDJ*, 1991, pp. 943-979 ; GENEVOIS (Bruno), « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *RFDA*, 1991, pp. 407-423.

³ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199. Voir FABERON (Jean-Yves), « La collectivité "départementale" de Mayotte : vers un statut de droit commun ? », *Cahiers de l'ORIHIS*, n° 7, 2002, pp. 81-96 ; ORAISON (André), « Réflexions générales sur le nouveau statut administratif provisoire de Mayotte », *RJPIC*, Vol. 56, n° 1, 2002, pp. 46-61.

⁴ Tel est le cas notamment de Saint-Pierre-et-Miquelon ou de Saint-Martin et Saint-Barthélemy.

⁵ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 520.

de considérer les spécificités locales et de leur offrir un droit et des institutions adaptés, conformément à un principe d'équité. Tout se passe comme s'ils considéraient que la nation française était aujourd'hui suffisamment solide pour se maintenir d'elle-même sans avoir besoin de l'armature dont faisait office une stricte uniformité du droit et des institutions »¹.

Il n'appartient pas ici de dresser l'inventaire exhaustif de l'ensemble des adaptations institutionnelles acceptées par le droit français, mais de retenir celles qui favorisent plus particulièrement l'expression des spécificités minoritaires. Outre les collectivités d'outre-mer dont les particularismes sous-tendaient déjà le droit colonial, la Corse joue en la matière le rôle de véritable « laboratoire expérimental »². L'autonomisation et la diversification institutionnelles ne sont donc pas cantonnées au droit d'outre-mer. C'est bien l'ensemble du droit public français qui est aujourd'hui marqué par l'attribution d'institutions spécifiques (section 1) à des collectivités dotées de compétences étendues (section 2).

Section 1. L'ATTRIBUTION D'INSTITUTIONS SPÉCIFIQUES

Le choix des autorités étatiques d'attribuer des institutions spécifiques à certaines collectivités territoriales résulte toujours de considérations politiques, parmi lesquelles la pression exercée par les minorités autonomistes n'est pas des moindres. De fait, les réformes entreprises en la matière semblent bien être affaires de conjoncture, comme en témoignent les nombreuses modifications des statuts de la Corse³, de la Nouvelle-Calédonie⁴ ou de la Polynésie française¹. Dans ces trois cas, la succession parfois

¹ BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, p. 308.

² MOUTOUH (Hugues), « La Corse : une chance pour la République ? », *Daloz*, n° 20, 2001, p. 1559.

³ En 1972, la Corse est érigée en établissement public régional soumis aux règles du droit commun par la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 (*JORF*, 9 juillet 1972, p. 7176). Un premier statut particulier est accordé à la région de Corse par la loi n° 82-214 du 2 mars 1982 (*JORF*, 3 mars 1982, p. 748). En 1991, le statut défini par la loi n° 91-428 du 13 mai 1991 (*JORF*, 14 mai 1991, p. 6318) érige la Corse en collectivité territoriale *sui generis* et lui attribue des institutions spécifiques assez proches de celles des territoires d'outre-mer. La multiplication des violences sur l'île conduit le Gouvernement Jospin à entreprendre une série de négociations avec les élus corses, qui aboutissent à l'adoption d'un nouveau statut par la loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 (*JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503). Voir BERNARD (Michel), « Les statuts de la Corse », *CCC*, n° 12, 2005, pp. 101-106.

⁴ La Nouvelle-Calédonie est érigée en territoire d'outre-mer par la Constitution de 1946. Son statut est modifié une première fois par la loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 (*JORF*, 29 décembre 1976, p. 7530) puis, au cours des années 1980, les révisions se multiplient du fait de la radicalisation des revendications indépendantistes : les lois n° 84-821 du 6 septembre 1984 (*JORF*, 7 septembre 1984, p. 2840), n° 85-892 du 23 août 1985 (*JORF*, 24 août 1985, p. 9775), n° 86-844 du 17 juillet 1986 (*JORF*, 19 juillet 1986, p. 8927), n° 88-82 du 22 janvier 1988 (*JORF*, 26 janvier 1988, p. 1231) et la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (*JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087) renforcent les prérogatives des institutions territoriales, sans toutefois rencontrer l'assentiment des représentants kanaks. Les négociations engagées par le gouvernement aboutissent à la signature de l'Accord de Nouméa le 5 mai 1998 (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039). Les orientations de l'accord sont intégrées dans le nouveau titre XIII de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998

très rapide des réformes statutaires est révélatrice de l'inadaptation des institutions octroyées unilatéralement par l'Etat aux besoins des populations concernées. Face à ce constat, les autorités nationales ont eu recours à une nouvelle technique, visant à mieux prendre en compte les attentes locales par la conduite de négociations ou la consultation des habitants avant l'adoption de tout nouveau statut. C'est ainsi que la loi organique du 19 mars 1999 portant statut de la Nouvelle-Calédonie² a été précédée de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998³, issu de négociations menées entre le gouvernement et les représentants des deux principaux partis politiques du territoire, le Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste (FLNKS) et le Rassemblement pour la Calédonie dans la République (RPCR). De la même manière, la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte⁴ est le fruit de l'accord conclu le 27 janvier 2000 entre le Secrétaire d'Etat à l'outre-mer, le Président du Conseil général et les principaux partis politiques de l'île⁵, et approuvé par la population de Mayotte lors du référendum du 2 juillet 2000⁶. La loi du 22 janvier 2002 portant statut de la Corse⁷ est également le résultat du « processus de Matignon », longue série de négociations officielles entre le gouvernement et les élus corses. Il s'agit là, comme l'indique le Professeur Verpeaux, d'un « procédé original d'élaboration de la loi qui consiste à faire accepter la loi nationale en la négociant au préalable avec les personnes censées être les plus directement concernées, à savoir les habitants d'une partie du territoire français »⁸. La banalisation d'un tel procédé confirme que si les institutions ainsi créées sont officiellement attribuées à des entités territoriales, elles n'en reflètent pas moins la prise en compte des particularismes des populations locales. En ce sens, les autorités étatiques autorisent bien l'institutionnalisation de certaines minorités

(*JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143). Le nouveau statut du territoire est instauré par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197). Voir notamment FABERON (Jean-Yves), « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, pp. 345-370 ; GOHIN (Olivier), « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, pp. 500-514.

¹ En 1946, la Polynésie française obtient avec la Nouvelle-Calédonie et Wallis-et-Futuna le statut constitutionnel de territoire d'outre-mer. Depuis, celui-ci a subi à quatre reprises des évolutions d'ampleur plus ou moins importante : redéfini par la loi n°77-772 du 12 juillet 1977 (*JORF*, 13 juillet 1977, p. 3703), il a été modifié par la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 (*JORF*, 7 septembre, p. 2831) puis par la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 (*JORF*, 13 avril 1996, p. 5695), complétée par la loi n° 96-313 du 12 avril 1996 (*JORF*, 13 avril 1996, p. 5705). Récemment, la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4183), complétée par la loi ordinaire n° 2004-193 du même jour (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4213), attribue à la Polynésie un nouveau statut la consacrant comme « pays d'outre-mer au sein de la République ». Voir PORTEILLA (Raphaël), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDA*, 1999, pp. 14-46 ; ORAISON (André), « Réflexions sur la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française », *RJP*, n° 2, 2004, pp. 183-229.

² *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

³ *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁴ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199.

⁵ *JORF*, 8 février 2000, p. 1985.

⁶ L'Accord a été approuvé par près de 73 % des votants (MONTVALON (Jean-Baptiste de), « Vote massif à Mayotte pour le statut de collectivité départementale », *Le Monde*, 4 juillet 2000).

⁷ Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503.

⁸ VERPEAUX (Michel), « Le nouveau statut de la Corse », *RFDA*, 2002, pp. 459-460.

nationales¹, en leur permettant de bénéficier de statuts dérogatoires (§ 1) et, parfois, d'institutions coutumières (§ 2).

§ 1. Le bénéfice de statuts dérogatoires

Dans sa rédaction initiale, l'article 72 de la Constitution de 1958 distinguait, au sein des collectivités territoriales de la République, les communes, les départements et les territoires d'outre-mer (TOM). Ces derniers jouissaient, aux termes de l'ancien article 74, d'« une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République »², tandis que les collectivités territoriales métropolitaines et les départements d'outre-mer (DOM) soumis à une politique d'assimilation se trouvaient encadrés par le principe d'uniformité territoriale. Les TOM obéissaient ainsi à une organisation originale des pouvoirs, qui les singularisait des collectivités territoriales de droit commun³. La doctrine pouvait alors distinguer la République « intra-nationale » formée du bloc des départements et soumise en principe à un régime juridique uniforme, de la République « extra-nationale » composée des TOM traités en « micro-nations périphériques à la Nation française et soumis chacun à un régime spécifique »⁴.

La décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1982 met fin à ce schéma dichotomique en autorisant « la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité »⁵. L'outre-mer n'est désormais plus la seule partie de la République où la tradition d'uniformité jacobine cède le pas. Fort de cette autorisation constitutionnelle, le législateur a entrepris d'attribuer aux collectivités le demandant des statuts dérogatoires fondés sur les particularismes locaux. Ce mouvement de différenciation statutaire s'est trouvé conforté par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁶, qui facilite la multiplication des collectivités *sui*

¹ Cette affirmation doit toutefois être ramenée à l'examen au cas par cas des différents statuts : si certains d'entre eux permettent de donner des institutions spécifiques plus adaptées à des collectivités minoritaires, d'autres visent simplement à compenser ou mettre en valeur des particularismes géographiques ou économiques et sont, de ce fait, étrangers à toute revendication identitaire – les statuts particuliers de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin illustrant ce dernier cas.

² Cette situation particulière était essentiellement commandée par l'idée que les populations locales devaient bénéficier d'une autonomie les préparant à l'indépendance.

³ Voir LAMPUÉ (Pierre), « Le régime constitutionnel des territoires d'outre-mer », *RDP*, 1984, pp. 5-20.

⁴ MICHALON (Thierry), « Le statut des minorités périphériques de la République », *Actes*, n° 69, janvier 1990, pp. 5-8.

⁵ CC, décision n° 82-138 DC, 25 février 1982, *Rec.*, p. 41 (*précit.*). Un raisonnement similaire est tenu dans la décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982 (*Rec.*, p. 76), où le Conseil constitutionnel refuse de considérer que toutes les communes de France doivent être soumises à un même et unique statut, et admet que Paris, Lyon et Marseille puissent déroger au droit commun de l'organisation communale sans méconnaître la Constitution (*RDP*, 1983, p. 375, note L. Favoreu).

⁶ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568. Voir THIELLAY (Jean-Philippe), « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA*, 2003, pp. 564-570.

generis (A) et consacre même la possibilité d'aménagements institutionnels pour les collectivités relevant du droit commun (B).

A. La multiplication des collectivités *sui generis*

Jusqu'en 2003, les seules collectivités pouvant disposer, aux termes de la Constitution, d'une « organisation particulière » étaient les territoires d'outre-mer¹. De ce fait, les TOM n'étaient pas soumis au principe d'uniformité institutionnelle : en fonction de leurs particularismes, ceux-ci bénéficiaient d'une autonomie plus ou moins importante et d'une organisation administrative adaptée, parfois fort éloignée de celle prévalant en métropole. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a largement contribué à l'application du principe de spécificité dans les TOM², mais pas au point de donner à ces territoires un pouvoir d'auto-organisation : le Parlement restait seul compétent pour définir et modifier leur statut³. Aussi importantes que fussent les compétences des assemblées territoriales, celles-ci restaient donc assujetties aux choix du législateur⁴ : de ce fait, l'autonomie qui sous-tendait le statut de chaque TOM opérait dans le cadre du principe d'indivisibilité de la République. L'unité restait le principe ; le différencialisme dont relevait le statut des TOM n'était qu'un aménagement.

Pour autant, les évolutions des statuts des différents territoires à partir du milieu des années 1970 ont peu à peu dépassé le stade de l'aménagement et provoqué la réduction quantitative de la catégorie des TOM : Mayotte est devenue collectivité

¹ A la différence de la Constitution de 1946 qui dotait les TOM d'une assemblée élue aux compétences étendues (art. 77), la Constitution de 1958 n'impose aucune règle relative à leur organisation, laissant ainsi le législateur libre de définir le statut le plus approprié aux particularités de chaque territoire.

² Dans sa décision n° 85-196 DC du 8 août 1985 portant sur la loi relative à l'évolution de la Nouvelle-Calédonie (*Rec.*, p. 63 ; *Dalloz*, 1986, p. 45, note F. Luchaire), le Conseil constitutionnel avait admis que chaque territoire d'outre-mer pouvait bénéficier d'une organisation administrative spécifique : il considérait en effet qu'il résultait de l'article 74 de la Constitution « que le législateur, compétent pour fixer l'organisation particulière de chacun des territoires d'outre-mer en tenant compte de ses intérêts propres, peut prévoir, pour l'un d'entre eux, des règles d'organisation répondant à sa situation spécifique, distinctes de celles antérieurement en vigueur comme de celles applicables dans les autres territoires ».

³ Ce monopole du Parlement a souvent été rappelé par le Conseil constitutionnel (voir notamment décision n° 83-160 DC, 19 juillet 1983, *Rec.*, p. 43 ; *JCP*, 1985, II, n° 20, p. 352, note H. Labayle). Le Conseil a même reconnu au législateur le pouvoir de reprendre une compétence qu'il avait attribuée à l'assemblée d'un TOM (décision n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Rec.*, p. 88).

⁴ La compétence exclusive du législateur était cependant atténuée par la consultation obligatoire de l'assemblée territoriale concernée avant l'adoption de toute loi relative à l'organisation particulière d'un TOM. La révision constitutionnelle de 2003 confirme cette obligation de consultation pour toute modification statutaire d'une collectivité d'outre-mer (art. 74 al. 2 de la Constitution). Le Conseil constitutionnel s'est montré particulièrement vigilant quant au respect de cette modalité, en considérant que sont soumises à l'obligation de consultation de l'assemblée territoriale « les règles essentielles d'organisation et de fonctionnement des institutions du territoire, y compris les modalités selon lesquelles s'exercent sur elles les pouvoirs de contrôle de l'Etat, ainsi que les dispositions qui n'en sont pas dissociables » (décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43).

territoriale *sui generis* en 1976¹, Saint-Pierre-et-Miquelon en 1985² et la Nouvelle-Calédonie en 1998³. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a entériné cette évolution en remplaçant la catégorie déclinante des TOM par celle des collectivités d'outre-mer (COM) régies par le nouvel article 74 de la Constitution. Ce nouveau vocable commun rassemble en fait des entités territoriales disparates qui, en vertu de l'article 74 alinéa 1^{er}, « ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République »⁴. Les collectivités d'outre-mer réunissent désormais deux collectivités qui disposaient déjà d'un statut particulier (Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon), deux collectivités qui faisaient encore partie des TOM en 2003 (la Polynésie française et les îles Wallis et Futuna⁵) et deux collectivités qui faisaient partie du DROM de Martinique jusqu'en février 2007 (Saint-Barthélemy et Saint-Martin)⁶. En créant cette nouvelle catégorie, le constituant a ouvert la voie à une prolifération de statuts uniques, pensés en fonction des particularismes de chaque collectivité⁷. De fait, ces quatre collectivités disposent d'institutions spécifiques qui les différencient plus ou moins du modèle de droit commun.

¹ Rattachée à la France en 1841, Mayotte dépendait jusqu'en 1975 des Comores qui étaient devenus territoires d'outre-mer en 1946. Lors de la consultation du 22 décembre 1974, alors que les autres îles comoriennes choisissent d'accéder à l'indépendance, Mayotte décide de demeurer au sein de la République française. Son statut est alors fixé par la loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 (*JORF*, 28 décembre 1976, p. 7493), qui lui confère un statut *sui generis*, situé à mi-chemin entre celui d'un DOM et celui d'un TOM. Ce statut avait été conçu pour n'être que provisoire mais le nouveau statut n'est intervenu qu'en 2001. Voir BERINGER (Hugues), « Mayotte : une collectivité territoriale de l'Outre-mer français à statut particulier », *RJPIC*, Vol. 49, n° 3, 1995, pp. 339-346.

² Saint-Pierre-et-Miquelon est rattaché de manière continue à la France depuis 1816. Érigé en TOM en 1946, l'archipel est transformé en DOM par la loi n° 76-664 du 19 juillet 1976 (*JORF*, 20 juillet 1976, p. 4323). Cette réforme contestée n'est que partiellement appliquée. Un statut plus adapté est adopté en 1985 : la loi n° 85-595 du 11 juin 1985 (*JORF*, 14 juin 1985, p. 6551) retire Saint-Pierre-et-Miquelon de la catégorie des DOM et l'érige en collectivité *sui generis*.

³ Les modifications successives du statut de la Nouvelle-Calédonie dans les années 1980 ne font pas pour autant sortir le territoire de la catégorie des TOM. Il faut attendre la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 (*JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143) qui établit un nouveau titre XIII dans le texte constitutionnel pour que la Nouvelle-Calédonie soit constituée en collectivité *sui generis*. Voir PACTET (Pierre), « La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 sur la Nouvelle-calédonie », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 199-204.

⁴ L'article 74 alinéa 2 impose que le statut des COM soit défini par une loi organique, après avis de l'assemblée délibérante (cette procédure avait été imposée pour les TOM par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *JORF*, 26 juin 1992, p. 8406). A l'heure actuelle, seul le statut de la Polynésie française répond à cette condition ; jusqu'à l'adoption de lois organiques les concernant, les autres collectivités d'outre-mer continuent à être régies par des lois ordinaires antérieures à la révision de 2003.

⁵ Les deux îles avaient choisi de devenir TOM par référendum en 1959. Le statut du territoire, encore en vigueur, a été fixé par la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 (*JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019).

⁶ Le statut des deux collectivités de Saint-Martin et Saint-Barthélemy est régi par la loi organique 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121). Ces deux COM ne seront évoquées que ponctuellement, dans la mesure où leurs populations ne présentent pas les caractéristiques de minorités nationales. L'attribution de statuts spécifiques n'était donc pas destinée à protéger les caractéristiques culturelles des habitants, mais à préserver certains privilèges fiscaux dont disposent ces îles depuis leur restitution à la France au XIX^e siècle. A cet égard, voir BLAIZOT (François), DREYFUS-SCHMIDT (Michel), *Rapport d'information sur le régime juridique applicable à Saint-Barthélemy et Saint-Martin*, Rapport n° 339, Sénat, 9 mai 1997.

⁷ GOHIN (Olivier), « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003, p. 682.

Le statut de Mayotte est probablement celui qui emprunte le plus au schéma départemental classique. L'accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000 prévoyait en effet la mise en place d'« une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun et qui sera adaptée à l'évolution de la société mahoraise »¹. La loi du 11 juillet 2001² est donc le fruit d'un compromis entre les aspirations des Mahorais favorables au statut départemental³ et les réserves de la métropole, eu égard aux particularismes géographiques, économiques et culturels de l'archipel⁴. Elle érige l'île en collectivité territoriale hybride, la « collectivité départementale »⁵, régie par une seule assemblée – le Conseil général – dont les modalités de fonctionnement « décalquent pour Mayotte, avec les adaptations dues à une collectivité unique, les dispositions applicables aux départements d'outre-mer et aux régions d'outre-mer »⁶. L'intérêt essentiel de ce statut réside dans son caractère souple et évolutif : la loi du 11 juillet 2001 ouvre en effet une période transitoire, au terme de laquelle le Conseil général de Mayotte pourra adopter une résolution qui, transmise au gouvernement, débouchera sur un projet de loi portant modification du statut de l'île en DOM⁷. En attendant, la décentralisation est approfondie : en mars 2004, le pouvoir exécutif de la collectivité départementale a été transféré du préfet au Président du Conseil général et depuis février 2007, les actes de la collectivité sont exécutoires de plein droit, sans approbation préalable du préfet⁸. Le statut de Mayotte est donc fondé sur une logique différencialiste mais tend à se rapprocher de l'organisation des collectivités territoriales de droit commun.

¹ *JORF*, 8 février 2000, p. 1985.

² Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199. Voir ORAISON (André), « Réflexions générales sur le nouveau statut administratif provisoire de Mayotte », *RJPIC*, Vol. 56, n° 1, 2002, pp. 46-61.

³ Les référendums locaux du 22 décembre 1974 et du 2 juillet 2000 ont révélé qu'une majorité de la population mahoraise est depuis longtemps favorable à la départementalisation de l'île, qui traduirait à leurs yeux un rattachement définitif à la République française.

⁴ Les hésitations métropolitaines s'expliquent par le « souci de ne pas bouleverser l'organisation sociale et économique [on pense ici notamment à la préservation du statut coutumier mahorais] ainsi que vraisemblablement le coût pour la métropole d'une départementalisation, même adaptée » (MICLO (François), « Le statut de Mayotte dans la République française », in GOHIN (Olivier), MAURICE (Pierre) dir., *Mayotte*, Actes du colloque des 23-24 avril 1991, Université de la Réunion, 1992, p. 189). La modification du statut de Mayotte est également rendue difficile par les pressions internationales exercées par la République islamique des Comores et l'Organisation de l'Unité Africaine, qui se fondent sur la règle de l'intangibilité des frontières des Etats issues de la décolonisation.

⁵ Formule dont certains auteurs dénoncent l'absence de signification juridique. En ce sens, voir MICHALON (Thierry), « L'éclatement de la République intra-nationale », in DECKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 195.

⁶ THIELLAY (Jean-Philippe), « La loi du 11 juillet 2001 : un nouveau départ pour Mayotte dans la République », *AJDA*, février 2002, p. 111.

⁷ Cette période transitoire était initialement fixée à dix ans (article 2 § 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *précit.*). La loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121) a réduit ce délai, en indiquant qu'une telle résolution pourra être adoptée dès le renouvellement du Conseil général de 2008 (art. LO 6111-2 du CGCT).

⁸ Art. LO 6151-1 du CGCT, issu de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *précit.*

A l'inverse, le statut de la Polynésie française établit un fonctionnement rappelant celui d'un véritable Etat¹. Aux termes du statut du 27 février 2004 qui modifie à la marge l'organisation territoriale mise en place par la loi organique du 12 avril 1996², la collectivité polynésienne est dotée d'une assemblée territoriale élue au suffrage universel direct, d'un gouvernement et d'un président élu par l'assemblée. L'assemblée règle les affaires de la Polynésie en adoptant des délibérations et des « lois du pays »³. En vertu de l'article 63 de la loi organique de 2004, le gouvernement est responsable devant l'assemblée territoriale, laquelle peut elle-même être dissoute par décret motivé en Conseil des ministres⁴. Ces institutions polynésiennes ne sont pas sans rappeler celles mises en place en Nouvelle-Calédonie par la loi organique du 19 mars 1999⁵. La loi remplace l'ancienne assemblée territoriale par le Congrès de Nouvelle-Calédonie, tandis que l'exécutif de l'île est transféré du Haut Commissaire de la République à un gouvernement collégial élu par le Congrès. Le gouvernement est responsable devant le Congrès, qui peut être dissout par décret motivé en Conseil des ministres⁶. Ainsi, en Polynésie française comme en Nouvelle-Calédonie, le fonctionnement des institutions est très proche de celui d'un Etat à régime parlementaire. En dépit des difficultés politiques qui ont marqué la mise en place des institutions néo-calédoniennes⁷ et polynésiennes⁸, ce type d'organisation institutionnelle semble se présenter comme une réponse adaptée aux revendications d'autonomie institutionnelle des deux archipels.

Les collectivités ultra-marines ont donc été le terrain privilégié de particularisations statutaires, mais cet assouplissement institutionnel notable ne s'est

¹ En ce sens, voir LUCHAIRE (François), « L'autonomie de la Polynésie française et la République », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 5-6.

² Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 (*JORF*, 13 avril 1996, p. 5695). Sur le statut de 1996, voir PONTIER (Jean-Marie), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *Revue administrative*, 1996, pp. 313-324 ; PORTEILLA (Raphaël), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDA*, 1999, pp. 14-46 ; LUCHAIRE (François), « L'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1996, pp. 953-990.

³ Sur les lois du pays de Polynésie française, voir *infra*, pp. 263ss.

⁴ Voir notamment JAN (Pascal), « L'Outre-mer entre mimétisme et spécificité constitutionnels (à propos des lois du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française) », *LPA*, n° 154, 3 août 2004, pp. 3-12 ; ORAISON (André), « Réflexions sur la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française », *RJP*, n° 2, 2004, pp. 183-229 ; SCHOETTL (Jean-Éric), « Un nouveau statut pour la Polynésie française après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2004, pp. 248-272.

⁵ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁶ Voir FABERON (Jean-Yves), « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, pp. 345-370.

⁷ Voir CHAUCHAT (Mathias), « Problèmes juridiques de la Nouvelle-Calédonie depuis l'adoption du nouveau statut », *Cahiers de l'ORIHIS*, n° 7, 2002, pp. 47-61 ; FABERON (Jean-Yves), « Nouvelle-Calédonie : les difficultés d'un gouvernement constitué à la représentation proportionnelle », *AJDA*, 2002, pp. 113-117.

⁸ THIELLAY (Philippe), « Le statut de la Polynésie française à l'épreuve d'un an de crise », *AJDA*, avril 2005, pp. 868-881 ; MOYRAND (Alain), TROIANIELLO (Antonio), « Aspect juridique de la crise politique polynésienne », *Revue juridique polynésienne*, n° 11, 2005, pp. 2-16 ; GUISELIN (Emmanuel-Pie), « Du premier au second gouvernement Temaru : une année de crise politique et institutionnelle », *Revue juridique polynésienne*, n° 12, 2006, pp. 2-26.

pas limité à l'outre-mer. La décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1982 relative au statut de la Corse faisait d'ailleurs valoir que l'unité de l'Etat pouvait également s'accommoder de structures différenciées en métropole¹. Si le statut attribué à la région de Corse en 1982 était déjà fondé sur un principe d'adaptation statutaire², la loi du 13 mai 1991 approfondit ce processus en faisant de la Corse une collectivité territoriale atypique, dotée d'institutions spécifiques assez proches de celles des TOM et d'un schéma fonctionnel inspiré des techniques du parlementarisme³, qui sépare durablement le statut de la Corse de celui des autres régions françaises⁴. Saisi de ce texte⁵, le Conseil constitutionnel a censuré certaines de ses dispositions⁶ tout en entérinant le différencialisme qui l'inspire, en affirmant qu'« en érigeant la Corse en collectivité territoriale à statut particulier [...], le législateur a entendu prendre en compte les caractères spécifiques de ce dernier »⁷. Cette décision du 9 mai 1991 s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de 1982, construite sur la reconnaissance des particularismes locaux ; par cette jurisprudence constante, « le juge a déplacé la ligne juridique qui séparait l'organisation administrative des territoires d'outre-mer de celle des autres collectivités territoriales de la République »⁸. Le dernier statut attribué à l'île le 22 janvier 2002¹ transfère des

¹ Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Rec.*, p. 41.

² Loi n° 82-214 du 2 mars 1982, *JORF*, 3 mars 1982, p. 748. Le statut de 1982 dotait la région de Corse d'une assemblée élue au suffrage universel dans le cadre d'une circonscription unique, qui pouvait adresser au Premier ministre « des propositions de modification ou d'adaptation des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des collectivités territoriales de Corse, ainsi que toutes propositions relatives aux conditions du développement économique, social et culturel de la Corse ».

³ La collectivité comprend une assemblée élue au suffrage universel direct, un Conseil exécutif et un Conseil économique, social et culturel ; le Conseil exécutif est responsable devant l'Assemblée qui peut mettre en cause sa responsabilité par l'adoption d'une motion de défiance constructive. Voir MICHALON (Thierry), « La Corse entre décentralisation et autonomie. Vers la fin des catégories ? », *RFDA*, 1991, pp. 720-740.

⁴ Marqué sans doute par l'originalité sans précédent du nouveau statut, le Doyen Favoreu a même affirmé alors que le schéma institutionnel mis en place pour la Corse en 1991 « est plus proche de l'organisation politique que de l'organisation administrative » (FAVOREU (Louis), « La décision "statut de la Corse" du 9 mai 1991 », *RFDC*, n° 6, 1991, p. 316).

⁵ Les requérants estimaient que le statut proposé n'avait rien de commun avec celui des collectivités territoriales métropolitaines et s'apparentait en fait à une organisation particulière réservée par l'article 74 de la Constitution aux seuls territoires d'outre-mer.

⁶ Le juge constitutionnel a notamment censuré l'article 1^{er} de la loi, ainsi rédigé : « La République française garantit à la communauté historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse, composante du peuple français, les droits à la préservation de son identité culturelle et à la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques. Ces droits liés à l'insularité s'exercent dans le respect de l'unité nationale, dans le cadre de la Constitution, des lois de la république et du présent statut ».

⁷ CC, décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 41 ; LUCHAIRE (François), « Le statut de la collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », *RDP*, 1991, pp. 943-979.

⁸ DEBBASCH (Roland), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, n° 30, 1997, p. 373. Il est toutefois à préciser que la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence construite depuis 1982 sur la reconnaissance des particularismes locaux ; il ne s'agit pas d'un revirement à cet égard.

compétences normatives supplémentaires aux autorités corses mais ne modifie pas le schéma institutionnel établi en 1991. Les élus corses souhaitaient pourtant une réforme d'envergure inspirée du statut néo-calédonien, impliquant la suppression des départements actuels au profit d'une collectivité territoriale unique et la dévolution d'un véritable pouvoir législatif à l'Assemblée de Corse. La consultation des électeurs locaux organisée à cet effet le 6 juillet 2003² a toutefois révélé l'opposition de la population : aussi faible qu'ait été la victoire du « non »³, elle a pour l'heure mis un terme à ce projet⁴.

Les révisions constitutionnelles du 20 juillet 1998 sur la Nouvelle-Calédonie⁵ et du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République⁶ ont ainsi entraîné une banalisation des statuts dérogatoires permettant de prendre en compte les spécificités de certaines collectivités locales. Ce processus ne passe toutefois pas uniquement par l'établissement de collectivités *sui generis* qui, du fait de leur singularité, ne peuvent plus être rattachées à une catégorie prédéfinie. Il se manifeste également au profit des départements d'outre-mer, qui ont désormais la possibilité de bénéficier d'aménagements institutionnels sans pour autant sortir de leur catégorie.

B. La possibilité d'aménagements institutionnels

En 1946, l'attribution d'un statut départemental aux anciennes colonies est révélateur de la logique d'assimilation qui prévalait alors en métropole⁷. Aux termes de la loi du 19 mars 1946 qui érige la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion en départements français⁸, les institutions de ces nouveaux départements sont alignées sur celles des départements métropolitains. En 1958, le constituant confirme cette logique d'assimilation institutionnelle mais l'article 73 de la Constitution dans sa version initiale précise toutefois que « le régime législatif et

¹ Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503.

² Ce référendum local, organisé par la loi n° 2003-486 du 10 juin 2003 (*JORF*, 11 juin 2003, p. 9815) était tenu sur la base du nouvel article 72-1 alinéa 3 de la Constitution, modifié moins de quatre mois auparavant, qui dispose que « lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées ». Voir ROMI (Raphaël), « Que toutes les îles se ressemblent : A propos de la loi du 10 juin 2003 organisant une consultation des électeurs en Corse », *AJDA*, juillet 2003, pp. 1340-1342.

³ 50,98 % des votants ont désapprouvé le projet qui leur était soumis. Voir ANDREANI (Jean-Louis), « Référendum : les raisons d'un échec », *Le Monde*, 8 juillet 2003 ; ROBERT (Jacques), « Ne manier le référendum qu'avec prudence... », *RDP*, 2003, pp. 915-929.

⁴ Bien que le résultat de la consultation ne lie pas les pouvoirs publics qui restent juridiquement les seuls auteurs des évolutions institutionnelles, ils se trouvent en pratique politiquement liés par ce résultat.

⁵ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

⁶ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁷ Sur les débats constitutionnels de 1946 concernant la mise en place de l'Union française et la départementalisation des quatre plus anciennes colonies, voir DIMIER (Véronique), « De la France coloniale à l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, pp. 41-55.

⁸ Loi n° 46-451 du 19 mars 1946, *JORF*, 20 mars 1946, p. 2294.

l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». L'assimilation à laquelle se réfère le constituant de 1958 semble donc avoir évolué : si elle suppose toujours en premier lieu l'égalité et, par là même, une certaine uniformité avec les départements métropolitains, elle comporte désormais la possibilité d'adapter les institutions et le droit applicable dans les DOM à leurs spécificités. Cette prise en considération des particularismes locaux demeure cependant strictement encadrée. Comme le souligne le Professeur Auby, si l'article 73 autorise le législateur à adapter l'organisation administrative des départements d'outre-mer, il ne l'autorise pas à en concevoir une qui leur soit propre ; le régime adapté des DOM doit ainsi « s'intégrer dans le cadre d'une catégorie existante, c'est-à-dire dans le cadre normal de l'institution départementale »¹.

De fait, l'organisation institutionnelle des quatre DOM reste très proche de celle des départements métropolitains. Ce sont surtout les juges, administratif² et constitutionnel³, qui veillent à ce que l'adaptation reste cantonnée dans certaines limites, vidant ainsi de sens la possibilité de « mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière » prévue par l'article 73 de la Constitution. La jurisprudence relative aux DOM prend ainsi l'exact contre-pied de celle sur les TOM. Une lecture aussi fermée de l'article 73 n'est pas à l'abri des critiques. De manière paradoxale, le Conseil refuse en effet aux départements d'outre-mer ce qu'il a pourtant accepté pour les collectivités métropolitaines, en validant notamment les adaptations successives du statut de la Corse⁴. La jurisprudence conduit ainsi à retourner le dispositif constitutionnel « contre l'outre-mer départementalisé en lui interdisant toute véritable différenciation vite regardée comme excessive à l'égard du schéma métropolitain »⁵.

¹ AUBY (Jean-François), *Droit des collectivités périphériques françaises*, Paris, PUF, 1992, p. 58.

² Dans un arrêt du 4 octobre 1967, le Conseil d'Etat indique que « l'exigence de décret d'application a pour but de permettre une adaptation de la législation métropolitaine en faisant subir à celle-ci les modifications nécessitées par la situation spéciale et les conditions de vie des dits départements, sans que toutefois il puisse être fait échec au principe d'assimilation, que le législateur a entendu faire prévaloir » (CE, 4 octobre 1967, *Epoux Butel, Leb.*, p. 350).

³ En 1982, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une loi qui dotait chaque DOM d'une assemblée unique, élue au scrutin proportionnel dans le cadre d'une circonscription unique. Le Conseil a censuré ces dispositions, considérant que « le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des mesures d'adaptation que peut rendre nécessaire la situation particulière de ces départements d'outre-mer ; que ces adaptations ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outre-mer une "organisation particulière", prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outre-mer » (décision n° 82-147 DC, 2 décembre 1982, *Rec.*, p. 70 ; *RA*, 1982, p. 620, note R. Etien ; *RFAP*, n° 311, 1983, p. 24, note R. Fortier). Ce considérant de principe a été réaffirmé dans la décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 (*Rec.*, p. 48 ; *AJDA*, 1984, p. 619, note J. Ferstenbert) et dans la décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000 (*Rec.*, p. 164). A cet égard, voir GOHIN (Olivier), « Egalité et différenciation dans les départements d'Outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-Marseille, Economica/PUAM, 1999, pp. 119-144.

⁴ CC, décision n° 82-138 DC, 25 février 1982, *Rec.*, p. 41 (*précit.*) ; décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 *Rec.*, p. 50 (*précit.*).

⁵ GOHIN (Olivier), *op. cit.*, p. 198.

Au-delà de son illogisme, cette rigidité institutionnelle se heurte aux revendications identitaires qui se sont progressivement manifestées dans les départements d'outre-mer¹. La loi d'orientation pour l'outre-mer (LOOM) du 13 décembre 2000 tente donc de rompre avec cette logique assimilatrice². Prenant conscience du fait que les spécificités locales ne peuvent être préservées que par des particularismes institutionnels, le législateur accorde pour la première fois aux départements et régions d'outre-mer un droit à la diversification statutaire³, en vertu d'un « principe d'individualisation qui reconnaît à chaque collectivité d'outre-mer le droit de bénéficier d'un régime adapté sans se trouver enfermée dans une catégorie uniforme »⁴. Cette loi augurait un rapprochement du statut des DOM sur celui du reste de l'outre-mer⁵ mais elle a toutefois été encadrée par le Conseil constitutionnel. Dans la décision du 7 décembre 2000, le juge constitutionnel rappelle sans surprise que le statut des DOM doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière, ces mesures ne pouvant avoir pour effet de doter les DOM d'une « organisation particulière » réservée aux seuls TOM⁶. Sans condamner totalement la diversification statutaire introduite par la LOOM, le Conseil constitutionnel l'enferme néanmoins dans des limites si étroites qu'il la rend improbable, en précisant que « la possibilité reconnue par la présente loi aux départements d'outre-mer “de disposer à

¹ On ne peut que faire référence ici au combat politique de personnalités locales telles que l'écrivain Aimé Césaire, l'écrivain guadeloupéen Paul Nizer, le député guyanais Justin Catayée et les Martiniquais Edouard Glissant et Marcel Manville, respectivement écrivain et avocat. Voir notamment WILLIAM (Jean-Claude), « Aimé Césaire : les contrariétés de la conscience nationale », in CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin) dir., *1946-1996 : Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, l'Harmattan, 1997, pp. 315-334 ; CONSTANT (Fred), « La problématique du rapport à l'Etat : les usages partisans de la décentralisation aux Antilles », in FORTIER (Jean-Claude) dir., *Questions sur l'administration des DOM*, Paris/ Aix-Marseille, Economica/PUAM, 1989, pp. 171- 188.

² Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, *JORF*, 14 décembre 2001, p. 24356. Voir BIOY (Xavier), « Le droit de l'Outre-mer à la recherche de ses catégories (A propos de la loi d'orientation du 13 décembre 2000) », *RRJ*, n° 4, 2001, pp. 1785-1810.

³ L'article 1^{er} de la loi « reconnaît à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion la possibilité de disposer à l'avenir d'une organisation institutionnelle qui leur soit propre ». La mise en œuvre de ce droit est assurée dans chaque DROM par un Congrès des élus départementaux et régionaux, créé par l'article 62 de la LOOM qui ajoute à la cinquième partie du Code général des collectivités territoriales (CGCT) un livre IX intitulé « Mesures d'adaptation particulières aux départements et régions d'outre-mer ». En vertu du nouvel article L.5915-1 du CGCT, ce Congrès des élus « délibère de toute proposition d'évolution institutionnelle, de toute proposition relative à de nouveaux transferts de compétences de l'Etat vers le département et la région concernés, ainsi que de toute modification de la répartition des compétences entre ces collectivités locales ».

⁴ Jacques Chirac, Allocution présidentielle de Madiama, Martinique, 11 mars 2000, retranscrit in *Le Monde*, 14 mars 2000. Ces nouvelles orientations s'inspirent directement du rapport remis au Premier ministre en 1999 par Claude Lise, sénateur de la Martinique, et Michel Tamaya, député de la Réunion (LISE (Claude), TAMAYA (Michel), *Les départements d'outre-mer aujourd'hui : la voie de la responsabilité*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1999, p. 9).

⁵ En ce sens, voir CUSTOS (Dominique), « Vers une autonomisation de l'évolution institutionnelle des DOM ? », *Revue politique et parlementaire*, n° 1009/1010, février 2001, pp. 47-60.

⁶ Décision n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *Rec.*, p. 164. Voir notamment LUCHAIRE (François), « L'avenir des départements d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Commentaire de la décision du 7 décembre 2000 », *RDP*, 2001, p. 249.

l'avenir d'une organisation institutionnelle qui leur soit propre" ne peut être entendue que dans les limites fixées par l'article 73 de la Constitution »¹. Confirmant sa jurisprudence antérieure, le Conseil constitutionnel réduit ainsi drastiquement les possibilités d'adaptations institutionnelles des DOM à leurs « spécificités territoriales »².

La censure du juge constitutionnel n'a toutefois pas empêché la multiplication des revendications d'autonomie institutionnelle dans le cadre des différents Congrès des élus départementaux et régionaux mis en place par la loi d'orientation pour l'outre-mer³. Le 29 juin 2001, le Congrès des conseillers généraux et régionaux de Guyane a ainsi approuvé un avant-projet de « Pacte pour le développement de la Guyane » prévoyant la création d'une nouvelle collectivité territoriale dotée d'institutions spécifiques⁴ et de compétences élargies⁵, sur le modèle de la Nouvelle-Calédonie. En Guadeloupe, le Congrès des élus régionaux et départementaux réuni le 17 décembre 2001 a également arrêté un projet d'évolution statutaire de l'île qui n'est pas non plus sans rappeler l'évolution néo-calédonienne⁶. Le projet prévoit en effet de substituer aux deux collectivités existantes une « région d'outre-mer » dotée d'une assemblée délibérante et d'un Conseil exécutif chargé de l'exécution des décisions de l'assemblée et responsable devant elle. L'assemblée devrait disposer de compétences nouvelles lui permettant de « légiférer dans les domaines d'intérêts spécifiques de la nouvelle région d'outre-mer » et d'assurer la reconnaissance et le respect des coutumes locales⁷. En Martinique, les élus départementaux et régionaux se sont accordés sur un projet sensiblement similaire, envisageant la transformation de la Martinique en une nouvelle collectivité territoriale dotée d'une assemblée unique⁸ et

¹ Décision n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *précit.* Compte tenu de l'interprétation restrictive retenue par le Conseil constitutionnel, les DOM souhaitant une assemblée unique se voient alors contraints d'abandonner leur statut pour choisir celui de collectivité *sui generis*.

² LE POURHIET (Anne-Marie), « Le contrôle des faits en droit constitutionnel : le cas des "spécificités territoriales" », in *Mélanges Dimitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 229-243.

³ La Réunion seule n'a pas formulé de demande officielle d'évolution statutaire, en dépit des revendications identitaires qui n'y sont pas moins fortes que dans les autres DOM. En ce sens, voir LAFARGUE (Régis), « Le réveil de l'identité réunionnaise à l'heure de l'accord de Nouméa : l'option départementale contestée par le discours sur la reconnaissance culturelle et sur la réparation des séquelles d'un passé esclavagiste », *Droit et Cultures*, n° 37, 1999, pp. 203-210.

⁴ L'avant-projet prévoyait la mise en place d'une assemblée pourvue d'un pouvoir législatif et réglementaire autonome, d'un Conseil exécutif responsable devant l'assemblée, de Conseils consultatifs dans les domaines socio-économique et culturel, ainsi que d'un Conseil coutumier. Pour plus de détails, voir ELFORT (Maude), « De la décentralisation à l'autonomie : la Guyane », *RFAP*, 2002, pp. 33-37.

⁵ L'avant-projet envisageait le transfert de compétences en matière de développement économique et d'aménagement du territoire, ainsi que des compétences nécessaires pour assurer et favoriser l'expression culturelle, sportive et politique des diverses communautés de Guyane (*Ibid.*).

⁶ Voir RENO (Fred), « Antilles et Guyane : consensus politique et société dissensuelle », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 155-164.

⁷ *Ibid.*

⁸ Cette assemblée serait composée de 75 membres élus dans le cadre d'une circonscription unique. Le président de la collectivité, élu par l'assemblée au scrutin majoritaire, serait assisté d'une commission dont la responsabilité pourrait être mise en cause au moyen d'une motion de défiance. Le projet prévoit par ailleurs la création de quatre conseils consultatifs : le Conseil économique et social, le Conseil de la culture, de l'éducation et de l'environnement, le Conseil de la famille, de la jeunesse et de la démocratie

de compétences élargies¹. Cette collectivité serait dotée d'un pouvoir réglementaire d'adaptation, en vue de modifier les décrets d'application des lois en fonction des particularismes locaux. Elle bénéficierait également d'un pouvoir réglementaire autonome lui permettant d'adopter des décrets dans le cadre de ses compétences, ainsi que d'un pouvoir législatif encadré, obtenu par habilitation du Parlement. Ces différents projets ont contribué à stigmatiser les insuffisances du statut de DOM tel qu'il était prévu par la Constitution avant 2003. Face à ces revendications, le constituant est donc intervenu².

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003³ constitue une véritable avancée en la matière : en constitutionnalisant le droit à la diversification statutaire, la loi constitutionnelle permet de contourner la jurisprudence du juge constitutionnel et de poursuivre dans la voie que le législateur avait tenté d'ouvrir en 2000. La réécriture de l'article 73 de la Constitution augure en effet un véritable changement de perspective pour les départements et les régions d'outre-mer (DROM), en tirant un trait sur l'uniformité qui a longtemps prédéterminé leurs institutions⁴. La Martinique, la Guadeloupe, la Guyane et la Réunion disposent désormais de la faculté de singulariser leur statut en apportant des modifications à leur structure institutionnelle. Cette évolution statutaire différenciée peut prendre deux formes. Elle peut en premier lieu se manifester dans le cadre de l'article 73, la collectivité territoriale modifiant ses institutions tout en restant un département ou une région d'outre-mer. Le dernier alinéa de l'article 73 prévoit en effet une hypothèse maximaliste, « la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer », et une hypothèse plus mesurée, « l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités »⁵. Ces évolutions intra-catégorielles ne peuvent intervenir sans

participative, et le Conseil des communes. Voir RENO (Fred), « Antilles et Guyane : consensus politique et société dissensuelle », in FABERON (Jean-Yves) dir., *op. cit.*, pp. 155-164.

¹ Les compétences transférées concerneraient le logement et l'habitat, la planification spatiale, l'urbanisme, l'aménagement et l'écologie, l'environnement et l'énergie, la culture, la propriété publique et les transports (*Ibid.*).

² Il est à noter qu'une révision constitutionnelle n'était nécessaire que dans l'hypothèse où les DOM souhaitaient être dotés d'un pouvoir législatif. En effet, dans la mesure où les DOM n'étaient pas expressément énumérés dans le texte constitutionnel avant 2003, rien ne les empêchait de choisir un statut de collectivité *sui generis*, comme avait pu le faire auparavant Saint-Pierre-et-Miquelon. Cependant, les élus des différents DOM voulaient précisément éviter de sortir de la catégorie des DOM, qui leur permet de bénéficier d'avantages économiques et de subventions européennes non négligeables. Seul un assouplissement du régime des DOM permettait donc de concilier ces différents objectifs (ZILLER (Jacques), « Les collectivités des outre-mers de l'Union européenne », in FABERON (Jean-Yves) dir., *op. cit.*, pp. 105-114).

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ Voir MICHALON (Thierry), « Une voie pour les DOM. : l'insularité à la carte », in FABERON (Jean-Yves), AUBY (Jean-François) dir., *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix en Provence, PUAM, 1999, pp. 209-238 ; ORAISON (André), « La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et les incidences de la nouvelle décentralisation dans les départements d'outre-mer », *RRJ*, 2003, pp. 2015-2045.

⁵ Il est à noter que le constituant autorise ainsi aux DOM l'évolution institutionnelle que le Conseil constitutionnel leur avait refusée dans sa décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982 (*Rec.*, p. 70, *précit.*).

qu'ait été préalablement recueilli le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités. C'est ainsi que les électeurs de Guadeloupe et de Martinique ont été consultés le 7 décembre 2003 sur le projet de création, dans chacune des deux collectivités, d'une collectivité territoriale unique se substituant au département et à la région dans les conditions prévues par l'article 73 ; ce projet soutenu par la grande majorité des élus antillais n'a toutefois pas recueilli l'assentiment des populations concernées¹.

En second lieu, l'évolution statutaire des DOM peut se réaliser hors de l'article 73 de la Constitution, par l'utilisation de la passerelle constitutionnelle aménagée au terme de l'article 72-4 qui permet désormais la transformation des DROM en COM². Pour ces mutations inter-catégorielles comme pour les évolutions intra-catégorielles, les électeurs sont obligatoirement consultés ; la population locale est la seule qui « détient la clé capable d'ouvrir ou de verrouiller la porte du statut »³. Par cette systématisation de la consultation des populations concernées, ce sont ainsi les garanties démocratiques des évolutions institutionnelles ultra-marines qui se voient renforcées⁴. La première utilisation d'un tel dispositif ne s'est pas fait attendre. Consultés le 7 décembre 2003 également sur la transformation des îles de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy en collectivités d'outre-mer, les électeurs de ces communes dépendantes du DOM de Guadeloupe ont répondu positivement à la mutation statutaire⁵. La loi organique entérinant le changement de catégorie

¹ 72,98 % des électeurs de la Guadeloupe et 50,48 % de ceux de la Martinique se sont prononcés contre l'évolution qui leur était proposée. Sur la portée de ces référendums locaux, voir LE POURHIET (Anne-Marie), « Référendums aux Antilles : *Nou pa ka acheté chat en sak* », *RDP*, 2004, pp. 655-679.

² L'article 72-4, qui permet également la transformation inverse d'une COM en DROM, établit une procédure en trois étapes. Le gouvernement ouvre la procédure par une proposition de changement de statut qui doit être suivie d'un débat devant chaque assemblée. Sont ensuite consultés les électeurs de la collectivité ou de la partie de la collectivité intéressée ; le cas échéant, le rejet du projet par la population entraîne son abandon. Enfin, le Parlement procède au changement de statut par l'adoption d'une loi organique, sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

³ ORAISON (André), « La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et les incidences de la nouvelle décentralisation dans les départements d'outre-mer », *RRJ*, 2003, p. 2032.

⁴ Sur ce point, voir DOUENCE (Jean-Claude), « Les garanties démocratiques : la consultation des populations », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 43-55.

⁵ A cet égard, voir HYEST (Jean-Jacques), COINTAT (Christian), SUTOUR (Simon), *L'avenir statutaire de Saint-Barthélemy et Saint-Martin : le choix de la responsabilité*, Rapport d'information n° 329, Sénat, 10 mai 2005, 89 p. Les spécificités des deux îles découlent en grande partie de la cohabitation entre la France et les pays scandinaves dans la région. L'île de Saint-Martin est divisée en deux : la partie Nord relève la souveraineté française, la partie Sud appartient aux Antilles néerlandaises. De ce fait, Saint-Martin est la seule collectivité territoriale de France où l'anglais est la langue d'usage et le dollar américain la monnaie quasi-exclusive. L'île de Saint-Barthélemy, cédée par Louis XVI à la Suède en 1784, a été rétrocédée à la France par un traité du 10 août 1877. Ce traité restait toutefois très imprécis quant au régime juridique auquel étaient soumis les habitants de l'île, le principal point de contentieux résidant dans des traditions fiscales en rupture avec le droit commun pourtant applicable (CE Sect., 22 mars 1985, *Ministre du Budget c. d'Yerville, Leb.*, p. 86). En définissant le nouveau statut de l'île, la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121) a mis un terme à cette incertitude.

territoriale a été adoptée le 21 février 2007¹. L'acquisition du statut de COM permet désormais à ces communes de s'affranchir des limites inhérentes à l'article 73 de la Constitution, de se doter d'une « organisation particulière » au sens de l'article 74 et, par suite, de bénéficier d'une autonomie statutaire supérieure à celle qui leur était reconnue en tant que DOM².

Trois ans après la réforme constitutionnelle, le bilan qui peut en être dressé est cependant mitigé³. La révision constitutionnelle marque une véritable révolution dans le paysage administratif français : pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle française, le constituant reconnaît les particularismes des départements d'outre-mer et leur donne les instruments nécessaires pour adapter leur organisation administrative à ces spécificités. Il ne s'agit plus à présent de brider les particularités locales mais de les protéger et de les préserver, quitte à rompre durablement avec le principe d'uniformité. Pour autant, en pratique, les nouveaux dispositifs prévus à l'article 73 n'ont pas été véritablement exploités. Après l'échec du projet de collectivité unique proposé pour la Martinique et la Guadeloupe, aucun autre projet de réforme institutionnelle n'a été formulé, en dépit des déclarations qui avaient été adoptées en ce sens par les différents Congrès d'élus locaux. La seule exception concerne les communes de Saint-Martin et Saint-Barthélemy.

Il n'en demeure pas moins que les modifications apportées en 2003 au titre XII de la Constitution permettent de rompre « l'ordonnement uniforme que l'interprétation classique et formaliste du principe d'unité et d'indivisibilité de la République tendait à imposer »⁴. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 place en effet le texte fondamental dans une perspective différencialiste, en généralisant l'hétérogénéité des statuts des collectivités territoriales, ultra-marines comme métropolitaines. Le pluralisme institutionnel est ainsi pleinement affirmé, dans la mesure où chaque collectivité pourra désormais disposer d'un statut sur mesure adapté à ses spécificités. La porte est ainsi largement ouverte à la reconnaissance institutionnelle des minorités nationales territorialisées. Elle l'est d'autant plus que les institutions coutumières de certaines collectivités peuvent également être consacrées.

¹ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121. Il est à noter qu'en dépit de leur nouveau statut, les collectivités de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy continuent à faire partie de la Guadeloupe au sens que l'article 72-3 de la Constitution donne à ce terme – c'est-à-dire la Guadeloupe dans ses limites administratives telles qu'existantes à la date de promulgation de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 – jusqu'à ce qu'une nouvelle révision constitutionnelle vienne aligner l'énumération de l'article 72-3 sur l'organisation territoriale nouvelle.

² ORAISON (André), « Réflexions sur les changements statutaires à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin à la suite des référendums antillais du 7 décembre 2003. La création des deux collectivités d'outre-mer (COM) dans la France caribéenne », *RRJ*, n° 113, 2006, pp. 943-951.

³ Dans le même sens, voir BLERHOT (Laurent), « Les départements et régions d'outre-mer : un statut à la carte », *Pouvoirs*, n° 113, 1995, p. 69.

⁴ SOULIER (Gérard), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 632.

§ 2. La reconnaissance d'institutions coutumières

Dans certaines collectivités locales, l'Etat a accepté de pousser le processus de différenciation institutionnelle jusqu'au point de reconnaître l'existence d'autorités coutumières. Au demeurant, cette situation ne concerne que les collectivités qui ont conservé leur organisation traditionnelle, en dépit de la colonisation et de l'assimilation. Les collectivités kanakes, mahoraises, amérindiennes, wallisiennes et futuniennes se voient ainsi soumises, dans le cadre de l'Etat, à des institutions coutumières qui reflètent leur mode de vie traditionnel.

Cette tolérance institutionnelle de l'Etat représente, à l'évidence, un signe d'ouverture aux traditions juridiques minoritaires. En reconnaissant l'autorité de certaines institutions coutumières, l'Etat confère aux collectivités autochtones concernées une autonomie dont le degré est fonction de l'étendue des compétences qui leur sont attribuées. Certaines d'entre elles disposent ainsi d'institutions normatives qui ont la capacité d'édicter les règles propres à la collectivité (A). D'autres, parfois les mêmes, bénéficient d'institutions juridictionnelles susceptibles de faire respecter les règles propres à la collectivité (B).

A. Des institutions normatives

Dès lors qu'il s'engage dans la reconnaissance d'institutions coutumières, l'Etat a deux possibilités. Soit il reconnaît, sans aucunement les modifier, les institutions traditionnelles préexistantes de la collectivité ; on est alors dans une situation de « reconnaissance institutionnelle » que la doctrine a défini comme l'incorporation, par un ordre juridique, des institutions d'un autre ordre juridique au sein de sa propre structure institutionnelle¹. Soit l'Etat met en place des institutions nouvelles inspirées des institutions traditionnelles ; on se trouve alors dans une situation hybride, tendant à conférer une légitimité coutumière à des institutions octroyées par l'Etat. A l'évidence, le degré d'autonomie institutionnelle des collectivités minoritaires n'est pas le même selon le choix opéré par l'Etat.

Les autorités françaises ont choisi de conjuguer ces deux possibilités, en organisant dans certaines collectivités ultra-marines la coexistence d'institutions traditionnelles officialisées et d'institutions coutumières créées². Bien que les institutions traditionnelles et les institutions coutumières n'aient pas la même origine,

¹ A ce sujet, voir WOODMAN (Gordon), « The Idea of Legal Pluralism », in DUPRET (Baudouin), BERGER (Maurits), AL-ZWAINI (Laila) eds., *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 18-19.

² La distinction entre « institutions traditionnelles » et « institutions coutumières » s'inspire de la celle opérée par les Professeurs Le Roy et Wane entre droit traditionnel et droit coutumier (LE ROY (Etienne), WANE (Mamadou), « La formation des droits non étatiques », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 1, 1982, pp. 353-375). Voir *supra*, pp. 92-93.

elles permettent aux collectivités minoritaires qui en disposent de jouir d'une autonomie institutionnelle certaine et, par suite, de mieux préserver leur droit coutumier. Comme l'indique le Professeur Rouland, quelles que soient les institutions qui en soient chargées, « il importe de donner ses chances à un *mode coutumier de production du droit* qui permette aux populations de déterminer elles-mêmes le contenu actuel de leurs identités »¹. Les institutionnelles traditionnelles préexistantes (1) comme les institutions coutumières nouvelles (2) peuvent y contribuer.

1. La reconnaissance d'institutions traditionnelles préexistantes

L'exemple le plus révélateur en matière de reconnaissance d'institutions traditionnelles est sans doute celui de Wallis et Futuna. Le traité de protectorat signé le 19 novembre 1886 entre la France et la reine Amélia de Wallis garantissait la préservation des coutumes locales par les autorités françaises². Dans ce cadre, les institutions traditionnelles ont été conservées, subissant néanmoins l'influence des missionnaires catholiques implantés dans l'archipel³. Cette situation n'a pas été modifiée lors de la transformation des deux îles en territoire d'outre-mer par la loi du 29 juillet 1961 qui réitère la garantie de la protection des coutumes « tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit »⁴. Le territoire est doté d'une assemblée élue au suffrage universel⁵ et d'un conseil territorial chargé de l'exécutif, présidé par le préfet et représente l'autorité exécutive du territoire.

Si cette organisation institutionnelle correspond à celle des anciens TOM, l'identité particulière de Wallis et Futuna s'exprime dans la composition de ces institutions. Le Conseil territorial regroupe ainsi les rois de Wallis (*Lavelua*), d'Alo (*Tui Agaifo*) et de Sigave (*Keletaona*), membres de droit, et trois autres membres désignés par le préfet après accord de l'assemblée territoriale ; ces trois personnes ont toujours été des responsables coutumiers. Le territoire lui-même est divisé en trois circonscriptions administratives qui se confondent avec les royaumes traditionnels. Chaque circonscription se trouve ainsi sous l'autorité reconnue et effective du roi désigné selon les coutumes par les notables du royaume et assisté de ministres coutumiers⁶. Les trois rois et leurs ministres – qui forment les Grandes chefferies –

¹ ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTDC*, n° 2, avril-juin 1994, p. 311 (les italiques ont été ajoutés par nos soins).

² Le traité de protectorat de 1886 a été étendu aux royaumes d'Alo et de Sigave l'année suivante.

³ ROUX (Jean-Claude), « Pouvoir religieux et pouvoir politique à Wallis et Futuna », in DECKER (Paul de), LAGAYETTE (Pierre) dir., *Etats et pouvoirs dans les territoires français du Pacifique*, Paris, L'Harmattan, pp. 54-181.

⁴ Article 3 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019.

⁵ L'assemblée comprend vingt conseillers (treize pour Wallis et sept pour Futuna) élus pour cinq ans (voir le site de l'assemblée territoriale de Wallis et Futuna : <http://www.wallis.co.nc/assemblee.ter>)

⁶ Sur l'organisation coutumière de Wallis et Futuna, voir *supra*, pp. 87ss.

sont rétribués par l'Etat ¹. Afin de préserver les particularismes locaux, la France a donc conservé ces institutions traditionnelles qui se révèlent en complète opposition avec l'organisation et la dévolution du pouvoir dans le reste du territoire français. Plus qu'une divergence structurelle, il s'agit ici d'une véritable opposition de régime : la France, dont la forme républicaine « ne peut faire l'objet d'une révision » aux termes de l'article 89 de la Constitution, admet pourtant une organisation monarchique sur une partie de son territoire. Cette singularité institutionnelle est d'autant plus surprenante que les autorités étatiques n'ont aucun droit de regard sur le fonctionnement des institutions coutumières, comme a pu le révéler la crise monarchique qui a éclaté à Wallis en septembre 2005 ².

La situation institutionnelle en Nouvelle-Calédonie, bien que moins singulière, est également révélatrice de la tolérance de l'Etat à l'égard des institutions traditionnelles. Toutefois, contrairement aux autorités coutumières de Wallis et Futuna qui ont été acceptées dès l'entrée de l'archipel dans la République, celles de Nouvelle-Calédonie ont fait l'objet d'une reconnaissance progressive. Pendant la période coloniale, l'autorité des institutions traditionnelles était cantonnée aux réserves où les Kanaks étaient confinés. Après la suppression du code de l'indigénat par la loi du 11 avril 1946 ³, ces réserves sont devenues des districts administrés par des Grands Chefs et composés de plusieurs tribus placées sous l'autorité de Petits Chefs ⁴, nommés selon la coutume. Chaque tribu se divise elle-même en clans, dirigés par un chef de clan et un Conseil des Anciens.

L'autorité de ces institutions est désormais pleinement reconnue par l'Etat. L'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 indique en son article 1^{er} que « les

¹ Voir par exemple la question écrite du 6 avril 1998 du député de Wallis et Futuna sur la revalorisation des indemnités servies aux représentants coutumiers (*JORF*, 6 avril 1998, p. 1890) et la réponse du Secrétariat à l'outre-mer, précisant que « Les indemnités allouées aux chefferies coutumières sont à la charge de l'Etat. Elles sont imputées sur le chapitre 31-95, article 92, paragraphe 92, du budget de secrétariat à l'outre-mer » (*JORF*, 29 juin 1998, p. 3652).

² Pour mettre fin aux pratiques népotiques de l'entourage du roi de Wallis, les notables avaient en effet destitué le *Lavelua* et intronisé une nouvelle Grande chefferie en juin 2005, avec l'assentiment du préfet qui lui avait accordé une reconnaissance administrative. La crise a alors entraîné de violentes manifestations dans l'île. Dans ce contexte, le médiateur envoyé par l'Etat a dû confirmer la reconnaissance de l'ancien *Lavelua*, qui régnait depuis 1959 (WERY (Claudine), « Le gouvernement est contraint de plier devant les partisans du vieux roi de Wallis », *Le Monde*, 29 septembre 2005). Le conflit institutionnel a donné lieu à une jurisprudence rappelant que la loi interdit toute immixtion des institutions de la République dans le fonctionnement des institutions coutumières, et ne donne compétence à aucune autorité administrative pour connaître des questions coutumières, notamment en intervenant dans la désignation des autorités coutumières (TA Mata-Utu, 12 mars 2007, *M. Halagahu*, n° 06-01 ; *AJDA*, 2007, p. 1184, concl. J.-P. Briseul). La mort du roi de Wallis en mai 2007 a mis fin à la crise, le pouvoir revenant désormais à sa fille (TERNISIEN (Xavier), « Tomasi Kulimoetoke », *Le Monde*, 11 mai 2007).

³ Loi n° 46-645 du 11 avril 1946, *JORF*, 12 avril 1946, p. 3063.

⁴ Selon les chiffres fournis par l'Institut territorial de la Statistique et des Etudes Economiques dans un « Inventaire tribal » paru en février 1990, on comptait alors en Nouvelle-Calédonie 337 tribus, regroupées en 57 districts (cité in AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 37).

autorités coutumières des collectivités mélanésiennes de droit local, régulièrement instituées, sont investies du pouvoir de conciliation entre citoyens de statut particulier, dans les matières régies par ce statut »¹. Ainsi, en cas de litige sur l'occupation d'une terre, c'est le Conseil des Anciens qui est saisi ; à défaut de consensus, il est fait appel au Petit Chef de la tribu puis, en cas de nouvel échec, au Grand Chef qui statue souverainement. L'autorité de ces institutions coutumières s'est trouvée accrue suite à l'adoption de l'Accord de Nouméa le 5 mai 1998². L'article 1.2.2 de l'Accord prévoit en effet une valorisation du rôle des autorités coutumières, en leur confiant notamment « un rôle dans la clarification et l'interprétation des règles coutumières. Plus généralement, l'organisation spatiale de la Nouvelle-Calédonie devra mieux tenir compte de leur existence ».

Un tel recours aux institutions traditionnelles est également observable dans les villages amérindiens du Guyane, où l'autorité est officiellement exercée par des chefs coutumiers. La survivance de ces autorités autochtones peut paraître surprenante dans un département d'outre-mer soumis au principe d'assimilation institutionnelle. Elle résulte en fait de l'établissement, entre 1930 et 1969, du « territoire de l'Inini » dans la partie intérieure du territoire guyanais, où résidait et réside encore l'immense majorité de la population amérindienne³. Le décret du 6 juin 1930⁴ divise en effet la Guyane en deux territoires au statut distinct : le territoire côtier destiné à une assimilation progressive à la métropole, et la partie forestière intérieure érigée en unité administrative autonome placée sous l'autorité du Gouverneur de la Guyane. Le mode d'administration mis en place dans le territoire de l'Inini laisse aux Amérindiens une grande autonomie : l'administration n'intervient pas dans les affaires des villages qui demeurent sous l'autorité exclusive des chefs coutumiers. En 1951, suite à la départementalisation de la Guyane, le territoire de l'Inini est transformé en un arrondissement au statut particulier qui tend à préserver les institutions coutumières⁵. Ce statut prévoit toutefois la subdivision de l'arrondissement en communes qui, de fait, s'établissent progressivement dans les années 1960. L'abrogation du statut dérogatoire de l'arrondissement de l'Inini en 1969⁶ aboutit à la mise en place sur tout le territoire de la Guyane de communes de plein exercice qui ne font toutefois pas disparaître les autorités traditionnelles. Nommés par le Président du Conseil général

¹ Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, *JORF*, 17 octobre 1982, p. 3106.

² *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

³ Voir ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, pp. 1620-1621.

⁴ *JORF*, 12 juin 1930, p. 6468.

⁵ Loi n° 51-1098 du 14 septembre 1951, *JORF*, 18 septembre 1951, p. 9629.

⁶ Cette disparition est validée par un cavalier budgétaire de la loi n° 69-1161 du 24 décembre 1969 portant loi de finances pour 1970 (*JORF*, 27 décembre 1969, p. 12610). Par la suite, le département est divisé en deux arrondissements de droit commun, celui de Cayenne et celui de Saint-Laurent-du-Maroni.

de Guyane depuis 1982¹ et rétribués sur les fonds publics du département, les chefs coutumiers servent de « relais entre l'administration départementale et leur communauté »² et exercent une fonction de police et de médiation civile et pénale dans le groupe sur lequel s'exerce leur autorité. Ils peuvent être chargés de formalités administratives pour les membres de leur tribu. Ils sont enfin les garants de la culture autochtone, chargés de préserver l'identité de leur tribu et d'organiser diverses cérémonies rituelles ou spirituelles³. Bien qu'ils relèvent du Conseil général et ne devraient, dès lors, exercer de compétences que dans le domaine d'attribution du département, ces chefs coutumiers interviennent dans des domaines relevant à l'évidence de la compétence étatique – preuve supplémentaire du fait que les autorités coutumières dérogent radicalement à l'organisation administrative classique de la République.

La survivance d'autorités traditionnelles en Guyane témoigne du fait que l'assimilation n'a pas pleinement atteint son objectif dans les départements d'outre-mer. On ne peut donc pas lier systématiquement le statut de DOM à l'absence d'institutions autochtones. A l'inverse, il serait tout aussi faux de lier le statut de TOM ou de COM à la préservation des structures traditionnelles. Mayotte et la Polynésie sont ainsi deux exemples d'anciens territoires d'outre-mer où les autorités coutumières n'ont pas résisté à l'acculturation. L'organisation institutionnelle actuelle de ces collectivités relève donc entièrement du droit administratif commun. Dans ces deux cas, toutefois, la totalité de la classe politique est autochtone : une règle non écrite tient les Allochènes à l'écart des mandats locaux. Les Autochtones se sont ainsi appropriés les institutions territoriales de droit public, palliant en partie la disparition des institutions traditionnelles⁴.

Dans les autres territoires, la reconnaissance de l'autorité d'institutions traditionnelles n'est pas sans générer de situations paradoxales. Comme l'indique le Professeur Garde, « reconnaître des autorités publiques issues de la coutume suppose, dans un Etat démocratique, une capacité d'accepter l'incohérence »⁵. En effet, la coexistence dans certaines parties du territoire national d'autorités extra-étatiques officialisées et d'autorités locales élues provoque d'inéluctables conflits de légitimité. A Wallis et Futuna, la réponse à ce dilemme est radicale : il n'y a pas de communes donc pas d'élus locaux dans le sens du droit constitutionnel et administratif français. L'assemblée territoriale élue au suffrage universel exerce ses compétences sous la

¹ Auparavant, les chefs coutumiers étaient nommés par le préfet. L'autorité de nomination se contente généralement d'entériner le choix du village concerné. Cette approbation ne joue cependant pas qu'un rôle formel : seul l'arrêté de nomination permet aux chefs coutumiers de se prévaloir de leur titre auprès des tiers (services administratifs, élus municipaux, autres autorités traditionnelles...).

² Délibération du Conseil général n° 30-88 du 11 avril 1988.

³ ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, p. 1621.

⁴ Sur ce point, voir GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 8.

⁵ GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 11.

surveillance, pour ne pas dire la tutelle, du conseil territorial qui jouit d'une légitimité coutumière. La situation est plus sensible en Nouvelle-Calédonie, où les communes autres que Nouméa ont été créées en 1971. Dans l'île principale, la population est multiculturelle et la carte communale ne coïncide pas avec la carte coutumière ; les autorités élues ne sont donc pas en concurrence directe avec les chefs coutumiers. En revanche, dans les petites îles d'Ouvéa ou de Lifou, peuplées essentiellement de Kanaks, chaque île est à la fois une commune et l'assise de plusieurs grandes chefferies. Si un Grand Chef se fait élire maire ou président de la province, le cumul des légitimités résout la difficulté¹ ; mais lorsque l' élu n'a pas de rang coutumier ou entre en conflit avec la coutume, la légitimité démocratique est clairement réfutée². En Guyane enfin, les institutions traditionnelles sont perçues comme les seules autorités légitimes : de ce fait, les maires sont contraints de passer par l'intermédiaire des chefs coutumiers pour faire appliquer leurs décisions. Pour pallier ce manque de légitimité démocratique et diffuser les structures communales parmi les collectivités autochtones, l'Etat a créé plusieurs communes fondées sur une base ethnique³. Les conflits de légitimité sont ainsi réglés au détriment des principes affirmés à l'article 1^{er} de la Constitution. Une telle solution peut laisser l'observateur perplexe, y compris celui faisant preuve de la plus large « capacité d'accepter l'incohérence »⁴ – incohérence que renforce sans doute la mise en place de nouvelles institutions coutumières.

2. La mise en place d'institutions coutumières nouvelles

En parallèle à la consécration d'institutions traditionnelles, l'Etat a mis en place, avec l'assentiment des collectivités concernées, des institutions destinées à faciliter la connaissance des coutumes en vigueur et à exercer une certaine régulation dans le

¹ La question est résolue du point de vue politique mais pas du point de vue coutumier. En effet, un Grand Chef est nommé selon les coutumes ; dès lors, le seul fait de se présenter à une élection devant ses sujets est une incohérence.

² Voir notamment l'affaire Evanes Boula, dans laquelle les Grands chefs de Lifou ont prononcé l'interdiction de séjour du maire, détruit ses biens et bloqué le fonctionnement des institutions municipales jusqu'à la démission de ce dernier (Trib. correctionnel de Lifou, n° 46/94, 11 août 1994, *Evanes Boula et autres*). Voir BUSSEREAU (Dominique), DOSIERE (René), *La mise en place des institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Rapport d'information n° 3222, Ass. nat., 9 juillet 2001, p. 66.

³ Ainsi, à la fin des années 1960, Camopi a été érigée en commune presque exclusivement peuplée d'Emerillons et de Wayampis (voir NAVET (Eric), « Considérations sur la situation des Amérindiens de l'intérieur de la Guyane », *Journal de la Société des Américanistes*, tome 76, 1990, pp. 215-223). En 1989 a été créée la commune amérindienne de Awala-Yalimapo, qui dépendait jusqu'alors de la commune créole de Mana mais dont les habitants cohabitaient mal au sein d'une même entité municipale (BOBIN (Frédéric), « Le réveil des Amérindiens de Guyane », *Le Monde*, 20 mars 1994). De même, la commune de Grand Santi Papaïchton a été divisée en 1991, Grand Santi étant désormais une commune noire-réfugiée et Papaïchton une commune amérindienne (GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 11). A l'heure actuelle, plusieurs tribus amérindiennes réclament encore la création de communes « ethniques » (OPOYA (Aimawale), « Nous attendons le bon moment pour créer notre commune », *Ethnies*, n° 31-32, printemps 2005, pp. 76-83).

⁴ GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 11.

domaine coutumier. Eu égard à leur fonction et à leur composition, ces institutions sont qualifiées de coutumières. Il ne s'agit toutefois pas de véritables institutions autochtones traditionnelles ; leur établissement n'est pas le fait de la coutume mais bien de la volonté étatique.

Ainsi, en Nouvelle-Calédonie, la loi référendaire du 9 novembre 1988 instaure un conseil coutumier dans chacune des huit aires coutumières de l'archipel¹. Les membres de ces conseils se réunissent au sein du Conseil consultatif coutumier territorial, chargé d'émettre un avis sur toute délibération territoriale en matière de droit coutumier et de droit foncier². La loi organique du 19 mars 1999 (LO) s'inspire de ce schéma institutionnel, tout en le modifiant quelque peu³. Les huit Conseils coutumiers sont maintenus et leurs compétences renforcées : ils disposent désormais de pouvoirs consultatifs, de pouvoirs de médiation et d'un pouvoir décisionnel en cas de litige sur l'interprétation d'un procès-verbal de palabre coutumier⁴. Aux termes de la loi, leurs membres sont nommés « selon les usages reconnus par la coutume » ; il appartient ensuite au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de constater ces désignations coutumières, sans pouvoir s'y opposer⁵. La loi organique remplace le Conseil coutumier par un Sénat coutumier, composé de seize membres (deux par aire coutumière) désignés parmi les membres des Conseils coutumiers de province⁶. Contrairement à l'institution qui l'avait précédé, le rôle du Sénat coutumier n'est plus seulement consultatif ; il est désormais obligatoirement saisi de tout projet ou proposition de loi du pays intervenant en matière de droit coutumier⁷. Lorsque le

¹ Article 60 de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988, *JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087.

² Les lois n° 84-821 du 6 septembre 1984 (*JORF*, 7 septembre 1984, p. 2840) et n° 85-892 du 23 août 1985 (*JORF*, 24 août 1985, p. 9775) avaient déjà prévu la création de ces institutions coutumières mais l'instabilité statutaire de la Nouvelle-Calédonie dans les années 1980 avait empêché leur mise en place. Le Conseil coutumier prévu par la loi référendaire du 9 novembre 1988 a, quant à lui, été effectivement institué en 1992.

³ Chapitre 4 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁴ En application de l'article 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, les Conseils coutumiers sont des institutions de la Nouvelle-Calédonie. A ce titre, ils peuvent être appelés à prendre des décisions à caractère réglementaire, dont la légalité peut être appréciée par le juge de l'excès de pouvoir. Il en est ainsi notamment de leur règlement intérieur ou de la désignation des membres du Sénat coutumier (pour exemple, voir TA Nouvelle-Calédonie, 20 avril 2000, *Naisseline*, req. n° 99315).

⁵ Art. 149 LO (*précit.*). La loi organique ouvre toutefois la perspective, à terme, d'une désignation démocratique des membres des conseils, par un collège électoral et selon des modalités déterminées par une loi du pays. Cette faculté n'a toutefois pas eu de suite, dans la mesure où elle ne recueille pas l'assentiment ni des conseils ni du Sénat coutumier (voir BUSSEREAU (Dominique), DOSIERE (René), *La mise en place des institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Rapport d'information n° 3222, Ass. nat., 9 juillet 2001, p. 64).

⁶ La désignation des membres du Sénat coutumier est constatée par le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (art. 137 LO). Cette désignation constitue un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir, ce qui donne lieu à un contentieux quantitativement non négligeable devant le juge administratif. Voir TA Nouvelle-Calédonie, 20 avril 2000, *Naisseline*, req. n° 99315 ; 18 novembre 2002, *Bouarat*, req. n° 02-0218 ; 10 novembre 2005, *Chefferie Numia Kambwa Wecho Pweyta*, req. n° 05290, *AJDA*, 2006, p. 1562, note J.-P. Vogel et Th. Xozame.

⁷ Aux termes de l'article 142 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*précit.*), le Sénat coutumier est saisi de tout projet ou proposition de loi du pays relatif « aux signes identitaires, au statut

Congrès adopte un texte différent de celui adopté par le Sénat coutumier, ce dernier « est saisi du texte voté par le Congrès. Si le Sénat coutumier n'adopte pas ce texte en termes identiques dans un délai d'un mois, le Congrès statue définitivement »¹. Grâce à ce système de navette, le Sénat coutumier participe pleinement à la fonction normative territoriale, même si le bicaméralisme ainsi institué reste inégalitaire². Outre ce pouvoir normatif accru, le Sénat coutumier est chargé de constater la désignation des autorités traditionnelles (chefs de clans, petits et grands chefs, membres des conseils coutumiers de province, etc.)³. Le juge administratif a interprété cette disposition comme impliquant que « cette assemblée de hauts coutumiers vérifie la régularité des désignations en fonction des règles coutumières, non écrites, et qui sont particulières aux différentes aires coutumières au besoin en utilisant, s'il l'estime utile, les dispositions de l'article 150 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 qui lui permettent de consulter le conseil coutumier de l'aire coutumière concernée »⁴. Après avoir ainsi vérifié la régularité coutumière du palabre, le Sénat coutumier notifie la désignation au gouvernement de Nouvelle-Calédonie, qui procède alors à la nomination officielle ouvrant droit aux indemnités attachées aux fonctions.

S'inspirant de ce précédent néo-calédonien, le Congrès des élus régionaux et départementaux de Guyane a réclamé, dans l'avant-projet de « Pacte pour le développement de la Guyane » du 29 juin 2001⁵, la mise en place d'un Conseil des autorités coutumières qui serait composé des représentants des chefs coutumiers amérindiens, et obligatoirement consulté pour avis sur tous les projets et actes entrant dans le champ de compétence de la collectivité territoriale de Guyane, afin de prendre en considération le droit coutumier⁶. Ce projet révélait une perspective d'autonomie normative intéressante pour une collectivité qui, en tant que DOM, restait soumise au principe d'identité institutionnelle, assoupli depuis lors. En 2007, le législateur a partiellement suivi cette proposition, en créant un « Conseil consultatif des

civil coutumier, au régime des terres coutumières [...] et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au Sénat coutumier et aux conseils coutumiers ».

¹ Art. 142 LO (*précit.*).

² Voir l'article du Vice-président du Sénat coutumier ZEOULA (Pierre), « Contribution du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 465-473.

³ Art. 141 LO (*précit.*). Les délibérations du Sénat constatant les désignations coutumières sont soumises au contrôle de légalité (art. 204 LO, *précit.*).

⁴ TA Nouvelle-Calédonie, 4 mars 2004, *Clovis X.*, req. n° 03-0325. Dans le même sens, voir TA Nouvelle-Calédonie, 21 février 2007, *Conseil Coutumier de l'aire Djubea Kapone*, req. n° 06267.

⁵ ELFORT (Maude), « De la décentralisation à l'autonomie : la Guyane », *RFAP*, 2002, pp. 33-37.

⁶ Commentant et critiquant le manque d'ambition de ces dispositions, voir KARPE (Philippe), « Y a-t-il encore des collectivités autochtones en Guyane française ? D'une méconnaissance à une indifférence », *RJPIC*, Vol. 56, n° 2, 2002, pp. 236-240. L'auteur prône l'attribution au Conseil coutumier de Guyane d'un véritable pouvoir délibérant portant sur les projets et actes entrant dans le champ de compétences de la collectivité territoriale de Guyane mais aussi sur les actes de l'Etat, à l'image du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie.

populations amérindiennes et bushinenge » dont l'avis peut être sollicité par le Conseil général et le Conseil régional sur leurs projets de délibérations intéressant particulièrement ces populations¹. Bien qu'elle reste en deçà des revendications locales dans la mesure où la consultation de ce nouveau Conseil n'est pas obligatoire, cette création inédite marque une prise en compte sans précédent des populations autochtones en Guyane.

L'établissement de ces structures coutumières constitue une avancée sensible vers le pluralisme institutionnel et, au regard de leurs compétences normatives, vers le pluralisme juridique. Le droit coutumier se trouve ainsi institutionnalisé, même s'il faut reconnaître que « le simple fait de créer *ex nihilo* un organe fédérant les diverses coutumes d'un territoire, entraîne *de facto* une certaine assimilation juridique et une perte de spécificité »². Lors de la discussion parlementaire en mai 1984 du projet de loi portant statut de la Nouvelle-Calédonie et prévoyant la création d'un conseil coutumier³, le sénateur de la Nouvelle-Calédonie Dick Ukeiwé, rappelait à cet égard que le respect de la coutume passait par le respect de la compétence des autorités traditionnelles dans l'élaboration et l'évolution du droit coutumier : « le gouvernement n'a pas le droit d'y toucher, comme vous le faites, en créant des conseils de pays et l'Assemblée de pays. Ces conseils de pays recouvrent un découpage arbitraire du territoire, ne correspondent à aucune réalité coutumière [...]. L'article 75 de la Constitution, pour laquelle les Mélanésiens se sont déterminés à l'unanimité en 1958, permet aux responsables coutumiers et à eux seuls de décider de l'évolution de la coutume »⁴. Il est vrai que l'établissement par l'Etat d'institutions censément coutumières ne constitue qu'un palliatif à la reconnaissance pure et simple des autorités traditionnelles. A défaut, néanmoins, d'une telle reconnaissance, les autorités coutumières créées ou recrées par l'Etat contribuent à l'émergence d'un certain pluralisme infra-étatique qui ne peut, à son tour, qu'être renforcé par la consécration d'institutions juridictionnelles autochtones.

B. Des institutions juridictionnelles

Il arrive, dans certains cas, que la différenciation institutionnelle admise par l'Etat sur son territoire concerne non plus uniquement les autorités normatives chargées d'édicter des règles de droit, mais également les autorités juridictionnelles chargées d'appliquer le droit. De telles adaptations demeurent, il est vrai, cantonnées à quelques collectivités minoritaires, mais leur seule présence est révélatrice du pluralisme

¹ Art. L 4435-1 à 4435-6 du CGCT, issus de la loi n° 2007-224 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3220.

² BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, p. 81.

³ *JORF Débats Sénat*, séance du 10 juillet 1984, p. 2122.

⁴ *Ibid.*

juridictionnel¹ qui existe en France². La possibilité de disposer d'un juge propre qui coexiste avec le juge étatique n'est pas reconnue à toutes les collectivités minoritaires, loin s'en faut. Elle ne concerne que les collectivités autochtones dont les membres disposent d'un statut coutumier en vertu de l'article 75 de la Constitution³. Encore faut-il remarquer que le pluralisme juridictionnel ne revêt ni la même forme, ni le même degré à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna⁴.

L'autonomisation juridictionnelle de certaines collectivités n'est pas sans soulever de réticences. En effet, selon la conception moderne de l'Etat, la fonction de juger, comme celle de faire la loi, constitue une fonction régaliennne qui ne devrait être exercée que par l'Etat. Reconnaître à des collectivités juridiques minoritaires la faculté de faire appliquer leur droit par un juge spécifique remet donc en cause le monopole étatique en la matière⁵. Une seconde cause de réticence à l'égard du pluralisme juridictionnel résulte des difficultés pratiques qu'un tel système ne manque pas de susciter. La coexistence de plusieurs ordres de juridiction est en effet susceptible de générer des conflits de compétence entre les différents juges, augmentant ainsi la complexité du système juridique.

Ces difficultés ne doivent néanmoins pas occulter l'intérêt essentiel que présente le pluralisme juridictionnel pour les collectivités minoritaires qui en bénéficient. De fait, l'existence dans un ordre juridique d'un juge chargé de le mettre en application est une garantie non seulement de l'effectivité mais également de l'autonomie de cet ordre juridique par rapport à l'Etat. Il apparaît clairement que l'absence de structure judiciaire spécifique capable d'appréhender une coutume dont les règles sont difficiles à connaître, conduit inéluctablement à la marginalisation du droit traditionnel. Le dépérissement des coutumes kanakes avant 1989, date à laquelle ont été mises en

¹ De nombreux auteurs préfèrent l'expression « pluralisme judiciaire » à celle de « pluralisme juridictionnel ». La seconde paraît néanmoins plus adaptée, dans la mesure où il s'agit précisément de désigner la coexistence de juridictions propres à l'ordre juridique étatique et de juridictions propres aux ordres juridiques minoritaires.

² Le pluralisme juridictionnel dont il est ici question, qui résulte de la coexistence d'ordres juridiques distincts, ne doit pas être confondu avec la dualité de juridictions propre au système juridique français, qui fait pour sa part référence à la séparation, consacrée par la loi des 16 et 24 août 1790, entre le juge administratif et le juge judiciaire. Il se distingue également de l'existence de plusieurs degrés de juridiction.

³ Il faut toutefois remarquer que, dans certaines collectivités territoriales à l'exemple des DOM ou de l'Alsace-Moselle, les juridictions étatiques font parfois l'objet d'aménagements destinés à tenir compte des spécificités locales. Ainsi, les Maisons de la justice et du droit permettent de régler les litiges de proximité à la Réunion, tout comme les sections détachées du tribunal d'instance en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. Certains tribunaux administratifs peuvent également faire l'objet d'adaptations institutionnelles ou procédurales en fonction de leur ressort. Ces aménagements ne participent pas du pluralisme juridictionnel, dans la mesure où ils visent uniquement à faciliter la bonne administration de la justice *étatique* au regard des contraintes locales.

⁴ Les questions du maintien des statuts personnels et des institutions judiciaires se sont posées de manière distincte au législateur français, dans la mesure où la conservation des premiers n'impliquait aucunement celle des seconds. Aucune solution générale n'a donc été retenue en la matière.

⁵ Il est du reste significatif que certains auteurs anglo-saxons utilisent l'expression de « justice privée » (*private justice*) pour désigner cette forme de justice non-étatique. Voir notamment HENRY (Stuart), *Private Justice*, Boston, Routledge and Kegan Paul, 1983, p. 89.

place les premières juridictions avec assesseurs coutumiers, est révélateur de ce lien. En outre, un juge propre à une collectivité juridique présente une plus grande légitimité pour en faire respecter les règles, dans la mesure où il a une meilleure connaissance de la teneur des coutumes ainsi que du contexte culturel dans lequel elles sont mises en œuvre. A cet égard, nombreux sont les anthropologues du droit à avoir témoigné de l'inadéquation du système judiciaire étatique dès lors qu'il s'agit d'appliquer les coutumes autochtones¹. Il est du reste révélateur de constater la désaffection de certaines populations autochtones à l'égard des tribunaux étatiques, qui se trouvent *de facto* supplantés par des juges coutumiers ne jouissant d'aucune reconnaissance officielle mais considérés comme plus légitimes².

C'est précisément pour éviter la résurgence de justices officieuses hors du cadre étatique que l'Etat a entrepris de reconnaître, voire de rétablir l'autorité de certains juges coutumiers³. Une telle pratique n'a toutefois rien de systématique et relève bien plus de la dérogation institutionnelle que d'un véritable engagement en faveur de la justice autochtone. Ainsi, le pluralisme juridictionnel en France prend la forme, dans certaines hypothèses, d'une justice traditionnelle endogène qui a survécu à l'imposition du système juridictionnel étatique (1) et, dans d'autres hypothèses, d'une justice coutumière exogène mise en place par l'Etat lui-même en vue de préserver les spécificités juridiques autochtones (2).

1. La survivance d'une justice traditionnelle endogène

Avant leur colonisation, toutes les populations autochtones d'outre-mer disposaient d'autorités traditionnelles qui avaient pour fonction d'appliquer le droit propre à chaque clan⁴. L'établissement de la domination française n'a pas fait disparaître cette spécificité institutionnelle, les autorités coloniales utilisant

¹ Le constat en a été fait notamment au Canada, où de nombreuses études ont été menées dans les années 1990 dans la perspective d'une réforme du système judiciaire en milieu autochtone : « le système judiciaire [étatique] qui a été appliqué aux peuples autochtones est le produit d'un contexte et d'une histoire différant grandement du contexte culturel et historique des Amérindiens [...]. Ce système [...] leur a été imposé et s'est révélé fondamentalement incompatible avec les idées et les valeurs autochtones » (DUMONT (James), « La justice et les peuples autochtones », in Commission Royale sur les Peuples Autochtones, *Les peuples autochtones et la justice*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993, p. 84).

² Les cas de Wallis et Futuna et de la Polynésie française illustrent parfaitement cette situation.

³ La France est loin d'être le seul Etat à avoir adopté une telle orientation. Au Canada, aux Etats-Unis, en Australie, en Inde et dans d'autres Etats abritant des populations autochtones, les gouvernements ont également promu des formes traditionnelles de justice dès les années 1970. Voir notamment JACCOUD (Mylène), « La justice pénale et les Autochtones : d'une justice imposée au transfert de pouvoirs », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 17, n° 2, 2003, pp. 107-121 ; McNEIL (Kent), « Aboriginal Governments and the Charter : Lessons from the United States », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 17, n° 2, 2003, pp. 73-106.

⁴ La question se pose sur le point de savoir si l'on peut véritablement qualifier ces autorités traditionnelles de juridictions. Seule une définition large du terme permet de classer les organes coutumiers dans cette catégorie. A cet égard, voir GOHIN (Olivier), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 93-105.

généralement les autorités autochtones pour maintenir l'ordre au sein des populations locales. Seuls certains territoires soumis à une acculturation plus poussée ont perdu leurs tribunaux coutumiers, à l'exemple de la Polynésie française où les *Toohitu*, qui assuraient le respect des coutumes en matière foncière, ont cessé de fonctionner au début du XX^e siècle¹. Néanmoins, des tribunaux coutumiers réapparaissent dans certaines îles de l'archipel depuis les années 1980, témoignant ainsi du désir des populations de rétablir le système coutumier².

Dans les collectivités où les juges coutumiers ont perduré – à Mayotte, à Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et en Guyane – l'attitude de l'Etat face à ces autorités concurrentes est pour le moins hésitante et en aucun cas uniforme. Alors que les cadis à Mayotte sont officiellement reconnus, les juridictions coutumières dans les autres territoires ne font l'objet d'aucune réglementation, jouissant au mieux de la bienveillance des juridictions étatiques locales qui leur ont pendant longtemps renvoyé les litiges coutumiers dont elles ne voulaient pas se charger³. Si la survivance de ces juges coutumiers en dehors de l'appareil étatique assure aux ordres juridiques traditionnels une certaine autonomie, leur reconnaissance par l'Etat pourrait néanmoins leur apporter plusieurs garanties – dont les juridictions cadiales de Mayotte sont aujourd'hui les seules à pouvoir bénéficier. En effet, tant que les décisions des juges coutumiers demeurent extérieures au système juridictionnel étatique, elles ne sont susceptibles ni d'appel, ni de cassation. En outre, les juges coutumiers ne peuvent recourir à la force publique pour faire exécuter leurs décisions, dans la mesure où ces dernières n'ont pas autorité de chose jugée⁴. Certaines collectivités minoritaires disposent à cet égard de « policiers coutumiers » chargés d'exécuter les décisions coutumières mais leur autorité n'est aucunement reconnue par l'État. Au contraire, il arrive que les exécutants de ces peines, alors même qu'ils disposent d'une légitimité

¹ Voir SAURA (Bruno), « Les codes missionnaires et la juridiction coutumière des Toohitu aux îles de la Société et des Australes (1819-1945) », *Bulletin de la Société des études océaniques*, n° 27, 1997, pp. 29-50.

² Ce phénomène est mentionné par ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 537.

³ Le cas de la Nouvelle-Calédonie est très révélateur. La justice coutumière y a été très active jusqu'au début des années 1990, du fait de l'incapacité des tribunaux étatiques à appliquer les coutumes kanakes, alors même que, depuis 1946, la Constitution les oblige à en connaître. Ainsi, il était d'usage pour les tribunaux de renvoyer les plaideurs de statut personnel coutumier devant les autorités traditionnelles, sauf à renoncer préalablement à leur statut pour pouvoir saisir la justice étatique officielle. En ce sens, voir CA Nouméa, 19 septembre 1933, *Penant*, 1934, I, p. 86 : « les litiges dans lesquels des indigènes seuls sont intéressés échappent à la connaissance des tribunaux français et ressortissent du service des affaires indigènes ; [...] il y a lieu, en conséquence, de renvoyer les parties devant leurs juges naturels ». Voir également CA Nouméa, n° 167, 23 novembre 1987, *Gnibekan c. Kate* ; *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, p. 477, note G. Orfila. Ce dernier arrêt a toutefois été annulé par la Cour de cassation, au motif que les juridictions ne peuvent se déclarer incompétentes *ratione personae* (Cass. civ. 2^{ème}, 6 février 1991, *Bull.*, II, n° 44, p. 23).

⁴ N'est donc pas applicable l'article 16 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, en vertu duquel « l'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de prêter son concours ouvre droit à réparation » (*JORF*, 14 juillet 1991, p. 9228).

coutumière, soient à leur tour condamnés par la justice pénale étatique pour atteinte à la dignité de la personne ou traitement inhumain¹.

En pratique toutefois, l'autorité judiciaire tolère implicitement l'intervention de l'autorité coutumière, dans la stricte mesure où l'exercice de ses prérogatives ne porte pas atteinte à l'ordre public². L'objectif d'une telle tolérance est de faciliter le règlement des différends au sein du groupe concerné, en vertu de règles coutumières difficiles à connaître pour qui ne fait pas partie du groupe, et de procédures informelles qui empruntent souvent à la médiation ou à la conciliation. Ainsi, en Guyane, chaque tribu amérindienne a conservé son propre mécanisme de régulation interne : les fautes importantes mettant en péril l'unité du groupe sont jugées par le Conseil de la loi (« Lanti-Kuutu ») composé de l'assemblée des hommes dirigée par le « Grand-Man » (chef spirituel de la tribu) qui rend alors une sentence³. De ce fait, les litiges et les délits survenant au sein des groupes sont rarement traduits devant les tribunaux étatiques⁴. Le cas des Amérindiens est spécifique car ils ne disposent d'aucun statut personnel officiel ; lorsqu'il est saisi, le juge étatique doit donc leur appliquer le droit positif. Le plus souvent, la tolérance et le pragmatisme du juge s'accroissent toutefois des coutumes en matière civile⁵. En matière pénale, lorsque l'infraction ne concerne que les membres du groupe et qu'il n'est pas fait appel à la justice, le prononcé de la peine relève *de facto* des chefs de village et des chefs tribaux. Dans ce cas, la marge d'appréciation du Ministère public, juge de l'opportunité des poursuites, permet de ne pas engager de poursuites à l'encontre des autorités coutumières⁶.

A Mayotte, la situation est sensiblement différente, dans la mesure où les Mahorais jouissent d'un statut personnel et l'autorité des juges coutumiers en matière civile est pleinement reconnue. Ainsi, les litiges nés de l'application du droit local, coutumier ou islamique, relèvent de la compétence des juridictions judiciaires organisées originellement par le décret du 1^{er} juin 1939⁷. Ce système juridictionnel spécifique

¹ En ce sens, voir Trib. correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *Poulawa et autres* ; Trib. correctionnel de Lifou, 11 août 1994, *Evanes Boula et autres*.

² Ce constat est fait par le Procureur général près le tribunal de Nouméa, cité in NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *RJPIC*, Vol. 46, n° 2, 1992, p. 254.

³ Sur ce point, voir PEAUD-AUBERT (Caroll), « Désordres et règlement des litiges », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 183-185.

⁴ En revanche, les litiges mixtes opposant des individus de la communauté et des individus extérieurs sont généralement conduits devant la gendarmerie.

⁵ Sur ce point, voir ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, p. 1648. L'auteur donne notamment un exemple en matière d'assistance éducative : le code civil prévoit l'audition du père et de la mère par le juge (art. 375 ss), alors que la coutume wayana donne au frère de la mère une autorité similaire à celle du père. Traditionnellement, le juge accepte d'entendre l'oncle mais ne mentionne pas cette audition dans le procès verbal.

⁶ *Ibid.*

⁷ Décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, *JORF*, 15 juin 1939, p. 7581. Ce décret a été complété et modifié par la délibération n° 64-12 bis du 3 juin

fait intervenir les tribunaux de cadis¹, le Grand Cadi² et le Tribunal supérieur d'appel statuant en chambre musulmane³. La Cour de Cassation peut également être saisie des décisions du Tribunal supérieur d'appel, « toute décision rendue en dernier ressort [pouvant] faire l'objet d'un pourvoi en cassation, sauf si un texte l'interdit »⁴. Les cadis rendent leurs décisions au regard des seules règles coutumières et coraniques ; ils sont exclusivement compétents en matière de contentieux civil et commercial entre citoyens relevant du statut personnel mahorais⁵. Outre leurs compétences juridictionnelles, les cadis sont chargés de l'état civil de droit local ; ils exercent les fonctions de notaire pour les citoyens relevant du statut coutumier, célèbrent les mariages musulmans, reçoivent les répudiations et prononcent les divorces. En revanche, ils ne peuvent intervenir en matière pénale, celle-ci relevant uniquement des juridictions étatiques⁶.

Nombreux sont les auteurs à avoir mis en lumière les insuffisances de la justice cadiale, en raison notamment du manque de garanties procédurales : absence de procédure contradictoire, absence de ministère d'avocat, défaut d'indépendance des cadis qui ont le statut d'agents publics territoriaux, formation souvent insuffisante des

1964 de la chambre des députés du territoire des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, ainsi que par l'ordonnance n° 81-295 du 1^{er} avril 1981 relative à l'organisation de la justice à Mayotte (*JORF*, 3 avril 1981, p. 931). Voir FLORI (Jean-Baptiste), « La justice musulmane à Mayotte », in GOHIN (Olivier), MAURICE (Pierre) dir., *Mayotte*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1996, pp. 197-215 ; SERMET (Laurent), « Regards sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 185-201.

¹ Les tribunaux de cadis sont des juridictions de premier degré. Leur nombre a pratiquement doublé dans les années 1990, passant de huit en 1989 à quinze en 1999. Ils sont composés d'un cadî et d'un secrétaire-greffier nommés par le préfet. Ils sont exclusivement compétents pour les affaires relatives au statut personnel ; en matière de succession, de donation, de biens *waqf* et d'obligations, leurs compétences se limitent aux litiges d'un montant inférieur à 100 000 francs CFA.

² Le Grand Cadi forme la juridiction d'appel pour les jugements des cadis. Il statue également en premier ressort pour les litiges échappant à la compétence des tribunaux de cadis en raison de leur montant. Dans ce cas, l'appel est porté devant le tribunal supérieur d'appel.

³ Le Tribunal supérieur d'appel est une survivance de l'époque coloniale, ces tribunaux remplaçaient les cours d'appel dans les zones de faible population. Juridiction d'appel de droit commun, le tribunal supérieur d'appel statue en qualité de chambre d'annulation musulmane lorsqu'« un jugement d'appel du Grand Cadi intervient en violation de la loi musulmane ou des coutumes locales » (art. 27 de la délibération du 3 juin 1964). La chambre d'annulation est alors composée du Président du tribunal assisté de deux cadis n'ayant pas connu l'affaire, ces assesseurs ayant voix consultative. Il est à noter que le Tribunal supérieur d'appel peut être saisi par le Procureur de la République, qui a la possibilité de se pourvoir en annulation contre les jugements du Grand Cadi pris en violation du droit local. Ce système fait ainsi du Procureur de la République le défenseur de la loi islamique ou coutumière.

⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 9 juillet 1997, *M. Dahalane Tamine c. Procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou*, *Bull.*, 1997, II, p. 129.

⁵ Article 1^{er} de la délibération précitée du 3 juin 1964 : « La justice musulmane connaît de toutes les affaires civiles et commerciales entre Musulmans autres que celles relevant du droit commun ».

⁶ Certains cadis ne respectent toutefois pas cette interdiction découlant du principe d'unité du droit pénal. Ainsi, dans une décision du 16 janvier 1990, le cadî de Mtoamboro a condamné pour adultère une épouse et son amant à être jetés dans un puits et lapidés. Cette sentence isolée fut heureusement cassée par le Tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou, le Procureur de la République rappelant à cette occasion qu'il n'était pas question d'appliquer la *Charia* en matière pénale. Voir BALARELLO (José), *Rapport sur le projet de loi relatif à Mayotte*, Rapport n° 361, Sénat, 6 juin 2001, p. 213.

personnels des juridictions cadiales, difficultés d'exécution des jugements rendus¹. Ces déficiences, qui ne sont pas sans poser problème au regard des principes généraux du droit et de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ont incité le législateur à limiter le champ d'intervention des cadis. Une telle évolution se plaçait du reste dans la logique du processus de départementalisation du territoire². Ainsi, les compétences des cadis ont été progressivement rognées³, jusqu'à ce que la loi du 11 juillet 2001 portant statut de la collectivité départementale de Mayotte les remplace par une juridiction civile de droit commun, « seule compétente pour connaître des instances auxquelles sont parties des personnes ayant entre elles des rapports juridiques [de type coutumier] »⁴. Aux termes de la loi, cette juridiction devait se composer d'un magistrat et de deux cadis assesseurs dotés d'une voix délibérative. La formule de l'échevinage était donc retenue, « les cadis [étant] tenus d'explicitier les règles applicables en droit local, la présence d'un magistrat professionnel étant la garantie du respect des principes essentiels de notre République »⁵. Cette juridiction n'est toutefois jamais entrée en fonction. La loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003⁶ a en effet abrogé les dispositions relatives à la juridiction échevinale, indiquant désormais que « La juridiction compétente à Mayotte pour connaître des instances auxquelles sont parties des personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte et ayant entre elles des rapports juridiques relatifs à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités est, selon la volonté de la partie la plus diligente, soit le tribunal de première instance, soit le cadi »⁷. Le législateur ouvre ainsi une option de juridiction permettant aux citoyens de statut particulier mahorais de porter leurs litiges soit devant le cadi, soit devant le tribunal de première instance.

¹ Voir BONNELLE (François) dir., *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Paris, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 1998, p. 25 ; TOINETTE (Jean-Bernard), « La reconnaissance du droit coutumier mahorais », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 57-62 ; SERMET (Laurent), « Regards sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 185-201.

² En ce sens, voir RETTERER (Stéphane), « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, p. 1080.

³ Ainsi, l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 (*JORF*, 10 mars 2000, p. 3799) établit que la demande en changement de prénom, qui était jusqu'alors portée devant les cadis, l'est désormais devant le juge aux affaires familiales. De même, alors que la cérémonie de mariage se déroulait auparavant devant le cadi et ne faisait l'objet que d'une simple déclaration à l'état civil, l'article 26 de l'ordonnance n° 2000-219 du même jour (*JORF*, 10 mars 2000, p. 3801) fait désormais intervenir un officier d'état civil qui assiste à la célébration du mariage par le cadi, dresse l'acte de mariage et l'inscrit sur ses registres d'état civil.

⁴ Article 61 alinéa 1^{er} de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199. L'article 75 ne constituait pas un obstacle à cette réforme, dans la mesure où le dualisme juridictionnel n'est pas un effet automatique du dualisme statutaire de l'article 75.

⁵ FLOCH (Jacques), *Rapport sur le projet de loi relatif à Mayotte*, Rapport n° 2967, Ass. nat., 29 mars 2001, p. 150.

⁶ Loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320.

⁷ Article 61 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, modifié par les lois n° 2003-660 du 21 juillet 2003 (*JORF*, 22 juillet 2003, p. 12320) et n° 2004-439 du 26 mai 2004 (*JORF*, 27 mai 2004, p. 9319).

A Wallis et Futuna, une option de juridiction est également prévue par la loi du 29 juillet 1961¹. Aux termes de l'article 5 de cette loi qui régit toujours le statut de l'archipel, les citoyens de droit coutumier peuvent en effet porter leurs litiges soit devant « une juridiction de droit local », soit devant « une juridiction de droit commun », cette dernière étant toutefois « seule compétente en matière pénale »². Si la juridiction de droit commun a été mise en place dès 1962³, celle de droit local, pourtant organisée par un arrêté gubernatorial du 20 septembre 1978⁴, n'a jamais été constituée. En l'absence de cette juridiction particulière, les litiges échappent *de facto* au juge de droit commun et demeurent réglés par les autorités coutumières⁵. Ainsi, comme l'explique Olivier Aimot⁶, lorsque deux personnes de statut personnel sont en litige, elles saisissent le chef du village en vue d'obtenir une conciliation. En cas d'échec, une procédure d'appel est ouverte. A Futuna, l'appel est porté directement devant le Conseil du Roi, à Wallis il existe un stade intermédiaire supplémentaire. Le litige est en effet porté devant le Conseil de district en présence du Chef de district, des chefs de village du district et des ministres du Roi qui en sont originaires. Une deuxième tentative de conciliation a lieu. Si celle-ci n'aboutit pas, le Conseil du Roi est saisi ; les parties sont entendues après un rituel traditionnel d'offrandes au Roi. La décision est alors prise par le Roi ; celle-ci, insusceptible de recours, met un terme à l'audience.

¹ Article 5 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019.

² L'article 5 de la loi précise que dans l'hypothèse où les parties au litige réclameraient le bénéfice de la juridiction de droit commun, « il leur serait fait application des usages et coutumes les concernant ». Le statut personnel est donc applicable par les deux ordres de juridiction.

³ Le décret n° 62-189 du 19 février 1962 (*JORF*, 21 février 1962, p. 1795) crée la juridiction de droit commun de Wallis et Futuna sous la forme d'une section détachée du tribunal de première instance de Nouméa ; cette section détachée a été transformée en Tribunal de première instance de Mata Utu par le décret n° 83-1184 du 26 décembre 1983 (*JORF*, 30 décembre 1983, p. 3869).

⁴ Arrêté n° 2063 du 20 septembre 1978 du Haut-Commissaire de la République dans l'Océan Pacifique. L'article 1^{er} de l'arrêté de 1978 précise que « la justice de droit local est administrée par trois tribunaux du premier degré », à raison d'un dans chaque royaume. Les présidents et assesseurs de ces tribunaux, désignés par arrêté du chef de territoire, doivent être choisis parmi les autorités coutumières ou les notables. La procédure commence par une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, un procès-verbal valant jugement est établi. Dans le cas contraire, les parties sont convoquées à une audience de jugement. L'appel est porté devant le tribunal de second degré siégeant à Uvéa et présidé par le Président de la juridiction de droit commun. Ce tribunal comprend deux sections, une pour Wallis et une pour Futuna, chacune comprenant quatre assesseurs désignés dans les mêmes conditions que les juges de premier degré. Les décisions rendues en dernier ressort peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour d'appel de Nouméa siégeant en chambre d'annulation coutumière, comprenant deux magistrats du siège désignés par le Président, et deux assesseurs originaires de Wallis et Futuna.

⁵ Force est de constater que les litiges en matière pénale sont également portés devant les autorités coutumières, alors même que la juridiction de droit commun fonctionne. Au lieu de se déclarer incompétents, les chefs coutumiers règlent généralement ces litiges en appliquant les règles coutumières officieuses.

⁶ AIMOT (Olivier), « Les institutions juridictionnelles coutumières de Wallis et Futuna », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 180-181.

L'appréciation portée à cette justice traditionnelle est très critique¹. Les défaillances d'un tel système sont nombreuses : les autorités coutumières bénéficient d'un crédit inégal, elles sont parfois impuissantes à trouver des solutions, et la procédure coutumière est souvent très onéreuse en raison de l'obligation d'apporter des offrandes. Le fait que le juge de droit commun n'intervienne ni comme juge d'appel, ni comme juge d'annulation exclut que les éventuels abus soient sanctionnés. Dans ce cadre, il conviendrait donc de mettre enfin en place les instances juridiques locales prévues par l'arrêté de 1978 ; la sécurité juridique et les garanties procédurales ne pourraient qu'en être renforcées².

En Nouvelle-Calédonie, enfin, la juridiction de droit commun assistée depuis 1982 d'assesseurs coutumiers est compétente pour connaître du droit coutumier. Les litiges concernant les citoyens de statut personnel kanak doivent donc, au demeurant, être portés devant elle³. Cette compétence exclusive de principe n'a toutefois jamais mis un terme à la résolution des litiges par les autorités coutumières, Petits-Chefs, Grands-Chefs, Conseils des anciens et Conseils de clan⁴. Les observations anthropologiques ont montré que les conflits coutumiers étaient d'abord réglés au sein des familles, puis soumis à l'autorité coutumière en cas de persistance du trouble. Ce n'est que lorsque la conciliation coutumière échoue que les litiges sont portés, en dernier recours, devant la juridiction étatique.

En outre, en dépit du principe d'unité du droit pénal affirmé en 1946⁵, les autorités coutumières de Nouvelle-Calédonie conservent une compétence pénale de fait, et sont susceptibles d'infliger des sanctions lorsqu'une coutume est violée. Ainsi, un citoyen français de statut kanak peut aujourd'hui se voir sanctionné pour le même fait à la fois par l'autorité coutumière et par le juge pénal étatique, ou encore se voir sanctionné dans le cadre tribal pour avoir bravé un interdit coutumier, alors même que le comportement incriminé ne serait passible d'aucune peine au regard du droit pénal français. En pratique, le pouvoir disciplinaire exercé par les autorités traditionnelles est implicitement toléré par le juge étatique, dans la stricte mesure où l'exercice de ces prérogatives ne porte pas atteinte à l'ordre public⁶.

¹ AIMOT (Olivier), *op. cit.*, p. 182 ; GOUTTES (Bernard de), « Droit et coutume en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna », *Administration*, n° 170, 1996, p. 66.

² En ce sens, voir AIMOT (Olivier), *op. cit.*, p. 188. A défaut, une solution alternative pourrait être la suppression de l'organisation juridictionnelle coutumière au profit du juge de droit commun assisté d'assesseurs coutumiers, comme cela était prévu à Mayotte en 2001.

³ Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, *JORF*, 17 octobre 1982, p. 3106.

⁴ Ce dernier intervient essentiellement en matière foncière. Sur ces différentes autorités coutumières, voir ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTDC*, 1994, p. 308 ; NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *RJPIC*, Vol. 46, n° 2, 1992, pp. 246-247.

⁵ Aux termes du décret n° 46-877 du 30 avril 1946 qui supprime les juridictions pénales coutumières (*JORF*, 1^{er} mai 1946, p. 3680).

⁶ La justice pénale veille à sanctionner les débordements auxquels peuvent donner lieu les sanctions coutumières, notamment lorsque les autorités coutumières se livrent à des actes dépassant le pouvoir de sanction que leur confèrent les usages (Trib. correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993,

La persistance d'une justice pénale coutumière en Nouvelle-Calédonie mais aussi en Guyane et à Wallis et Futuna remet en cause, à l'évidence, l'unité du droit pénal en France. De fait, le droit pénal, pourtant « globalement satisfaisant dans sa généralité, [...] se révèle sans grande signification, dans sa mise en œuvre, à l'égard d'une partie spécifique de la population »¹. Ce constat conduit à s'interroger sur la possibilité, à l'avenir, de reconnaître la validité des coutumes et de la justice pénale coutumière « qui, parce qu'elle est en symbiose avec son milieu, apparaît, en même temps, séculaire, actuelle et évolutive »². Cela permettrait à l'Etat de contrôler l'exercice de la justice répressive qui est *de facto* rendue dans certaines collectivités autochtones. Une telle perspective suppose toutefois que l'exercice de la justice pénale par les autorités traditionnelles soit encadré, éventuellement par le biais du Ministère public qui serait ainsi « le garant de la cohabitation des deux systèmes et de l'application satisfaisante de chacun d'eux. Rien n'empêche, en effet, que le Parquet soit investi du pouvoir de contrôler, à la fois, le dualisme de la justice pénale et l'unité de l'ordre juridique »³.

Un premier pas dans cette direction semble avoir été franchi en Nouvelle-Calédonie, où la loi du 19 mars 1999 a introduit le concept de « médiation pénale coutumière »⁴. Jusqu'alors, les autorités mélanésiennes étaient investies d'un pouvoir de conciliation entre les citoyens de statut coutumier, dans les matières régies par leur statut⁵. Elles intervenaient préalablement à toute saisine du juge, dès lors que le conflit portait sur une matière civile relevant du statut personnel⁶. Désormais, ce rôle de conciliation civile se double d'un rôle de médiation pénale, dont les modalités

Poulawa et autres) ou lorsqu'elles se livrent à des actes de représailles dépassant le cadre toléré de leurs compétences (Trib. correctionnel de Lifou, 11 août 1994, *Evanes Boula et autres*).

¹ VERMELLE (Georges), « Les aspects pénaux de l'avant-projet de 1984 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 144-145.

² VERMELLE (Georges), *op. cit.*, p. 145. Une telle affirmation revient toutefois à oublier bien vite que la justice pénale autochtone recourt parfois à des procédés répressifs considérés comme dégradants ou inhumains (châtiments corporels, destruction de certains biens, exil temporaire ou bannissement). De plus, la procédure coutumière est souvent bien différente de celle du code de procédure pénale : pas de droits de la défense, pas d'appel, pas de procédure formelle préétablie. Les peines collectives ne sont pas inconnues, heurtant ici aussi l'un des principes du droit pénal français. A cet égard, voir MEAL-LONIER-DUGUET (Arlette), MARTRES (Jean-Pascal), « La reconnaissance du droit coutumier néo-calédonien », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *op. cit.*, 1993, p. 53.

³ VERMELLE (Georges), *op. cit.*, p. 149.

⁴ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197. L'Accord de Nouméa précise en son point 1.2.4 que « le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnu. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale » (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039).

⁵ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, *JORF*, 17 octobre 1982, p. 3106.

⁶ Le juge a rappelé à plusieurs reprises la nécessité de respecter ce préalable coutumier, celui-ci constituant une condition de recevabilité de la requête ou, tout au moins, une formalité substantielle de la procédure. A cet égard, voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, pp. 123-128.

d'exercice n'ont toutefois pas encore été déterminées¹. Il serait tentant de voir dans cette procédure inédite un premier pas vers l'ébauche d'un droit pénal coutumier et d'un statut pénal dérogoratoire. L'ambiguïté de la formule laisse toutefois planer quelques incertitudes quant aux hypothèses dans lesquelles la médiation pénale coutumière pourrait être utilisée². En attendant que la pratique éclaircisse ces incertitudes, sans doute peut-on considérer la médiation pénale coutumière comme une forme de légitimation de l'action que revendiquent les chefs traditionnels en tant que gardiens d'un ordre public autochtone pourtant encore condamné par les principes étatiques. L'objectif n'est pas tant de rendre la justice en fonction des coutumes, mais de rendre la justice selon des méthodes différentes, évoquant quelque peu les modes alternatifs de règlement des litiges utilisés parfois en droit commun³.

Ainsi, à défaut d'être reconnues comme de véritables juridictions, les autorités coutumières conservent une fonction judiciaire voire, dans certains cas, une fonction pénale non négligeable dont la justice étatique tolère généralement l'exercice. Dans certaines collectivités, toutefois, l'Etat a tenté de remplacer cette justice endogène qui demeure largement extra-étatique, par une justice exogène en vertu de laquelle le droit traditionnel est appliqué par des juridictions coutumières créées par l'Etat lui-même.

2. L'établissement d'une justice coutumière exogène

Pendant longtemps, les juridictions locales de droit commun des territoires d'outre-mer se sont dessaisies au profit des autorités coutumières extra-étatiques, lorsqu'elles avaient à connaître d'un litige coutumier. Ce déni de justice remettait en cause l'effectivité de l'article 75 de la Constitution, qui impose aux juridictions étatiques de faire application des statuts coutumiers⁴, quelles que soient les difficultés liées à leur caractère souvent hermétique. Pour pallier ces difficultés, les autorités nationales ont entrepris, dans certaines collectivités, d'adapter l'appareil judiciaire étatique à la situation particulière des populations locales. C'est ainsi qu'une ordonnance du 15 octobre 1982⁵ a institué, en Nouvelle-Calédonie, des assesseurs

¹ La médiation pénale coutumière fait partie des compétences transférées à la Nouvelle-Calédonie par la loi organique du 19 mars 1999 (*précit.*). Aucune loi du pays n'a toutefois été adoptée, jusqu'à présent, pour réglementer le recours à cette forme de médiation.

² Pour Régis Lafargue, ce silence est révélateur de la volonté du législateur de laisser au juge le soin de baliser l'utilisation de cette nouvelle procédure, « pour ne pas avoir à aborder de front la question de l'adaptation de nos notions juridiques » (LAFARGUE (Régis), « Distinction du droit à la différence en droit civil et en droit pénal », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 460).

³ A cet égard, voir notamment CHEVALIER (Pierre), DESDEVISES (Yvon), MILBURN (Philip) dir., *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation Française, Coll. Perspectives sur la justice, 2003, 287 p.

⁴ C'est précisément ce qu'a rappelé la Cour de Cassation dans un arrêt du 6 février 1991 (*Bull.*, II, n° 44, p. 23).

⁵ Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, *JORF*, 17 octobre 1982, p. 3106.

coutumiers auprès des juridictions civiles de droit commun de première instance et d'appel, pour statuer dans les matières régies par le droit civil coutumier. Ces assesseurs, choisis lors de chaque contentieux en fonction de l'appartenance coutumière des parties, ont pour rôle de faciliter aux magistrats professionnels la connaissance de la coutume kanake. Ils ne se contentent toutefois pas d'un simple rôle d'expert, dans la mesure où ils disposent d'une véritable voix délibérative.

Lorsqu'elle évoque ces formations juridictionnelles inédites, la doctrine parle souvent de « juridictions coutumières », bien qu'une telle qualification paraisse juridiquement inexacte. L'ordonnance de 1982 ne crée pas un ordre de juridictions coutumières ; elle ne fait qu'imposer aux juridictions civiles de droit commun une composition élargie avec la présence d'assesseurs coutumiers. Ainsi, une même juridiction pourra être amenée à appliquer le droit étatique ou le droit coutumier, selon les litiges qui lui sont soumis et la composition qu'elle aura adoptée. Si ce fonctionnement dual est susceptible d'engendrer « une troublante schizophrénie juridique » dans le fonctionnement des juridictions républicaines¹, il atteste néanmoins d'un effort d'accommodation des institutions républicaines aux normes coutumières, qui acquièrent ainsi une place qu'elles n'avaient jamais eue précédemment dans les enceintes judiciaires étatiques.

Néanmoins, le système prévu par l'ordonnance de 1982 est resté lettre morte² jusqu'à la mise en œuvre de la loi du 13 juin 1989 qui crée des sections détachées (à Koné et Lifou) du tribunal civil, « compétentes pour connaître, dans leur ressort, des litiges relevant du statut civil particulier, dans la composition et les conditions prévues par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant les assesseurs coutumiers »³. Fortes de cette nouvelle proximité, les juridictions échevinales ont acquis une véritable légitimité qui se traduit par un nombre de recours toujours plus élevé. De fait, la présence des assesseurs coutumiers, nommés par l'Assemblée générale de la Cour d'appel après concertation avec les chefferies, confère une indubitable validité coutumière aux décisions rendues par la juridiction étatique⁴.

¹ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 29.

² Suite à l'adoption de l'ordonnance de 1982, les assesseurs coutumiers sont entrés en fonction le 1^{er} janvier 1983 au tribunal civil de Nouméa. La juridiction ainsi composée n'a été saisie qu'une fois jusqu'en 1990. A cet égard, voir AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Actes du premier colloque de l'Association Française d'Anthropologie du Droit, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 48.

³ Art. 1^{er} de la loi n° 89-378 du 13 juin 1989 (*JORF*, 15 juin 1989, p. 7442), complétée par l'ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992 relative à l'organisation judiciaire des territoires d'outre-mer, *JORF*, 16 octobre 1992, p. 14518. Régis Lafargue indique que la création de ces nouvelles juridictions de proximité a permis aux Mélanésiens d'accéder effectivement au juge, alors qu'ils étaient auparavant soumis à la pression de la justice clanique (LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 108).

⁴ LAFARGUE (Régis), *op. cit.*, pp. 162-163.

L'objectif premier de la mise en place des assesseurs coutumiers était de faciliter la connaissance, par les magistrats professionnels, d'un droit traditionnel réparti sur huit aires coutumières et souvent confidentiel¹. Dans cette perspective, il est désormais usuel que les litiges coutumiers fassent l'objet d'une décision avant dire droit indiquant la règle applicable au cas d'espèce². Au-delà de ce rôle informatif, l'échevinage permet de faire respecter les exigences de l'article 75 de la Constitution. Avant la création de ces juridictions mixtes, l'Etat était en effet impuissant à garantir juridictionnellement les prérogatives attachées au statut coutumier kanak³. Désormais, le juge étatique est pleinement en mesure d'assurer l'application effective des coutumes locales.

Le succès de ces formations juridictionnelles a été conforté par l'extension progressive de leurs compétences. Aux termes de l'ordonnance du 15 octobre 1982, elles étaient initialement chargées des litiges relatifs à la filiation, au mariage et aux successions, qui mettaient en cause des citoyens de statut coutumier. A ces domaines, la jurisprudence a rajouté le contentieux foncier⁴, puis celui des incapacités⁵. L'objectif de ces élargissements successifs de compétences était d'asseoir la légitimité de l'intervention judiciaire, afin d'entraîner un affaiblissement corrélatif de l'autorité des chefs coutumiers. De fait, les assesseurs coutumiers ont de plus en plus été utilisés comme de véritables « médiateurs culturels entre la juridiction et les parties »⁶. Cette volonté de supplanter l'autorité traditionnelle n'est pas absente non plus de la loi

¹ Dans l'exposé des motifs de l'ordonnance, le Premier Ministre faisait valoir que l'institution d'assesseurs coutumiers, visant à faire participer les citoyens relevant du statut civil particulier au fonctionnement de la justice, était justifiée par « le caractère très complexe des coutumes mélanésiennes dont la plupart sont orales et qui, de ce fait, demeurent d'accès difficile aux magistrats professionnels affectés dans le territoire » (cité in GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 3, 2001, p. 1491).

² La Cour d'appel de Nouméa a souligné la nécessité d'une telle phase préparatoire pour le respect de la règle du contradictoire : « Attendu que l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 qui a institué une juridiction spécifique avec la participation de deux assesseurs coutumiers pour connaître des litiges concernant les personnes relevant du statut civil coutumier, n'a pas fixé les modalités procédurales applicables à cette juridiction ; Que si les dispositions du décret du 7 avril 1928 relatifs à la procédure civile suivie en Nouvelle-Calédonie doivent être appliquées à défaut de règles particulières, il importe que les parties puissent être en mesure de débattre contradictoirement sur la règle coutumière applicable et ses conséquences dans le litige en cause ; Que le principe du caractère contradictoire des débats judiciaires y oblige » (CA Nouméa, arrêt n° 140, 5 juin 2000, *Trutrune*).

³ Cette situation perdure en ce qui concerne les statuts particuliers wallisien et futunien en raison de l'absence, à Wallis et Futuna, de juridictions aptes à connaître le droit coutumier applicable aux parties (en témoigne l'arrêt CA Nouméa, n° 28, 12 avril 1999, *Tialetagi c. Lie*).

⁴ Trib. Nouméa, Sec. Koné, 20 novembre 1991, n° 125/91, *Boaoutho c. Goa-Houala*.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1992, *Bull.*, IV, n° 248.

⁶ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 61. Régis Lafargue donne l'exemple d'un litige qui ne relevait pas de la compétence *ratione materiae* de la juridiction avec assesseurs, s'agissant de l'expulsion d'un individu qui occupait indûment un terrain coutumier. La section détachée de Koné a toutefois décidé de siéger en formation coutumière, afin de permettre aux assesseurs délégués par le juge et investis d'une fonction de conciliation d'assister aux délibérations du Conseil des anciens (Trib. Nouméa, Sec. Koné, 20 novembre 1991, n° 125/91, *Boaoutho c. Goa-Houala*).

organique du 19 mars 1999¹, qui confirme l'extension des compétences de la juridiction échevinale. Son article 19 prévoit ainsi que « la juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier et aux terres coutumières. Elle est complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi ». Désormais, les juridictions avec assesseurs coutumiers disposent donc d'une compétence de principe pour connaître de l'ensemble des affaires mettant en cause entre elles des personnes de statut coutumier, à moins que les plaideurs ne renoncent, d'un commun accord, à la formation hybride². Une telle renonciation entraîne toutefois automatiquement la renonciation à l'application du droit coutumier, dans la mesure où le droit applicable au fond est lié à la composition de la juridiction³.

L'implantation d'une justice coutumière exogène en Nouvelle-Calédonie apparaît donc comme une réussite dont l'avenir reste toutefois incertain, dans la mesure où la pérennité des juridictions avec assesseurs coutumiers « suppose un authentique consensus social »⁴. En témoignent les exemples de Mayotte et de Wallis et Futuna, où le législateur avait prévu de mettre en place des juridictions civiles avec assesseurs coutumiers⁵ qui n'ont jamais vu le jour. Pourtant, le système de l'échevinage pourrait présenter d'intéressantes perspectives, en particulier s'il était étendu aux juridictions pénales. En dépit du principe d'unité du droit pénal constamment réaffirmé⁶, une telle possibilité ne paraît pas totalement exclue. Ainsi, la loi du 13 juin 1989⁷ a doté les juridictions pénales de Nouvelle-Calédonie d'une ouverture sur leur environnement culturel, en leur adjoignant des assesseurs représentant la société civile⁸. A l'instar

¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

² Dans un avis du 16 décembre 2005, la Cour de Cassation a estimé que, dès lors qu'une juridiction calédonienne était saisie d'une question impliquant le statut particulier, elle devait être complétée par les assesseurs coutumiers prévus par l'ordonnance du 15 octobre 1982 (Cass., avis, 16 décembre 2005, *Dalloz*, 2006, IR, p. 181). Ainsi, la juridiction compétente de plein droit pour les retours ou les accessions au statut coutumier kanak est la juridiction civile avec assesseurs coutumiers, à moins que le requérant n'y renonce expressément (CA Nouméa, n° 06/343, 4 janvier 2007, *Mlle X.*).

³ Ce lien n'est pas sans soulever de problème en cas d'absences répétées des assesseurs coutumiers aux audiences. Ainsi, « Attendu que l'ordonnance n° 82-877 impose la présence d'assesseurs de la coutume dès lors que le dossier concerne des Mélanésiens de statut de droit particulier, et non en raison de la matière, ayant rapport ou non à la coutume [...] ; Attendu qu'aucune disposition légale ne permet au président de la juridiction d'obliger les assesseurs coutumiers à siéger, non plus d'ailleurs que de sanctionner ceux qui ne se déplacent pas et portent préjudice à l'étude diligente des requêtes ; Que la juridiction est tout de même tenue de statuer ; Qu'il convient donc de revenir à la composition de droit commun et de faire application des règles du droit civil » (Trib. Nouméa, n° 2082, 30 août 1999, *Bouillant épouse Kothi c. Bearune*).

⁴ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 164.

⁵ Article 61 alinéa 1^{er} de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199 ; article 5 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019.

⁶ Cass. crim., 10 octobre 2000, *Siwel Waehnva et autres*, *Bull. crim.*, n° 290, p. 856.

⁷ Loi n° 89-378 du 13 juin 1989, *JORF*, 15 juin 1989, p. 7442.

⁸ L'article L. 933-1 du Code de l'organisation judiciaire prévoit ainsi qu'« en matière correctionnelle, lorsqu'ils statuent en formation collégiale, le tribunal de première instance et les sections détachées de ce tribunal sont complétés par deux assesseurs ayant voix délibératives ». L'article L. 933-2 prévoit que « les assesseurs titulaires et suppléants sont choisis, pour une durée de deux ans, parmi les personnes de

des assesseurs coutumiers des formations civiles, les « assesseurs civils » des juridictions pénales ont voix délibérative. Pour autant, s'ils expriment les attentes de l'opinion publique locale, ils n'ont pas pour fonction de défendre l'application du droit coutumier : cette institution traduit une reconnaissance sociale et culturelle, non une reconnaissance juridique d'un droit pénal coutumier. Néanmoins, la présence de ces assesseurs civils traduit une avancée incontestable de la « territorialisation » du droit pénal : comme l'indique Régis Lafargue, « si leur recrutement sur la base des listes électorales permet un recrutement ethnique très diversifié en ce qui concerne le tribunal correctionnel de Nouméa, la proportion de Mélanésiens est plus marquée s'agissant du tribunal de Koné. Quant au tribunal correctionnel de Lifou, les assesseurs sont exclusivement Mélanésiens, car l'aire de compétence de cette juridiction correspond à d'anciennes réserves. Aussi la force de la coutume est-elle palpable, sinon oppressante, pour qui a eu l'occasion de siéger au sein du tribunal correctionnel de Lifou »¹.

L'établissement de juridictions correctionnelles mixtes laisse donc à penser que le rejet de tout pluralisme pénal fait progressivement place à une certaine tolérance culturelle en la matière. Un tel système, pour autant, demeure bien en retrait par rapport aux innovations introduites au Canada, aux Etats-Unis ou encore en Australie. Dans ces Etats, le système pénal connaît depuis plusieurs années une réelle adaptation au contexte autochtone par l'usage de concepts et de mécanismes pénaux spécifiques². Certains tentent même d'aller encore plus loin en mettant en place de véritables tribunaux pénaux autochtones autonomes³ dont il faut toutefois déterminer les rapports avec la justice pénale étatique⁴.

Pour l'heure, bien qu'imparfaite, la formule des assesseurs permet une prise en compte effective de l'environnement coutumier de certaines populations minoritaires. S'il est vrai que l'existence de tribunaux particuliers n'apparaît nullement nécessaire à l'exercice des statuts personnels coutumiers⁵ dans la mesure où le juge de droit commun est lui-même compétent pour connaître des coutumes, force est toutefois de

nationalité française, âgées de plus de vingt-trois ans, présentant des garanties de compétences et d'impartialité et n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation, incapacité ou déchéance prévue par les articles L.5 et L.6 du code électoral ». Ces deux articles ont été codifiés par l'ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992, *JORF*, 16 octobre 1992, p. 14518.

¹ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 89.

² A cet égard, voir JACKSON (Michael), *Locking up Natives in Canada*, Vancouver, University of British Columbia, 1988, pp. 39-43.

³ On peut mentionner, à titre d'exemples, le tribunal communautaire d'Attawapiskat en Ontario ou le Conseil tribal de South Island en Colombie Britannique. Voir MANDAMIN (Leonard), « Relations entre le système judiciaire canadien et un éventuel système autochtone », in Commission Royale sur les Peuples Autochtones, *Les peuples autochtones et la justice*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993, pp. 291-292.

⁴ Pour l'exemple du Canada, voir MANDAMIN (Leonard), *op. cit.*, p. 287.

⁵ En ce sens, voir GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 3, 2001, p. 1493.

reconnaître que leur mise en place a enrayé le dépérissement de la coutume mélanésienne. En ce sens, l'existence d'une justice coutumière – endogène ou exogène – n'est certes pas le garant de la pérennité du droit coutumier, mais elle est le garant de son respect et de son effectivité. Elle contribue ainsi à l'affirmation d'une identité institutionnelle et juridique minoritaire.

Au final, la singularité des institutions de certaines collectivités reflète un infléchissement de la conception étatique de l'unité de la République. Abandonnant une tradition jacobiniste qui a révélé ses insuffisances¹, l'Etat a indirectement permis à des collectivités minoritaires de s'institutionnaliser, première étape vers l'autonomie. Cependant, le degré d'autonomie accordé à une collectivité ne dépend pas uniquement, loin s'en faut, de la spécificité de ses institutions ; elle résulte aussi et surtout de l'étendue matérielle des compétences qui lui sont conférées. C'est sans doute sur ce deuxième point que l'abandon du jacobinisme est le plus sensible : l'attribution de compétences étendues à certaines collectivités est le signe le plus tangible de l'approfondissement de la logique d'autonomisation en France.

Section 2. L'ATTRIBUTION DE COMPÉTENCES ÉTENDUES

Le transfert de compétences propres à des collectivités infra-nationales est inhérent au processus de décentralisation territoriale² : les collectivités locales ne peuvent prétendre à une libre administration si elles ne disposent pas d'attributions propres³. De fait, les vagues successives de décentralisation qui ont touché l'organisation territoriale française dans les années 1982-1983 et 2003-2004 ont contribué à accroître les compétences transférées par l'Etat aux différentes collectivités territoriales. La loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions⁴ et la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales⁵ sont, à elles seules, représentatives de l'ampleur de ce mouvement.

Deux constats se dégagent d'ores et déjà de ces processus. Le premier est qu'en matière de détermination des compétences locales, le législateur dispose d'une compétence de principe : dans la mesure où la libre administration s'exerce « dans les conditions prévues par la loi » (article 72 alinéa 3 de la Constitution), il revient en

¹ FONTAINE (André), « Les impasses du jacobinisme », *Le Monde*, 30 septembre 2000.

² VERPEAUX (Michel), *Les collectivités territoriales en France*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2006, pp. 2-3.

³ JANICOT (Laetitia), « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, pp. 1574-1583.

⁴ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982, *JORF*, 3 mars 1982, p. 730.

⁵ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, *JORF*, 17 août 2004, p. 14545. Voir BAGHESTANI (Laurence), « La pertinence des nouveaux modes constitutionnels de répartition et de régulation de l'exercice des compétences décentralisées », *LPA*, n° 78, 20 avril 2005, pp. 8-12 ; MILANO (Laure), « La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, premier jalon de la réorganisation de l'Etat », *RGCT*, n° 33, 2005, pp.87-104.

effet au législateur et à lui seul de délimiter le domaine de compétence des collectivités territoriales¹. Sur ce point, la différence avec un Etat fédéral est manifeste : contrairement aux Etats fédérés qui déterminent souverainement lors de l'élaboration de la Constitution fédérale le partage des compétences entre eux-mêmes et l'Etat fédéral, les collectivités territoriales françaises n'ont pas la compétence de leurs compétences.

Le second constat découle alors directement du premier. Dans la mesure où le domaine de compétence des autorités locales n'est pas précisé par la Constitution, le législateur dispose en la matière d'une liberté d'appréciation considérable. Dès lors, comme l'indiquait déjà en 1976 la Commission de développement des responsabilités locales, la répartition des compétences se fait « non sans un certain arbitraire. Entre l'Etat et les autorités locales élues, le partage des tâches d'administration comporte nécessairement une part d'irrationnel. C'est le cas aujourd'hui ; ce sera le cas demain »². De fait, le chantier toujours rouvert de la décentralisation témoigne du fait que « la pierre philosophale de l'organisation administrative »³ n'a pas encore été trouvée. L'une des raisons de cet inachèvement perpétuel réside peut-être dans le caractère variable et évolutif des besoins des différentes collectivités locales. Dans la mesure où ces besoins ne sont identiques ni dans le temps, ni dans l'espace, la réponse de l'Etat ne peut être ni définitive, ni uniforme sur l'ensemble du territoire national.

Conscient de ces impératifs, le législateur français a entrepris d'attribuer à certaines collectivités territoriales des compétences matérielles plus larges que celles dévolues dans le cadre du processus classique de décentralisation. Il est même allé, dans certains cas, jusqu'à attribuer à ces collectivités des attributions qui relèvent normalement de la compétence du législateur – allant ainsi très au-delà du cadre de la libre administration. De ce fait, certaines collectivités minoritaires territorialisées disposent désormais d'un degré d'autonomie plus élevé, du fait du transfert accru de compétences propres (§ 1) et de l'octroi ponctuel de compétences dérogatoires (§ 2) en leur faveur.

¹ Cette compétence exclusive du législateur, affirmée à l'article 34 de la Constitution (« La loi détermine les principes fondamentaux [...] de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ») a été confirmée par le Conseil constitutionnel. Il revient ainsi au législateur de définir la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales (CC n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61 ; *RFDC*, 1990, p. 497, note L. Favoreu) ou de déterminer les transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités (CC n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50 ; *Dalloz*, 1991, p. 624, note R. Debbasch).

² GUICHARD (Olivier), *Vivre ensemble*, Rapport de la Commission de développement des responsabilités locales, Paris, La Documentation française, 1976, p. 36.

³ *Ibid.*

§ 1. Le transfert accru de compétences propres

Si la notion de « compétences propres » a parfois été utilisée par le Conseil constitutionnel pour désigner les prérogatives dont disposent les collectivités territoriales dans le cadre de leur libre administration¹, cette terminologie relève bien plus de l'organisation fédérale ou régionalisée. La notion même de compétences propres renvoie en effet au principe d'autonomie qui constitue, dans les Etats fédéraux et régionaux, une technique de répartition des compétence entre l'Etat et les entités territoriales qui le composent. Elle implique que les collectivités territoriales disposent d'une sphère de compétence déterminée et garantie au niveau constitutionnel, dans laquelle l'Etat ne peut s'immiscer². De prime abord, les collectivités territoriales françaises ne disposent donc d'aucunes compétences propres³.

Une telle affirmation doit toutefois être nuancée dès lors que l'on mentionne les collectivités à statut dérogatoire. Le bénéfice des révisions constitutionnelles du 20 juillet 1998⁴ et du 28 mars 2003⁵ infléchit en effet le constat traditionnel de l'absence de compétences propres des collectivités territoriales dans l'Etat unitaire français. Ces réformes ont ouvert la voie à la reconnaissance de compétences propres au profit de certaines collectivités, alors même que la notion n'est pas utilisée expressément. Ces compétences spécifiques, qui excèdent celles transférées aux collectivités territoriales de droit commun, visent essentiellement à préserver les particularismes locaux auxquels elles se trouvent donc adaptées (A). Pour autant, la sauvegarde des spécificités locales ne saurait être assurée si l'exercice effectif de ces compétences propres par les collectivités concernées n'était pas garanti. Des mécanismes spécifiques ont donc été mis en place pour que ces collectivités disposent de compétences protégées (B).

¹ Ainsi, dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur le pouvoir d'assujettir les collectivités locales à des obligations et à des charges, à condition que celles-ci ne méconnaissent pas la « compétence propre » des collectivités concernées ni n'entravent leur libre administration (décisions n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61 ; n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Rec.*, p. 176 ; n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, *Rec.*, p. 89). Le juge constitutionnel utilise également l'expression de « compétences propres » pour interdire la tutelle entre collectivités territoriales (décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70).

² A cet égard, voir JANICOT (Laetitia), « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, pp. 1574-1583.

³ En effet, la Constitution n'opère pas de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales ; elle pose seulement des principes, tels que celui de libre administration locale et celui de subsidiarité qui, au regard de leur caractère général, ne peuvent constituer des instruments efficaces d'identification de compétences qui seraient propres aux collectivités territoriales. En outre, la Constitution renvoie au législateur le soin de définir le domaine de compétence des collectivités territoriales ; celles-ci ne procèdent donc pas directement de la Constitution. Enfin, les compétences attribuées aux collectivités territoriales ne sont en aucun cas exclusives de l'intervention de l'Etat.

⁴ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

A. Des compétences adaptées

Le principe d'égalité des collectivités territoriales de même catégorie implique que les compétences transférées à ces collectivités soient identiques¹. Aucune ne peut bénéficier de compétences propres supplémentaires, sauf à devenir une collectivité à statut particulier. De ce fait, seules les collectivités dotées d'un statut spécifique – les collectivités d'outre-mer, la Nouvelle-Calédonie et la Corse – peuvent disposer d'attributions propres qui ne sont transférées qu'à elles seules. Il serait fastidieux et probablement inutile de rentrer dans le détail des compétences attribuées spécifiquement aux différentes collectivités précitées. La comparaison de leurs statuts respectifs permet néanmoins d'affirmer que ces collectivités bénéficient de compétences particulièrement larges et variables, dans l'objectif de préserver leurs intérêts spécifiques par l'octroi d'une autonomie accrue. Les exemples de la Corse, de la Polynésie et de la Nouvelle-Calédonie sont particulièrement révélateurs.

Si le statut attribué à la Corse en 1982 est fondé sur un principe d'adaptation normative², il n'attribue pas pour autant d'office à la région des compétences spécifiques. C'est en fait la loi du 13 mai 1991 qui, en transformant la région en collectivité *sui generis*, la dote de compétences élargies dans les domaines de l'éducation, de la communication, de la culture, de l'environnement, de l'agriculture ou encore du tourisme³. Les domaines dont relèvent ces compétences ne sont pas anodins : du fait de leurs nouvelles attributions, les autorités de l'île sont désormais à même de préserver l'identité culturelle et l'environnement local. L'actuel statut de la Corse, issu de la loi du 22 janvier 2002⁴, organise de nouveaux transferts de compétences qui procèdent également du différencialisme puisque « ces transferts sont opérés au nom de la spécificité de l'île »⁵. Les attributions de l'Assemblée de Corse sont encore accrues en matière d'aménagement du territoire et d'environnement, comme en matière d'éducation et de culture⁶. Le Conseil constitutionnel a validé tous ces transferts de compétences, jugeant notamment qu'ils étaient limités et intervenaient dans des matières ne relevant pas du domaine réservé

¹ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15^{ème} éd., 2005, p. 276.

² Loi n° 82-214 du 2 mars 1982, *JORF*, 3 mars 1982, p. 748.

³ Loi n° 91-428 du 13 mai 1991, *JORF*, 14 mai 1991, p. 6318. Voir ACQUAVIVA (Jean-Claude), « L'évolution du statut particulier de la Corse », *RRJ*, n° 1, 1993, pp. 63-94.

⁴ Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503. Voir FERRARI (Pierre), « Collectivités territoriales à statut spécial. La loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse », *AJDA*, 2002, pp. 86-99.

⁵ VERPEAUX (Michel), « Le nouveau statut de la Corse », *RFDA*, 2002, p. 465.

⁶ En matière d'éducation, l'Assemblée territoriale est désormais compétente pour arrêter la carte scolaire et la carte des formations, pour organiser de nouvelles formations supérieures, pour financer les établissements d'enseignement supérieur et pour organiser l'enseignement de la langue corse dans les établissements scolaires de l'île. En matière de culture, l'extension des compétences de la collectivité porte surtout sur le patrimoine culturel protégé. Voir FERRARI (Pierre), *op. cit.*, pp. 89-97.

au pouvoir législatif¹. Il a par ailleurs estimé « qu'eu égard aux caractéristiques géographiques et économiques de la Corse, à son statut particulier au sein de la République et au fait qu'aucune des compétences ainsi attribuées n'intéresse les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques, les différences de traitement qui résulteraient de ces dispositions entre les personnes résidant en Corse et celles résidant dans le reste du territoire national ne seraient pas constitutives d'une atteinte au principe d'égalité »². L'octroi de compétences spécifiques a ainsi pour fondement implicite la situation particulière de la collectivité.

Pour l'élaboration du statut de la Corse de 1991, le gouvernement s'était inspiré du statut d'« autonomie interne » qui était alors en vigueur en Polynésie française depuis 1984³. Le statut polynésien avait en effet consacré pour la première fois « l'identité culturelle de la Polynésie française » et doté le territoire de compétences significatives en matière d'enseignement, de culture et d'affaires foncières⁴. Ce n'était toutefois qu'un premier pas vers une autonomie évolutive, renforcée de statut en statut⁵, qui témoigne d'une prise en compte croissante de la singularité du territoire polynésien et de sa population⁶. La réforme statutaire opérée en 1996 est particulièrement révélatrice de cette évolution. Le statut du 12 avril 1996⁷ institue un nouveau mécanisme de répartition des compétences entre l'Etat et le territoire. Désormais, les institutions polynésiennes disposent d'une compétence de principe et peuvent ainsi intervenir en toute matière, à l'exception de celles expressément attribuées à l'Etat. Il s'agit là, à l'évidence, d'un mode de répartition des compétences inspiré du fédéralisme, qui rompt radicalement avec les techniques classiques de décentralisation

¹ CC, décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70 ; *AJDA*, 2002, p. 100, note J.-E. Schoettl.

² *Ibid.*

³ Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984, *JORF*, 7 septembre, p. 2831.

⁴ Voir TESOKA (Laurent), « L'intégration des différences culturelles : l'exemple de la Polynésie française », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 219-222.

⁵ Le statut de 1984 dote ainsi la Polynésie de l'« autonomie interne dans le cadre de la République » (loi n° 84-820 du 6 septembre 1984, *précit.*). L'article 1^{er} du statut de 1996 dispose que « La République garantit l'autonomie de la Polynésie française ; elle favorise l'évolution de cette autonomie, de manière à conduire ce territoire d'outre-mer au développement économique, social et culturel, dans le respect de ses intérêts propres, de ses spécificités géographiques et de son identité » (loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, *JORF*, 13 avril 1996, p. 5695). La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 fait rentrer le territoire dans la catégorie des « collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie » qui disposent de pouvoirs accrus par rapport aux autres COM (article 74 de la Constitution) et dont la Polynésie constitue encore aujourd'hui la seule représentante. Le statut qui lui est attribué en 2004 conforte cette évolution (loi organique 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183). Sur l'évolution de l'autonomie en Polynésie, voir PAGE (Jeanne), *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, pp. 147-181.

⁶ REGNAULT (Jean-Marc), « Autonomie ou indépendance en Polynésie française ? », *RJPIC*, Vol. 56, n° 1, 2002, pp. 62-82.

⁷ Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 (*JORF*, 13 avril 1996, p. 5695). Sur le statut de 1996, voir PONTIER (Jean-Marie), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *RA*, 1996, pp. 313-324 ; PORTEILLA (Raphaël), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDA*, 1999, pp. 14-46.

dans l'Etat unitaire¹. L'énumération limitative des compétences de l'Etat, recentré sur ses missions de souveraineté², est la première manifestation des mesures différentielles dont la Polynésie bénéficie : dans la plupart des domaines, l'Assemblée du territoire peut en effet définir des règles adaptées aux particularismes locaux³.

Le statut d'autonomie du 27 février 2004⁴ conforte cette évolution en limitant encore les compétences de l'Etat, qui se voit retirer la possibilité de déterminer les principes généraux du droit du travail et les principes fondamentaux des obligations commerciales en Polynésie française. Les compétences normatives de l'Etat font ainsi l'objet de restrictions significatives, que le Conseil constitutionnel a toutefois pris la peine de tempérer. Dans la décision du 12 février 2004 relative au statut de la Polynésie française⁵, le juge constitutionnel évite en effet toute dérive du pouvoir normatif local, en indiquant que « la possibilité donnée à une collectivité d'outre-mer dotée de l'autonomie d'éditer des normes dans un domaine qui, en vertu des dispositions constitutionnelles ou statutaires, demeure dans les attributions de l'Etat, ne peut résulter que de l'accord préalable de l'autorité de l'Etat qui exerce normalement cette compétence »⁶. L'Etat, en la matière, reste donc maître de ses attributions. Il est vrai que le projet de réforme du statut polynésien qui avait été adopté en 1999 sur le modèle du statut néo-calédonien allait encore plus loin en substituant la notion de « libre gouvernement » à celle de « libre administration » et en limitant strictement les attributions de l'Etat aux seules compétences régaliennes (ordre public, justice, monnaie, défense, responsabilité internationale)⁷. Cette

¹ De fait, à l'exception de la Nouvelle-Calédonie qui bénéficie d'un système similaire, toutes les autres collectivités territoriales de la République sans exception ne disposent que d'une compétence d'attribution, les autorités étatiques conservant la compétence de principe.

² Aux termes de l'article 6 du statut de 1996, l'Etat conserve une compétence exclusive en matière notamment de défense, de monnaie, de nationalité et d'état civil, de garanties des libertés publiques, de principes fondamentaux des obligations commerciales, de principes généraux du travail, de justice et d'organisation judiciaire, de service public pénitentiaire, de procédure pénale, de fonction publique et d'administration communale (loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 (*JORF*, 13 avril 1996, p. 5695).

³ L'Assemblée dispose en outre de compétences partagées avec l'Etat. Dans les matières qui sont de la compétence de l'Etat, elle a de surcroît la possibilité, en vertu de l'article 70 de la loi organique du 12 avril 1996, d'adopter des vœux visant soit à étendre des lois ou règlements métropolitains, soit à abroger, modifier ou compléter les dispositions législatives ou réglementaires applicables au territoire.

⁴ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183.

⁵ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux.

⁶ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *précit.*

⁷ Les autorités étatiques avaient en fait prévu d'étendre le statut de la Nouvelle-Calédonie à la Polynésie. Un projet de loi constitutionnelle avait été adopté à cet effet en termes identiques le 10 juin 1999 par l'Assemblée nationale et le 12 octobre 1999 par le Sénat ; il prévoyait l'introduction dans la Constitution d'un article 78 relatif à la Polynésie française. Sur ce projet de révision constitutionnelle, voir FABERON (Jean-Yves), « Le projet de révision constitutionnelle relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie adopté par les assemblées parlementaires en 1999 », *RFDC*, n° 46, 2001, pp. 381-396.

réforme qui nécessitait une révision constitutionnelle n'a pas abouti¹ mais elle pourrait bien constituer le canevas d'une future évolution statutaire polynésienne.

Bien qu'elle ne soit pas aussi poussée, l'autonomie dont bénéficie actuellement la Polynésie française n'est pas sans rappeler celle qui a été obtenue par la Nouvelle-Calédonie en 1998². L'Accord de Nouméa du 5 mai 1998³ prévoit en effet des transferts de compétences particulièrement larges, dont les spécificités ne résident pas tant dans les domaines couverts par les transferts⁴ que dans les modalités de ces transferts. Le document d'orientation annexé à l'accord précise à cet égard que « les compétences détenues par l'Etat seront transférées à la Nouvelle-Calédonie dans les conditions suivantes : certaines seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation politique ; d'autres le seront dans des étapes intermédiaires ; d'autres seront partagées entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie ; les dernières, de caractère régalien, ne pourront être transférées qu'à l'issue de la consultation [prévue à l'issue d'un délai de vingt ans] » (point 3 al. 1^{er}). Le nouveau statut néo-calédonien prévoit donc des transferts de compétences échelonnés dont le calendrier est déterminé dans la loi organique du 19 mars 1999⁵. Pour original et important qu'il soit, cet échelonnement des compétences aurait pu entrer dans le cadre de l'article 74 de la Constitution⁶ : il ne constitue finalement qu'une version très accentuée de la décentralisation administrative – même si le Congrès territorial a la possibilité, dans les matières relevant de la compétence de l'Etat, d'adopter des résolutions visant à adapter les dispositions législatives et réglementaires aux spécificités de l'île.

L'innovation principale réside en fait dans l'attribution à la Nouvelle-Calédonie d'un pouvoir sans précédent en matière de détermination des transferts de compétences : aux termes de la loi organique, le Congrès peut en effet modifier

¹ Le projet de loi constitutionnelle n'a pu être adopté en raison du report par le Président de la République de la réunion du Congrès qui était prévue le 24 janvier 2000, pour des raisons politiques sans rapport aucun avec la Polynésie française.

² Pour une comparaison entre les régimes d'autonomie de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, voir FABERON (Jean-yves), « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : des autonomies différentes », *RFDC*, n° 68, 2006, pp. 691-712.

³ *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁴ Bien que la Nouvelle-Calédonie dispose désormais de compétences dont ne jouit aucune autre collectivité territoriale en France, à l'exemple de « la définition de peines contraventionnelles sanctionnant les infractions aux lois de pays » (loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197). Ainsi, le Congrès de Nouvelle-Calédonie est la seule assemblée locale de France à pouvoir intervenir dans le champ pénal.

Pour plus de précisions quant aux matières transférées aux autorités de Nouvelle-Calédonie, voir ORFILA (Gérard), *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 36-47.

⁵ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183. Pour plus de détails quant aux étapes successives des transferts de compétences, voir PONTIER (Jean-Marie), « La répartition des compétences », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, pp. 257-274.

⁶ En ce sens, voir FABERON (Jean-Yves), « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, p. 350.

l'échéancier prévu par le législateur et déterminer lui-même le rythme et le contenu des transferts de compétences¹. Il s'agit là d'un infléchissement majeur des règles de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, qui relevaient jusqu'alors de la compétence exclusive du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution. La révision constitutionnelle du 20 juillet 1998² permet désormais à une collectivité territoriale, la Nouvelle-Calédonie, de décider elle-même des compétences qu'elle exercera à l'avenir. Si l'on convient que « la faculté d'auto-organisation consiste, avant tout, pour une collectivité, dans le pouvoir [...] de déterminer par sa propre volonté, soit les organes qui exerceront sa puissance, soit l'étendue et les conditions d'exercice de cette puissance »³, on peut affirmer que la Nouvelle-Calédonie se voit dotée d'une compétence d'auto-organisation dont elle est actuellement la seule collectivité territoriale à bénéficier⁴. Comme l'indique le Professeur Faberon, la Nouvelle-Calédonie a ainsi acquis « un élément de "compétence de sa compétence", donc de souveraineté »⁵. Ce constat doit toutefois être nuancé par le fait qu'en pratique, le Congrès du territoire n'a pas encore fait usage de cette possibilité. Une telle hésitation s'explique essentiellement par le coût financier qu'engendrerait un transfert anticipé de compétences supplémentaires⁶ : l'autonomie est aussi une question de moyens. Pour l'heure, les transferts d'attributions prévus par le statut semblent se dérouler sans difficulté notable, du fait notamment de l'existence de mécanismes de protection particuliers.

B. Des compétences protégées

De manière générale, le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales par les autorités étatiques est assuré par le contrôle du juge, administratif ou constitutionnel. Le juge administratif veille en effet au respect par l'Administration centrale des compétences propres des différentes collectivités territoriales, appliquant la clause générale de compétence⁷ et les multiples lois portant

¹ L'article 26 alinéa 2 de la loi organique (art. 26 al. 2) indique que « les compétences transférées et l'échéancier des transferts font l'objet d'une loi du pays adoptée à la majorité des trois cinquièmes des membres du Congrès, au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant le début de chaque mandat ».

² Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

³ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, p. 159.

⁴ Si, en vertu du dernier alinéa de l'article 74 de la Constitution, les assemblées des collectivités d'outre-mer sont consultées dès lors qu'il est question de leur « organisation particulière », elles ne peuvent en aucun cas décider unilatéralement de cette organisation – le législateur restant en ce domaine seul compétent.

⁵ FABERON (Jean-Yves), « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *RDJ*, 1999, p. 120.

⁶ L'Accord de Nouméa précise que « l'Etat participera pendant cette période [transitoire] à la prise en charge financière des compétences transférées ». Le montant de cette contribution financière étatique n'est toutefois pas précisée.

⁷ En vertu de laquelle le Conseil municipal, général ou régional « règle par ses délibérations les affaires » de la commune, du département ou de la région (respect. art. L. 2121-29, L. 3211-1 et L. 4221-1 du CGCT)

transfert d'attributions. Ce contrôle est d'autant plus effectif qu'aux termes du Code de justice administrative, la répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie¹, et entre l'Etat et la Polynésie française² est d'ordre public pour le juge administratif.

Pour sa part, le Conseil constitutionnel interprète le principe de libre administration comme imposant au législateur l'obligation de doter les collectivités territoriales d'« attributions effectives »³. Cette interprétation ajoute au principe de libre administration une condition que l'article 72 alinéa 1^{er} ne comporte pas, et permet de garantir que la loi ne vide pas ce principe de son sens en privant les institutions locales de compétences effectives. Cette jurisprudence pourra désormais prendre appui sur le principe de subsidiarité, consacré depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 à l'article 72 alinéa 2 de la Constitution, qui dispose que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »⁴. Aux termes de ce nouvel article, toute action doit être réalisée au niveau le plus pertinent, le niveau supérieur ne devant intervenir que si cela est nécessaire. La subsidiarité suppose donc une limitation des interventions des autorités étatiques⁵ : « le pouvoir central, moins proche des réalités locales, doit en effet limiter son intervention aux seules actions qu'il est le mieux placé pour accomplir »⁶. Pour autant, le principe de subsidiarité ne constitue pas un critère précis de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales ; sa portée et ses conditions de mise en œuvre devront nécessairement être précisées par la jurisprudence constitutionnelle. Dans la seule décision où il a été amené à se prononcer sur ce point depuis la révision de 2003, le Conseil constitutionnel a estimé qu'« il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de [l'article 72 de la Constitution], que s'il était manifeste qu'eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait

¹ Art. L 224-3 du Code de justice administrative.

² Art. L 225-2 du Code de justice administrative.

³ CC, décisions n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Rec.*, p. 63 ; n° 87-241, 19 janvier 1988, *Rec.*, p. 31.

⁴ Le principe de subsidiarité a été ainsi introduit dans le droit national après avoir été consacré au niveau de l'Union européenne. Le principe de subsidiarité est en effet inscrit dans le traité de Maastricht de 1992, dont l'article 5 dispose que « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ».

⁵ MILLON-DELSOL (Chantal), *L'Etat subsidiaire*, Paris, PUF, 1992, p. 10. Voir également DELCAMP (Alain), « Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, n° 23, 1995, pp. 609-624.

⁶ CLERGERIE (Jean-Louis), *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ed. Ellipses, Coll. Le droit en questions, 1997, p. 31.

être mieux exercée par une collectivité territoriale »¹. Une telle formulation annonce un contrôle restreint du principe de subsidiarité, qui pourrait ainsi ne pas combler tous les espoirs que les partisans de la décentralisation mettent en lui².

Au-delà de ce contrôle juridictionnel, d'autres mécanismes plus spécifiques ont été prévus pour protéger les compétences propres des collectivités territoriales contre les incursions des autorités étatiques. Ainsi, le statut du 27 février 2004³ confère à la Polynésie française la possibilité de modifier ou d'abroger les lois, ordonnances et décrets s'appliquant à la collectivité et promulgués dans les matières relevant de la compétence des autorités polynésiennes⁴. S'il s'agit d'un texte intervenu avant l'entrée en vigueur du statut, sa modification ou son abrogation résulte d'un acte des autorités locales compétentes (article 11 de la loi organique)⁵. S'il s'agit en revanche d'une loi adoptée depuis l'entrée en vigueur du statut, l'Assemblée territoriale peut la modifier ou l'abroger dès lors que le Conseil constitutionnel a constaté que cette loi est bien intervenue dans une matière ressortissant à la compétence de la Polynésie française (article 12)⁶. Cette procédure spécifique s'apparente fortement à la procédure de déclassement prévue au niveau national par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution ; à son exemple, elle permet de protéger le domaine de compétences de la collectivité d'outre-mer contre les éventuelles incursions du législateur.

¹ CC, décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Rec.*, p. 102 ; *AJDA*, 2005, p. 1487, note S. Blondel. Voir FRAISSE (Régis), « Quelle est la portée du principe de subsidiarité ? », *Droit administratif*, n° 8-9, 2005, pp. 21-22.

² Le professeur Brisson indique en ce sens que le principe de subsidiarité pourrait être consacré comme un objectif à valeur constitutionnelle. Si tel était le cas, cela pourrait « permettre de justifier un certain nombre d'atteintes portées à la libre administration des collectivités locales dessaisies de leurs compétences », dans la mesure où le juge constitutionnel utilise généralement les objectifs à valeur constitutionnelle « comme une méthode d'interprétation venant autoriser le législateur à restreindre la portée des règles et des principes de valeur constitutionnelle » (BRISSON (Jean-François), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 533).

³ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183.

⁴ Ce mécanisme vise à remédier aux empiètements du législateur sur les compétences locales, contre lesquels la collectivité ne disposait jusqu'alors d'aucun moyen. Dans un avis du 5 octobre 1999, le Conseil d'Etat avait ainsi estimé qu'« une loi promulguée et rendue applicable en Polynésie française, même comportant des dispositions contraires à la loi organique [du 12 avril 1996], serait applicable de plein droit et prévaudrait, jusqu'à son abrogation, sur toute disposition contraire antérieure édictée par une délibération territoriale qui n'a, dans l'état actuel du statut de la Polynésie française, qu'une valeur réglementaire » (CE, avis n° 363633 du 5 octobre 1999, cité in Conseil d'Etat, *Rapport public 2000*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 73).

⁵ L'article 11 de la loi organique du 27 février 2004 ne mentionne que les lois, ordonnances et décrets promulgués avant l'entrée en vigueur du statut mais il est à supposer que ses dispositions s'appliquent également aux décrets et aux ordonnances à valeur réglementaire promulgués après l'entrée en vigueur du statut, dont le sort n'est pas expressément réglé.

⁶ L'article 12-II de la loi organique du 27 février 2004 précise que le Conseil constitutionnel est saisi en ce sens par le Président de la Polynésie française après délibération du Conseil des ministres, par le Président de l'Assemblée de Polynésie française en exécution d'une délibération de cette assemblée, par le Premier ministre, par le Président de l'Assemblée nationale ou par le Président du Sénat. Il informe de sa saisine, qui doit être motivée, les autres autorités titulaires du pouvoir de le saisir ; celles-ci peuvent présenter des observations dans un délai de quinze jours. Le Conseil constitutionnel doit statuer dans un délai de trois mois.

L'existence de la procédure de déclassement de l'article 37 alinéa 2 a toutefois eu pour effet d'inciter le juge constitutionnel à ne pas censurer les empiètements du législateur sur le domaine réglementaire lorsqu'il contrôle la constitutionnalité d'une loi sur la base de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution¹. Le risque serait donc que le Conseil constitutionnel étende sa jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* au contentieux relatif à la Polynésie française et limite ainsi la portée du mécanisme instauré par la loi organique du 27 février 2004. La décision *Blocage des prix et des revenus* se fondait certes sur l'existence de la procédure de déclassement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, mais aussi sur l'article 41 qui ouvre au Gouvernement la possibilité de s'opposer, au cours de la procédure parlementaire, à l'insertion dans une loi d'une disposition de nature réglementaire. Or, les autorités polynésiennes ne disposent d'aucun pouvoir pour s'opposer, pendant la procédure parlementaire, à l'empiètement éventuel du législateur dans leur domaine de compétence. La transposition de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* pourrait donc affaiblir le processus d'autonomisation de la Polynésie française². L'alternative souhaitable serait la confirmation par le Conseil constitutionnel de la jurisprudence administrative selon laquelle « il n'appartient ni à la loi ni à une ordonnance de régir des matières relevant de la compétence statutaire d'un territoire d'outre-mer »³.

Il peut paraître curieux que la loi organique du 19 mars 1999 portant statut de la Nouvelle-Calédonie⁴ omette de mettre en place un mécanisme de protection du domaine de compétences de la collectivité similaire à celui prévu en Polynésie française. De fait, en l'absence de saisine du Conseil constitutionnel, laquelle reste toujours hypothétique, les autorités calédoniennes ne disposent d'aucun moyen pour faire censurer l'atteinte portée par le législateur ordinaire à son domaine de compétence⁵. Les compétences transférées à la Nouvelle-Calédonie se caractérisent

¹ CC, décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Rec.*, p. 57 (voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 30). Cette jurisprudence constante depuis 1982 a toutefois fait l'objet d'un revirement partiel, le Conseil constitutionnel acceptant désormais de déclasser, sans la censurer, une disposition législative intervenue dans le domaine réglementaire (décision n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Rec.*, p. 72 ; CCC, n° 19, 2005, p. 105, note J.-B. Auby).

² En ce sens, voir les conclusions du Commissaire du Gouvernement Vérot sous CE Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française, RFDA*, 2005, p. 1131.

³ CE, 24 octobre 2001, *Gouvernement de la Polynésie française, Leb*, p. 481 ; *RFDA*, 2002, p. 73, note Ch. Maugué.

⁴ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁵ Si le juge administratif était saisi d'un règlement d'application d'une telle loi, il ne pourrait lui-même assurer le respect des compétences locales, en raison de l'écran législatif. Toutefois, l'avis du Conseil d'Etat du 29 janvier 2003 semble ouvrir la voie à un assouplissement de la théorie de la loi-écran (CE, avis n° 251699 du 29 janvier 2003, *Mme Fortier, JORF*, 27 février 2003, p. 3520). En l'espèce, le Conseil d'Etat devait se prononcer sur la question du respect, par une loi ordinaire du 4 mars 2002, de la répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie : soit il assurait le respect des dispositions organiques mais acceptait ainsi de contrôler la conformité d'une loi ordinaire à une loi organique, soit il décidait d'appliquer la théorie de la loi écran mais renonçait alors à sanctionner l'éventuel empiètement de l'Etat sur le domaine de compétence de la collectivité. De manière

donc par une certaine précarité, dans la mesure où il reste juridiquement possible à l'Etat de revenir sur ces transferts. Il est vrai que la Nouvelle-Calédonie dispose à cet égard d'une autre garantie non juridictionnelle, résidant dans le caractère irréversible des transferts de compétences en sa faveur. Le préambule de l'accord de Nouméa énonce que « les compétences transférées ne pourront revenir à l'Etat, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation »¹. A la différence du droit d'auto-organisation, le principe d'irréversibilité a fait l'objet d'une inscription expresse à l'article 77 de la Constitution² : l'irréversibilité du transfert des compétences devient ainsi « un principe constitutionnel auquel le législateur ne saurait porter atteinte »³. Cette garantie des transferts de compétences est propre à la Nouvelle-Calédonie⁴ : la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 ne l'a pas étendue aux collectivités d'outre-mer, ni même aux collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie. Ce caractère exceptionnel est aisément compréhensible : l'irréversibilité des transferts de compétences de l'Etat à une collectivité territoriale contribue à doter celle-ci d'une véritable autonomie politique, et non plus seulement administrative. En effet, « cette irréversibilité constitutionnellement garantie dessaisit désormais la loi nationale de toute action sur la Nouvelle-Calédonie à cet égard »⁵. Cela permet à la collectivité de sortir de la précarité statutaire qui résultait de la faculté dont disposait le législateur de modifier à souhait les compétences des anciens territoires d'outre-mer, dont la Nouvelle-Calédonie, « qui a connu de fréquents va-et-vient concernant les compétences transférées »⁶, avait fait les frais à plusieurs reprises.

inattendue, le juge a accepté de vérifier que les deux lois, organique et ordinaire, n'étaient pas en contradiction. Il reste à savoir si le juge administratif, saisi cette fois au contentieux, exercerait un contrôle similaire par rapport à la loi organique.

¹ Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

² Article 77 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JORF*, 29 mars 2003, p. 5568) : « La loi organique [...] détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord [...] les compétences de l'Etat qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie ».

³ PONTIER (Jean-Marie), « La répartition des compétences », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 258. Cette inscription constitutionnelle permet de pallier l'absence de mécanisme juridictionnel de constat des éventuels empiètements du législateur sur les compétences locales : saisi d'une loi intervenant dans une matière d'ores et déjà transférée à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel serait en effet contraint, au regard de l'article 77 de la Constitution, de la censurer. La protection ainsi assurée aux compétences néo-calédoniennes est donc supérieure à celle prévue pour les compétences polynésiennes.

⁴ Selon le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de révision constitutionnelle relatif à la Nouvelle-Calédonie, l'irréversibilité des transferts de compétences constitue le « principe le plus novateur des accords. C'est lui qui distingue la Nouvelle-Calédonie de demain des territoires d'outre-mer régis par l'article 74 de la Constitution » (TASCA (Catherine), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Rapport n° 972, Ass. nat., 9 juin 1998, p. 64).

⁵ FABERON (Jean-Yves), « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, p. 357.

⁶ PAGE (Jeanne), « La souveraineté partagée : irréversibilité et auto-organisation », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 277.

Le transfert définitif de compétences de l'Etat à la Nouvelle-Calédonie (joint à la possibilité pour le Congrès du territoire de décider lui-même du calendrier et du contenu des transferts) apparaît ainsi comme une révolution juridique : le Parlement n'est plus maître des transferts de compétences accordés. Certains auteurs y perçoivent un démembrement de la souveraineté, puisque « le principe d'indivisibilité de la souveraineté se fonde sur le fait que les collectivités secondaires ne peuvent disposer d'un pouvoir normatif initial qui ne puisse être remis en cause par l'Etat. Or le principe d'irréversibilité des transferts de compétences consacre un tel pouvoir normatif au profit des institutions calédoniennes et se trouve ainsi en contradiction avec l'article 1^{er} de la Constitution, qui définit la France comme une "République indivisible" »¹. D'autres auteurs relativisent toutefois l'innovation, en indiquant qu'une future loi constitutionnelle pourrait toujours rayer ce principe de la Constitution². Bien que l'hypothèse soit juridiquement envisageable, elle est toutefois peu concevable politiquement : l'Accord de Nouméa scelle en effet un consensus qui a permis de retrouver la paix civile en Nouvelle-Calédonie et qu'il paraît, à ce titre, très difficile de remettre en question.

Le législateur se trouve ainsi dessaisi de compétences qui lui étaient jusqu'alors propres, au nom de la sauvegarde des spécificités locales. L'octroi ponctuel de compétences dérogoires aux collectivités territoriales ne fait qu'accentuer cette tendance.

§ 2. L'octroi ponctuel de compétences dérogoires

Dans un Etat unitaire, « une collectivité territoriale s'administre, elle ne se gouverne pas »³. En vertu de ce principe, le Conseil constitutionnel a indiqué à plusieurs reprises que la libre administration des collectivités territoriales devait s'exercer dans le « respect des attributions du législateur »⁴. De ce fait, les autorités locales non seulement ne détiennent aucun pouvoir législatif mais elles ne peuvent pas, en principe, recevoir des compétences ressortissant du domaine que la Constitution attribue à la loi. Dans cette logique et de manière prévisible, le Conseil constitutionnel a donc invalidé, dans sa décision du 17 janvier 2002, les dispositions qui permettaient à l'Assemblée de Corse de solliciter l'attribution par le législateur d'un pouvoir d'adaptation des lois nationales aux spécificités de l'île. Au regard de l'article 3 de la Constitution qui consacre l'indivisibilité de la souveraineté, et en

¹ PAGE (Jeanne), *op. cit.*, p. 278.

² En ce sens, voir MOYRAND (Alain), « Théorie de la souveraineté partagée », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *op. cit.*, p. 35 ; LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1023.

³ François Luchaire, cité in FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 445.

⁴ Voir notamment CC, décisions n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Rec.*, p. 38 ; n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50.

dehors des cas prévus par la Constitution ¹, « il n'appartient qu'au Parlement de prendre des mesures relevant du domaine de la loi » ².

Ce principe affirmé avec tant de solennité il y a encore si peu de temps a toutefois vécu : la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 y a mis un terme ³. Désormais, les collectivités territoriales peuvent acquérir sous certaines conditions des compétences dérogatoire relevant matériellement du domaine de la loi ⁴. Le pluralisme juridique intra-étatique ne peut sortir que renforcé de cette évolution juridique notoire. Cette possibilité était déjà ouverte aux territoires d'outre-mer avant 2003 ; ce sont à présent les collectivités d'outre-mer (A), mais aussi les départements d'outre-mer (B) et les collectivités métropolitaines (C) qui peuvent en bénéficier.

A. Au bénéfice des collectivités d'outre-mer

Avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, la faculté d'intervenir dans le domaine de la loi avait été reconnue aux territoires d'outre-mer par le Conseil constitutionnel dans une décision du 2 juillet 1965 ⁵. Aux termes de cette décision, les TOM pouvaient bénéficier d'attributions relevant normalement de la compétence du législateur – comme par exemple le pouvoir de créer des impôts. Cette dérogation à la répartition constitutionnelle des compétences était fondée sur l'ancien article 76 de la Constitution, abrogé depuis lors ⁶, qui précisait en son premier alinéa que « Les territoires d'outre-mer peuvent garder leur statut au sein de la République ». Il permettait ainsi aux TOM de conserver les compétences qui leur avaient été reconnues antérieurement à 1958, y compris celles intervenant dans les matières dévolues au pouvoir législatif lors de l'adoption de la Constitution ⁷. En reprenant ainsi la pratique

¹ Il s'agit des cas prévus par les articles 11, 16, 38, 74 et 77 de la Constitution.

² Dès lors, « en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déférée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution » et se trouve donc être contraire au texte fondamental (décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70). Voir LUCHAIRE (François), « La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002 », *RDP*, 2002, pp. 885-906.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ A cet égard, voir SAUVAGEOT (Frédéric), « Les pouvoirs réglementaires matériellement législatifs des collectivités ultra-marines françaises : la participation active des collectivités d'outre-mer à l'exercice de la fonction législative », *RJPEF*, 2006, pp. 50-71 ; BROSSET (Estelle), « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 695-739.

⁵ CC, décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Rec.*, p. 75 ; *Dalloz*, jurisp., 1975, p. 613, note L. Hamon ; *Penant*, 1966, p. 347, note P. Lampué.

⁶ Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, *JORF*, 5 août 1995, p. 11744.

⁷ Si l'ancien article 76 de la Constitution permettait de garantir certaines habilitations au profit des TOM qui auraient pu être déclarées incompatibles avec la Constitution, il n'avait toutefois pas pour effet de constitutionnaliser cette répartition, qui pouvait donc être modifiée par le législateur. C'est précisément ce que rappelle le Conseil constitutionnel en 1965 : « Considérant que l'article 76 de la Constitution, en permettant aux territoires d'outre-mer de garder leur statut au sein de la République, a confirmé les compétences antérieurement reconnues aux assemblées territoriales, mais que ces

de la IV^e République en matière de répartition des compétences normatives entre l'Etat et les assemblées territoriales, la V^e République a autorisé ce que le Professeur Lampué a appelé la « décentralisation législative » au profit des territoires d'outre-mer¹. De fait, en affirmant que « le domaine de la loi peut être différent dans les territoires d'outre-mer et dans les départements »², le Conseil constitutionnel a permis au législateur, puis au législateur organique à partir de 1992³, de maintenir ou d'établir une répartition dérogatoire des compétences entre l'Etat et les TOM⁴.

En mars 2003, le constituant a consacré cette jurisprudence en prévoyant la possibilité pour le législateur organique de transférer aux nouvelles collectivités d'outre-mer des compétences relevant du domaine de la loi⁵. L'autonomie normative des collectivités d'outre-mer se trouve ainsi constitutionnellement étendue. Pour autant, cette extension ne va pas jusqu'à établir une autonomie de législation au profit des COM. En effet, en premier lieu, les collectivités d'outre-mer ne peuvent disposer de compétences relevant du domaine de la loi que par décision du législateur organique, ce dernier étant le seul à pouvoir déterminer leur statut. De ce fait, l'unité de source normative se trouve sauvegardée. En second lieu, l'octroi d'une compétence législative à une collectivité d'outre-mer constitue certes un partage du *domaine* législatif mais n'entraîne pas de partage du *pouvoir* législatif. Qu'ils interviennent matériellement dans le domaine réglementaire ou dans le domaine législatif, les actes locaux demeurent formellement des actes administratifs soumis à ce titre au contrôle du juge administratif⁶. Ainsi, les compétences ultra-marines dérogatoires se trouvent fermement arrimées à la hiérarchie des normes⁷. Un tel montage, pourtant, relève à l'évidence de la fiction juridique : la torsion des catégories juridiques qu'il opère

compétences peuvent être modifiées par une loi prise dans les conditions prévues à l'article 74 de la Constitution, c'est-à-dire après consultation de l'assemblée territoriale intéressée [...] » (CC, décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *peécit*).

¹ Note sous décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Penant*, 1966, p. 353.

² Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Rec.*, p. 75.

³ La loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 (*JORF*, 26 juin 1992, p. 8406) a modifié l'article 74 de la Constitution en donnant au législateur organique, et non plus au législateur ordinaire, la possibilité d'amender les statuts des TOM et donc la répartition des compétences entre l'Etat et les territoires. Cela exclut également la possibilité pour le gouvernement d'intervenir en la matière par ordonnances (CE Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française, RFDA*, 2005, p. 1131, concl. C. Vérot).

⁴ Pour plus de détails, voir BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, pp. 54-61.

⁵ Le constituant a toutefois encadré cette possibilité en précisant que, sous réserve des compétences déjà exercées par une collectivité d'outre-mer, « le transfert de compétences de l'Etat ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique » (article 74 de la Constitution modifié par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568).

⁶ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux. C'était déjà le cas des actes adoptés par les anciens TOM dans le domaine de la loi (voir CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui, Leb.*, p. 138 ; *AJDA*, 1970, p. 320, chron. R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle ; *Penant*, 1971, p. 215, note P. Lampué).

⁷ Les travaux du Professeur de Bechillon sur les territoires d'outre-mer parviennent à une conclusion similaire : BECHILLON (Denys de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, pp. 506-507.

témoigne de la complexité de l'adaptation du modèle français au respect des particularismes¹.

Le constituant comme le Conseil constitutionnel ont néanmoins adopté une conception pour le moins extensive de la notion d'« organisation particulière » des territoires puis des collectivités d'outre-mer, qui permet à ces dernières de bénéficier d'un domaine d'action très large. Cette approche conduit à s'interroger sur la véritable nature des COM, moins collectivités territoriales qu'« esquisse d'Etats fédérés »². Dès la décision du 23 août 1985 relative à la loi sur la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel reconnaissait que « comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer, [le rôle du Congrès] ne se limite pas à la simple administration de ce territoire »³. De fait, la possibilité d'octroyer aux assemblées territoriales en question des compétences relevant du domaine de la loi conforte le constat que le rôle de ces assemblées n'est pas limité à la seule gestion administrative. On comprend alors mieux pourquoi certains auteurs s'inquiétaient déjà, dès 1982, du fait que « pour la Polynésie et la Nouvelle-Calédonie, le cadre administratif n'est plus qu'un collier de papier car par-delà l'étiquette de collectivité territoriale, percent les symptômes d'une décentralisation fédérale »⁴. Cette affirmation pourrait être étendue, depuis la révision du 28 mars 2003, aux départements d'outre-mer.

B. Au bénéfice des départements d'outre-mer

Jusqu'à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, le raisonnement du Conseil constitutionnel à l'égard des attributions des départements d'outre-mer est sensiblement similaire à celui tenu pour leur organisation institutionnelle. En principe, les compétences transférées sont les mêmes que celles confiées aux départements de métropole ; par exception toutefois, le législateur peut « prévoir des mesures d'adaptation susceptibles de se traduire par un aménagement limité des compétences des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements »⁵. Le Conseil constitutionnel contrôle ainsi que les modifications législatives apportées outre-mer à la répartition des compétences ne dépassent pas les limites qui transformeraient l'« adaptation » en « organisation particulière », réservée aux seuls TOM⁶. Cette approche pragmatique qui « laisse une large place à une mise

¹ ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTDC*, n° 2, avril-juin 1994, p. 305.

² ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006, p. 255.

³ CC, décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Rec.*, p. 70. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 36.

⁴ FABRE (Michel-Henry), « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, p. 609.

⁵ Décision n° 84-174 DC, 25 juillet 1984, *Rec.*, p. 48 ; *AJDA*, 1984, p. 619, note J. Ferstenbert.

⁶ C'est ainsi que, dans sa décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 (*précit.*), le Conseil analyse chacune des dérogations au droit commun et distingue celles qui ne sont pas contraires à la Constitution parce

en œuvre subjective de ce critère fluide »¹ s'est traduite par le renforcement du principe d'assimilation à l'égard des départements d'outre-mer. De fait, les rares spécificités qui leur sont accordées avant 2003 résultent essentiellement d'une loi du 2 août 1984 qui confère aux régions d'outre-mer certaines attributions dont les régions métropolitaines ne disposent pas en matière d'aménagement foncier, de santé et de culture².

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003³ a mis un terme à cette conception très stricte du principe d'adaptation, qualifiée à juste titre d'« asséchante » par le Professeur Gohin⁴. L'article 73 alinéa 3 de la Constitution permet désormais à la collectivité qui a reçu une habilitation législative en ce sens, d'édicter elle-même les normes applicables sur son territoire, y compris celles relevant du domaine de la loi, pour tenir compte de ses spécificités⁵. Ce dispositif très innovant s'inspire à l'évidence des mécanismes utilisés pour les collectivités d'outre-mer ; les départements et les régions d'outre-mer se voient en effet reconnaître, à l'instar des COM, un pouvoir réglementaire susceptible d'intervenir dans le domaine de la loi. A défaut d'être les auteurs de textes de valeur législative, les conseils généraux ou régionaux concernés n'en feront pas moins œuvre législative en adoptant des règles relevant matériellement du domaine de la loi⁶. En ce sens, il s'agit moins d'un assouplissement du principe d'assimilation que d'une véritable dérogation à ce principe⁷. Si la mise en œuvre de cette possibilité dépend d'une habilitation du législateur, il n'en demeure pas moins qu'une telle perspective marque une véritable rupture avec la tradition assimilationniste qui prévalait jusqu'alors à l'égard des DROM : la nouvelle rédaction de l'article 73 ouvre à ces collectivités des possibilités inédites d'édicter des règles adaptées à leurs particularismes.

que « de portée limitée », de celles qui lui sont contraires parce qu'elles « dépassent » le régime général.

¹ ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 6^{ème} éd., 2001, p. 248.

² Loi n° 84-747 du 2 août 1984, *JORF*, 3 août 1984, p. 2559. Il s'agit précisément de la loi qui a fait l'objet de la décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984, *précit*.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ GOHIN (Olivier), « L'évolution des départements d'outre-mer vers un statut de collectivités spécifiques », in FABERON (Jean-Yves), AUBY (Jean-François) dir., *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 198.

⁵ L'alinéa 3 du nouvel article 73 dispose ainsi que « Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ». Voir ORAISON (André), « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V^e République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Les possibilités offertes aux départements d'Outre-Mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique) en matière d'habilitation législative et l'exception insolite du département de la Réunion », *RJPEF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 238-259.

⁶ Les actes adoptés sur le fondement de l'article 73 alinéa 3 n'en demeurent pas moins des actes administratifs contestables devant le juge administratif.

⁷ DE LISLE (JP) (pseudonyme), « Réflexions sur les évolutions constitutionnelles des outre-mers français », *AJDA*, n° 20, 2002, p. 1274.

Cette évolution doit toutefois être nuancée à deux égards. En premier lieu, la possibilité désormais reconnue aux DROM est restreinte aux domaines de compétences susceptibles d'être transférées aux collectivités d'outre-mer ; en vertu de l'article 73 alinéa 4, les matières ayant trait à l'exercice de la souveraineté ne sont donc pas concernées¹. L'exercice du pouvoir de dérogation normative des DROM se trouve ainsi matériellement limité. En second lieu, le premier bilan qui peut être dressé sur la mise en œuvre de l'article 73 alinéa 3 de la Constitution est loin d'être positif². Depuis la révision constitutionnelle de 2003, le législateur n'a jamais mis en œuvre la possibilité qu'un Conseil local se substitue à lui. A sa décharge, il est vrai que la loi organique prévue à l'alinéa 5 de l'article 73, précisant les conditions d'adoption des lois d'habilitation, n'a été adoptée qu'en février 2007³. L'entrée en vigueur de cette loi organique pourrait se traduire, à l'avenir, par la multiplication des adaptations, sous le contrôle du Conseil constitutionnel⁴. La seconde limite de ce dispositif réside dans le fait qu'il ne soit pas applicable au département de la Réunion, aux termes de l'article 73 alinéa 5 qui résulte de l'amendement du sénateur réunionnais Jean-Paul Virapoulle. Ce dernier, contre l'avis d'une partie de la classe politique locale, souhaitait en effet un statut qui demeure le plus proche du droit commun⁵. Une telle position peut laisser perplexe : même s'il était effectivement avéré que la population réunionnaise souhaite une intégration encore plus radicale dans la République et dans l'Union européenne⁶, pourquoi refuser d'office la possibilité offerte par le nouvel article 73 alinéa 3 ? Le « verrouillage

¹ L'article 73 alinéa 4 précise en effet : « Ces règles [adoptées par les DROM dans le domaine de la loi] ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique ».

² En ce sens, voir BLERIOT (Laurent), « Les départements et régions d'outre-mer : un statut à la carte », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 69.

³ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121. Voir THIELLAY (Jean-Philippe), « Les lois organique et ordinaire portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer du 21 février 2007 », *AJDA*, 2007, pp. 630-635 ; SCHOETTL (Jean-Éric), « La loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer », *LPA*, n° 69, 2007, pp. 3-22.

⁴ Le Conseil constitutionnel pourra exercer son contrôle sur les lois ordinaires habilitant les DOM à exercer leur pouvoir normatif d'adaptation ou de dérogation. A ces occasions, il pourra notamment vérifier que le pouvoir normatif d'adaptation respecte le cadre prévu par l'article 73, autrement dit qu'il soit justifié par « les caractéristiques et les contraintes propres de ces collectivités » et qu'il reste cantonné aux matières relevant de la compétence des DROM. S'agissant du pouvoir de dérogation, il pourra également vérifier que les compétences normatives transférées ne touchent pas les matières réservées à l'Etat, notamment les garanties des libertés publiques.

⁵ Les élus réunionnais de gauche, soutenus par la Ministre de l'outre-mer, ont fortement critiqué l'amendement sénatorial. Ce dernier était toutefois soutenu par les élus de droite, unanimes contre « l'intégrisme décentralisateur ». A cet égard, voir ORAISON (André), « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V^e République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Les possibilités offertes aux départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique) en matière d'habilitation législative et l'exception insolite du département de la Réunion », *RJPEF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 251-253.

⁶ Aucun référendum local n'a été tenu à ce sujet pour confirmer la position du sénateur réunionnais.

constitutionnel »¹ qui frappe ainsi la Réunion bloque désormais toute possibilité d'adaptation future des compétences du département. Toutefois, l'interdiction qui est ainsi faite à la Réunion de disposer d'un pouvoir réglementaire matériellement législatif ne semble pas incontournable. En effet, la faculté d'expérimentation locale reconnue par le nouvel article 72 alinéa 4 de la Constitution est applicable aux DROM ; elle permettrait aux organes délibérants des collectivités réunionnaises de contourner la rigidité qui leur est imposée, en recourant à un mécanisme ouvert à toutes les collectivités territoriales de la République².

C. Au bénéfice de l'ensemble des collectivités territoriales

La question de la dévolution de compétences législatives à des collectivités territoriales métropolitaines a relevé pendant longtemps de l'utopie juridique. Avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, il était inenvisageable, au regard du principe d'uniformité, que les collectivités de droit commun puissent bénéficier de compétences législatives dérogatoires au même titre que les territoires d'outre-mer ou, dans une moindre mesure, que les départements d'outre-mer. Le virulent débat qui a secoué les rangs politiques³ lors de l'adoption du statut de la Corse du 22 janvier 2002⁴ est révélateur de la persistance du jacobinisme dans l'Hexagone. Le projet de loi issu des négociations de Maignon prévoyait en effet d'accorder à l'Assemblée de Corse un pouvoir expérimental d'adaptation des règlements et des lois nationales, lui permettant d'édicter elle-même des textes intervenant dans le champ réglementaire ou législatif, sur habilitation du législateur⁵.

¹ L'expression est empruntée au Professeur Oraison, *op. cit.*, p. 258.

² Il serait ainsi imaginable d'obtenir, par le biais de la voie expérimentale, une disposition d'effet équivalent à celle prévue dans le cadre de l'article 73 alinéa 3 de la Constitution : l'utilisation de la méthode expérimentale, avec à terme une généralisation de la mesure expérimentée aux seuls départements et régions d'outre-mer, permettrait en effet d'aboutir sensiblement aux mêmes résultats que ceux obtenus par la voie exceptionnelle ouverte aux DROM antillais. Certains auteurs indiquent toutefois, sans véritablement justifier leur affirmation, que l'expérimentation locale prévue à l'article 72 alinéa 4 n'aurait vocation à s'appliquer qu'aux collectivités territoriales de métropole, à l'exclusion des collectivités ultra-marines. En ce sens, voir VERPEAUX (Michel), « Les conséquences générales de la révision constitutionnelle de 2003 », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 40 ; PONTIER (Jean-Marie), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 1715.

³ L'ampleur de la réforme envisagée pour la Corse a provoqué la démission du Ministre de l'Intérieur, Jean-Pierre Chevènement, qui s'opposait à une telle remise en cause de l'unité et de l'indivisibilité de la République. Il faisait ainsi remarquer, lors des débats devant l'Assemblée nationale, que « ce qui aura été accordé aux Corses sera revendiqué demain par les Basques et après-demain par les Bretons, les Savoyens, les Alsaciens et pourquoi pas les Francs-Comtois » (*JORF Débats, Ass. nat.*, 15 mai 2001, p. 2922).

⁴ Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503.

⁵ Dans cette perspective, le gouvernement s'était fondé sur la décision du Conseil constitutionnel n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 (*Rec.*, p. 204 ; *RFDC*, 1993, p. 830, note X. Philippe ; *RA*, 1993, p. 443, note R. Etien) autorisant les universités à procéder à des adaptations législatives à titre expérimental, à condition de définir avec précision la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci pouvaient être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles devaient faire

La dévolution d'un pouvoir d'expérimentation en matière réglementaire n'a pas soulevé de réel problème. Cette disposition a été contestée devant le Conseil constitutionnel, les auteurs de la saisine arguant qu'elle tendait à doter la collectivité territoriale d'un pouvoir réglementaire de portée générale, contraire à l'article 21 de la Constitution et au principe d'égalité. Le Conseil en a cependant jugé autrement : pour la première fois, il a explicitement admis que les articles 21 et 72 de la Constitution « permettent au législateur de confier à une catégorie de collectivités territoriales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi »¹. Tout en rappelant que « le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale [...] ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi », le Conseil a ainsi validé les dispositions du nouvel article L.4424-2 II du Code général des collectivités territoriales, en vertu duquel la collectivité territoriale de Corse peut désormais « demander à être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental », pour la mise en œuvre des compétences qui lui sont dévolues. Ce faisant, il a admis l'existence d'« un pouvoir réglementaire que l'on pourrait qualifier à la fois de général et de local, [...] afin de tenir compte des caractéristiques propres à la Corse »².

En revanche, la dévolution à la collectivité territoriale d'un pouvoir normatif intervenant dans le domaine de la loi a soulevé plus de difficultés. Pour le Professeur Rousseau, cette disposition n'était pas contraire à la Constitution³ : le pouvoir d'adaptation des lois aurait été accordé à l'Assemblée de Corse par le Parlement national, il se serait exercé par le vote de délibérations territoriales de nature réglementaire et ces modifications ne seraient devenues juridiquement effectives que si le Parlement national les avait confirmées par un vote⁴. Autrement dit, au terme du projet, le Parlement restait maître du processus. Tel n'a pourtant pas été l'avis du Conseil constitutionnel. A l'issue de sa décision du 17 janvier 2002, le juge constitutionnel annule la disposition contestée, considérant qu'« en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne

l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon.

¹ Décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70. Voir SCHOETTL (Jean-Eric), « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA*, 2002, p. 101.

² VERPEAUX (Michel), « Le nouveau statut de la Corse », *RFDA*, 2002, p. 462.

³ Voir ROUSSEAU (Dominique), « Organisation territoriale de la France : une recomposition inachevée », *Confluences Méditerranée*, n° 36, hiver 2000-2001, p. 83.

⁴ De fait, le législateur avait pris soin d'entourer ce pouvoir d'expérimentation législative de multiples garanties : non seulement l'Assemblée de Corse devait demander l'autorisation au Gouvernement et le législateur devait déterminer l'ampleur des expérimentations autorisées, mais encore une évaluation de celles-ci au niveau national était prévue, autorisant le législateur à y mettre fin avant le terme prévu. De surcroît, les expérimentations prenaient fin lorsque, au terme du délai fixé, le Parlement ne les avait pas adoptées.

relève que de la Constitution »¹. L'interdiction d'attribuer à l'Assemblée de Corse des compétences relevant du domaine de la loi se trouve ainsi motivée par le monopole de la compétence législative : même provisoire et limitée, l'entorse aux règles de compétence n'en est pas moins vérifiable². Dès lors, il n'est pas possible pour une collectivité territoriale de droit commun d'être habilitée à pratiquer des dérogations législatives, à moins que la Constitution ne soit modifiée en ce sens.

C'est précisément ce qu'a fait le constituant en 2003³. Afin de lever cet obstacle au développement de l'expérimentation, la loi constitutionnelle de 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République consacre le droit à l'expérimentation législative⁴ en instaurant deux procédures, la première inconditionnée, la seconde strictement encadrée. La première résulte du nouvel article 37-1 de la Constitution, aux termes duquel « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Si ce nouvel article est *a priori* destiné à l'Etat pour les besoins de ses propres réformes, sa formulation lapidaire laisse la porte ouverte à tout type d'expérimentation. En l'absence de précisions supplémentaires, le législateur peut fort bien mettre en place dans une collectivité territoriale donnée un régime dérogatoire de répartition des compétences entre l'Etat et cette collectivité⁵.

La seconde procédure introduite en 2003 est le droit des collectivités territoriales à l'expérimentation, désormais inscrit à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution qui prévoit que « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou

¹ Décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70.

² Pour contourner cette cause d'inconstitutionnalité, Roland Drago avait suggéré de donner à la loi d'expérimentation, dans le cas de figure où le domaine législatif est en cause, la nature juridique d'une loi d'habilitation au sens de l'article 38 de la Constitution, les mesures expérimentales pouvant alors être mises en place par ordonnances (DRAGO (Roland), « Le droit à l'expérimentation », in *Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz/PUF/Editions du Jurisclasseur, 1999, pp. 229-249). La mise en œuvre de cette proposition se heurte néanmoins au fait que le recours aux ordonnances de l'article 38 ne peut profiter qu'au gouvernement, non aux collectivités territoriales.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568. Voir FAURE (Bertrand), « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 165-188 ; LAPOUZE (Patrick), « L'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP-ACT*, n° 10, 6 mars 2006, pp. 307-309.

⁴ L'intérêt de la constitutionnalisation du droit à l'expérimentation réside en effet dans la possibilité de déroger à des lois, dans la mesure où la décentralisation expérimentale du pouvoir réglementaire pouvait se passer d'un soutien constitutionnel, comme le révèle la procédure d'expérimentation réglementaire prévue pour la Corse par l'art. L.4424-2 II du CGCT.

⁵ Ainsi, sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales (*JORF*, 17 août 2004, p. 14545) organise à titre expérimental des transferts de compétences aux collectivités territoriales dans huit domaines de l'action publique. Voir JANIN (Patrick), « L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation. Observations sur une réforme », *JCP-ACT*, n° 41, 10 octobre 2005, pp. 1524-1526.

réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Ainsi, le pouvoir d'adaptation des lois nationales qui avait été refusé à la Corse par le Conseil constitutionnel se trouve dorénavant reconnu par la Constitution au profit de toutes les collectivités territoriales¹. La réforme permet ainsi de contourner la jurisprudence du Conseil constitutionnel fondée sur le respect de la compétence propre du législateur², en instaurant une exception au principe de hiérarchie des compétences par l'ouverture du domaine législatif aux décisions d'une collectivité territoriale – exception impensable pour toute autre autorité administrative, fût-ce le gouvernement, hormis l'hypothèse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

La mise en œuvre de ce droit est toutefois strictement encadrée par la Constitution elle-même qui en délimite expressément le champ d'application, ainsi que par la loi organique du 1^{er} août 2003 qui précise les modalités d'habilitation législative et prévoit un suivi rigoureux des actes expérimentaux³. Dans ce cadre, le droit à l'expérimentation reconnu aux collectivités territoriales ne peut s'exercer que sous forme réglementaire⁴, dans le respect de la légalité⁵. Saisi de cette loi organique sur le fondement de l'article 61 alinéa 1^{er} de la Constitution, le Conseil constitutionnel a pris acte de la nouvelle rédaction de l'article 72 de la Constitution ; il a validé le texte mais néanmoins stigmatisé le droit à l'expérimentation qui représente « une exception au principe de la compétence du législateur énoncé à l'article 34 de la Constitution et au principe d'égalité devant la loi »⁶. De fait, la reconnaissance du droit à l'expérimentation des collectivités territoriales constitue un compromis entre le simple

¹ La comparaison des nouveaux articles 72 alinéa 4 et 73 alinéa 3 de la Constitution révèle la similitude des mécanismes d'adaptation réglementaire et législative prévus généralement pour l'ensemble des collectivités territoriales et spécifiquement pour les DROM antillais. Ces deux mécanismes se distinguent toutefois par leurs modalités de mise en œuvre. D'une part, le droit à l'expérimentation est encadré plus strictement par une procédure de contrôle plus poussée que les aménagements dont bénéficient les DROM. D'autre part, les expérimentations sont destinées à être étendues à l'ensemble des collectivités territoriales dans le cas où elles s'avèreraient satisfaisantes, alors que les aménagements demeurent spécifiques à chaque département ou région d'outre-mer, dans la mesure où ils sont adaptés à leurs spécificités propres.

² C'est en faisant référence à de telles révisions constitutionnelles destinées à surmonter des décisions du Conseil constitutionnel que le Professeur Blanquer a pu parler de « validations constitutionnelles » (BLANQUER (Jean-Michel), « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 227-238).

³ Loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003, *JORF*, 2 août 2003, p. 13217. Voir VERPEAUX (Michel), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP-ACT*, n° 20, 10 mai 2004, pp. 655-663 ; PONTIER (Jean-Marie), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, pp. 1715-1723.

⁴ En dépit de ce que peut parfois laisser penser la doctrine, en parlant par exemple de « pouvoir législatif à l'essai » des collectivités territoriales (FAURE (Bertrand), « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 182).

⁵ L'article L.1113-4 du CGCT modifié par la loi organique du 1^{er} août 2003 soumet aux règles du droit commun le recours du représentant de l'Etat contre les actes d'une collectivité territoriale pris dans le cadre d'une expérimentation et organise un régime de suspension des règlements dérogatoires à la loi devant le juge administratif.

⁶ CC, décision n° 2003-478 DC, 30 juillet 2003, *Rec.*, p. 406. Voir SCHOETTL (Jean-Éric), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 195, 30 septembre 2003, pp. 5-8.

pouvoir d'exécution traditionnellement attribué aux collectivités décentralisées et le pouvoir législatif partagé reconnu dans certains Etats étrangers aux régions autonomes et aux États fédérés. C'est dire l'innovation majeure résultant de la révision constitutionnelle de 2003.

Conclusion du chapitre 1

Le sens des évolutions récentes de l'organisation territoriale française est sans ambiguïté : les aménagements institutionnels se multiplient au profit de collectivités disposant désormais de prérogatives leur permettant de préserver, voire d'affirmer leurs spécificités¹. Le principe d'unité ne caractérise plus ni les institutions, ni les compétences désormais reconnues aux différentes collectivités territoriales de la République. Si cette différenciation s'opère sur une base territoriale, elle permet néanmoins de prendre en compte les particularismes des collectivités humaines vivant sur ces territoires. Comment justifier le statut spécifique et les compétences accrues dont bénéficient les « collectivités périphériques », si ce n'est en se fondant sur les spécificités et les revendications des populations locales² ? Ce constat amène deux remarques quant à la gestion des différences par le droit public français³.

La première a trait à la méthode utilisée. C'est véritablement le pragmatisme qui dirige l'action de l'Etat en la matière. Il est en effet difficile d'envisager une solution institutionnelle unique applicable à l'ensemble des collectivités minoritaires françaises. Les institutions doivent être adaptées à chaque cas, ce qui explique la faillite de la catégorie des territoires d'outre-mer, qui a laissé la place à une multiplicité de collectivités d'outre-mer au statut *sui generis*, auxquelles se rajoute la Nouvelle-Calédonie. Le différencialisme dont procèdent les évolutions statutaires de chacune de ces collectivités diffère largement de l'une à l'autre : l'autonomie dont dispose désormais la Nouvelle-Calédonie n'a pas de commune mesure avec celle qui a été attribuée aux autres collectivités à statut spécifique. De ce fait, et au regard des évolutions consacrées par le constituant français en 2003, il est aujourd'hui illusoire de croire qu'il existe un droit commun administratif⁴ – si tant est, d'ailleurs, qu'il ait jamais existé. L'autonomie, à cet égard, s'avère porteuse d'hétérogénéité.

L'accroissement de cette hétérogénéité statutaire conduit à la seconde remarque. L'institutionnalisation des diversités culturelles par le biais de statuts adaptés présente un enjeu démocratique certain. Les partisans de la prise en compte du pluralisme

¹ WEBERT (Francine), *Unité de l'Etat et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse de doctorat, Université Nancy III, 1997, 548 p.

² En ce sens, voir MICHALON (Thierry), « Le statut des minorités périphériques de la République », *Actes*, n° 69, janvier 1990, pp. 3-12.

³ Pour une problématique générale sur ce point, qui ne s'arrête toutefois pas à la question des minorités nationales, voir BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, 533 p.

⁴ DEBBASCH (Roland), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, n° 30, 1997, p. 373.

ethnoculturel affirment généralement – et à juste titre – que le respect des principes démocratiques impose à l’Etat la reconnaissance institutionnelle de la pluralité culturelle¹. Cette perspective doit toutefois être complétée en inversant la relation entre démocratie et pluralisme institutionnel : il ne s’agit pas seulement de mobiliser la démocratie pour aboutir à une institutionnalisation de la diversité culturelle, mais d’envisager cette reconnaissance institutionnelle comme un instrument décisif (et non une fin en soi) dans la perspective d’un perfectionnement du fonctionnement démocratique des institutions françaises². En témoigne la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, qui confirme la consultation obligatoire des assemblées territoriales délibérantes et multiplie les possibilités de consultations des populations locales en cas de changement statutaire³. De ce fait, la reconnaissance institutionnelle des collectivités minoritaires peut être conçue comme un facteur de démocratisation permettant de « récuser tout de qui, au nom d’une uniformité imposée, ne serait qu’une égalité de façade »⁴. Seule une véritable autonomisation normative des collectivités juridiques minoritaires infra-étatiques pourrait toutefois pleinement consacrer cette évolution démocratique.

¹ En ce sens, voir les plaidoyers de TAYLOR (Charles), *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, 144 p. ; WALZER (Michael), *Pluralisme et démocratie*, Paris, Editions Esprit, 1997, 220 p.

² Cette idée a notamment été développée par SAVIDAN (Patrick), « La reconnaissance des identités culturelles comme enjeu démocratique », in LE COADIC (Ronan) dir., *Identités et démocratie*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 245.

³ Articles 72-4, 73 al. 7, 74 al. 2 et 4 de la Constitution, issus de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JORF*, 29 mars 2003, p. 5568). A cet égard, voir CAPITOLIN (Jean-Louis), « La clarté et la loyauté d’une consultation préalable à l’évolution institutionnelle au sein de la République », *RFDC*, n° 64, 2005, pp. 781-804 ; VERPEAUX (Michel), « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, pp. 540-547.

⁴ LE ROY (Etienne), « Pluralisme et Universalisme juridiques. Propos d’étape d’un anthropologue du droit », in KAHN (Philippe) dir., *L’étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Paris, La documentation française, Coll. Perspectives sur la justice, 2000, p. 239.

- CHAPITRE 2 -

L'AUTONOMISATION NORMATIVE DE COLLECTIVITÉS JURIDIQUES MINORITAIRES INFRA-ÉTATIQUES

Fidèle à l'orthodoxie jacobine, la quasi totalité de la doctrine juridique française fait de l'unité du pouvoir normatif l'expression de l'unité de la République. Le caractère unitaire de l'Etat exige en effet l'unité du droit applicable sur l'ensemble de son territoire, c'est-à-dire l'unité d'édiction et d'application des normes produites par les organes qui exercent le pouvoir au nom du peuple souverain. Partant de cet axiome, la souveraineté nationale s'oppose à l'octroi d'une autonomie normative aux entités infra-étatiques. Si l'article 72 de la Constitution reconnaît aux collectivités territoriales un pouvoir de libre administration qui les protège contre les possibles débordements du pouvoir central ¹, ce pouvoir s'exerce « dans le cadre de la loi » : l'autonomie des collectivités territoriales se trouve ainsi restreinte par la nécessaire soumission au monopole normatif étatique ².

Cette tradition s'est pourtant trouvée affaiblie dès 1946 par la reconnaissance constitutionnelle de « zones juridiques d'intensité différente » ³, c'est-à-dire de parties du territoire français où le droit en vigueur diffère de celui applicable dans le reste de l'Etat. Les collectivités ultra-marines sont les premières concernées, dans la mesure où elles bénéficient d'un pouvoir d'adaptation institutionnelle qui trouve son pendant dans un pouvoir d'adaptation normative. Apparaît ainsi un « droit d'outre-mer » regroupant, aux termes de la définition donnée par le Professeur Luchaire en 1966, « l'ensemble des règles juridiques particulières aux départements et territoires français d'outre-mer » ⁴, devenus depuis collectivités d'outre-mer ¹. Les collectivités

¹ Art. 72 al. 3 : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités [territoriales] s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Le concept de libre administration des collectivités territoriales a été affirmé en tant que tel pour la première fois dans l'article 87 al. 1^{er} de la Constitution du 27 octobre 1946 qui indiquait que « Les collectivités territoriales s'administrent librement par les conseils élus au suffrage universel ».

² Comme l'indiquait Carré de Malberg, « lorsque, dans un État unitaire, une collectivité territoriale a reçu de l'État le pouvoir de se régir elle-même en telles ou telles matières, [...] elle use d'un pouvoir octroyé, et non de facultés de puissance innées en elle. Par les dispositions régulatrices qu'elle édicte, elle créera bien du droit local, [...] : elle le crée, en vertu d'une délégation de puissance qui lui vient de l'État » (CARRE DE MALBERG (Raymond), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 90).

³ L'expression est empruntée à ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTDC*, n° 2, avril-juin 1994, p. 304.

⁴ LUCHAIRE (François), *Droit d'outre-mer et de la coopération*, Paris, Thémis, 2^{ème} éd., 1966, p. 2. Le Professeur Gonidec insiste, quant à lui, sur les liens entre la France et les pays d'outre-mer puisqu'il définit le droit d'outre-mer comme « l'étude des règles juridiques qui définissent les rapports de la France métropolitaine et des pays d'outre-mer qui lui sont rattachés » (GONIDEC (Pierre-François),

ultra-marines ne sont toutefois pas les seules à disposer d'un droit local spécifique : certaines collectivités de métropole bénéficient également de ce privilège, à l'exemple de la Corse. De ce fait, la France apparaît comme un « Etat unitaire “plurilégislatif”, c'est-à-dire un Etat comprenant plusieurs fractions dotées de législations particulières »².

Ces droits locaux ultra-marins ou métropolitains sont le résultat de deux mécanismes déjà anciens, qui ont été consolidés par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003³. Le premier concerne l'application du droit étatique dans les collectivités territoriales : en violation des principes d'unité normative de la République et d'égalité des citoyens français devant la loi, le droit produit par l'Etat peut se voir adapté aux particularités de certaines collectivités, voire même ne pas être appliqué dans certaines collectivités. Le second mécanisme, pour sa part, est relatif au droit produit par les collectivités territoriales elles-mêmes : empiétant sur le monopole normatif de l'Etat, certaines collectivités jouissent dans le cadre de leurs compétences d'un pouvoir normatif venant concurrencer le pouvoir réglementaire, voire même le pouvoir législatif des autorités étatiques. Le pluralisme juridique infra-étatique est ainsi le fruit de deux facteurs différents mais concomitants : l'application variable du droit étatique par les collectivités territoriales (section 1) et l'attribution d'un pouvoir normatif variable aux collectivités territoriales (section 2).

Section 1. L'APPLICATION VARIABLE DU DROIT ÉTATIQUE

La question de l'application du droit étatique dans des territoires peuplés de collectivités minoritaires générant leurs propres normes traditionnelles a été largement développée pendant la période coloniale ; il s'agissait alors de mesurer la « réception » du droit colonial par les sociétés colonisées⁴. Cette question n'a pas perdu son intérêt avec la décolonisation ; elle reste au contraire bien d'actualité dans les pays devenus

Droit d'outre-mer, tome 1, Paris, Montchrestien, 1959, p. 9), la notion de « pays d'outre-mer » incluant, à l'époque, d'autres territoires ayant ensuite acquis leur indépendance.

¹ Le droit d'outre-mer est en fait le successeur de ce qu'on a appelé, jusqu'en 1946, le droit colonial (LECHAT (Philippe), « Regards sur le droit d'outre-mer », *Revue juridique polynésienne*, n° 1, 1994, pp. 1-17). Dans les années 1960, la décolonisation s'est accompagnée d'un désintérêt doctrinal pour le droit d'outre-mer, nonobstant le maintien continu d'une information de base par le biais des répertoires. Les évolutions statutaires des DOM/TOM/COM dans les années 1990 ont toutefois suscité un véritable regain d'intérêt pour la matière et la publication de travaux désormais abondants. Voir notamment AUBY (Jean-François), *Droit des collectivités périphériques françaises*, Paris, PUF, 1992, 208 p. ; LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, 198 p. ; ainsi que les nombreux ouvrages parus à La Documentation française sous la direction du Professeur Faberon.

² LAMPUÉ (Pierre), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, p. 4.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ VANDERLINDEN (Jacques), DOUCET (Michel) dir., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Actes du colloque du Centre international de la Common Law en français (septembre 1992), Bruxelles, Bruylant, 1994, 688 p.

indépendants mais marqués par l'influence du droit occidental¹, comme dans les territoires « périphériques » désormais intégrés à la République. A cet égard, départements et territoires/collectivités d'outre-mer ne bénéficient pas du même régime. Dans les départements d'outre-mer soumis depuis 1946 au principe d'assimilation législative au même titre que les départements métropolitains, les lois et règlements nationaux s'appliquent généralement de plein droit²; le pluralisme juridique infra-étatique est donc réduit. Les territoires d'outre-mer, en revanche, présentaient en 1946 des particularismes tels qu'une politique assimilationniste n'y était pas envisageable. Le régime des TOM, qui s'applique désormais aux COM, a donc été fondé sur le principe de spécialité législative, en vertu duquel « chaque territoire est soumis à un régime où l'application de plein droit des lois et des décrets se trouve écartée en ce qui le concerne, sauf mention expresse de cette application »³. De ce fait, le pluralisme juridique dans les actuelles collectivités d'outre-mer s'exprime pleinement.

Le principe est donc simple mais la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a quelque peu brouillé la dichotomie entre les collectivités pouvant bénéficier du principe de spécialité législative et celles assujetties au principe d'identité législative⁴. De plus en plus de collectivités se voient reconnaître un pouvoir d'adaptation des normes étatiques; l'ampleur de ce mouvement est d'autant plus grande qu'il concerne les départements et régions d'outre-mer mais aussi les collectivités territoriales métropolitaines. De ce fait, l'ensemble des collectivités territoriales de la République disposent désormais d'un pouvoir plus ou moins étendu de dérogation normative⁵ leur permettant sous certaines conditions d'adapter le droit de l'Etat à leurs spécificités locales. Cette « véritable autonomie de réglementation dérogatoire »⁶ les autorise ainsi à ne plus se contenter de « mettre en œuvre » le droit étatique mais bien, dans

¹ Pour l'exemple des pays arabes, voir LAVOREL (Sabine), *Les Constitutions arabes et l'Islam : les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, Coll. Enjeux contemporains, 2005, 202 p.

² Sauf mention particulière d'exclusion ou disposition spéciale d'application – il en va ainsi des règles de la protection sociale et de certaines règles fiscales (taxe à la valeur ajoutée, impôt sur le revenu des personnes physiques). Pour une étude d'ensemble sur le principe d'identité législative, voir MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, 378 p.

³ GOHIN (Olivier), « Egalité et différenciation dans les départements d'outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 121.

⁴ Voir BRARD (Yves), « Identité ou spécialité législative », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 115-126.

⁵ Ce droit de dérogation normative peut être défini comme le « pouvoir qui, exercé sur la base d'une habilitation [provenant, en l'espèce, du constituant ou du législateur organique], permet à l'autorité désignée [les autorités locales compétentes] de soustraire une situation donnée au domaine d'application d'une règle [étatique] et d'établir pour cette situation une règle [locale] contraire plus appropriée » (LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 161).

⁶ LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *op. cit.*, p. 165.

certains cas, à pouvoir le « mettre en cause »¹. Cette situation est le résultat de la sauvegarde du principe de spécialité législative (§ 1), combinée au recul du principe de l'identité législative (§ 2).

§ 1. La sauvegarde du principe de spécialité législative

Le principe de spécialité législative² est hérité de la période coloniale : mis en évidence sous l'Ancien régime³, il figure dans l'ensemble des textes constitutionnels français jusqu'en 1946. Dès le XVIII^e siècle est ainsi affirmé le principe que la législation métropolitaine est inapplicable dans les colonies, à moins que les textes ne le prévoient expressément. Si ce principe de spécialité législative reposait alors sur la prise en compte des spécificités des colonies, il n'était pour autant pas destiné à préserver les particularismes locaux en permettant aux populations de participer à l'élaboration de la législation à laquelle elles étaient soumises. L'objectif était au contraire de mener une politique d'assujettissement, en édictant une législation certes spécifique mais unilatéralement dictée par la métropole, afin d'imposer la législation la plus conforme à ses intérêts dans l'exploitation des territoires colonisés. Le pluralisme juridique colonial était ainsi totalement instrumentalisé par la métropole.

La présomption d'inapplicabilité de plein droit du droit métropolitain est maintenue en 1946 dans les territoires d'outre-mer. La Constitution de 1958 dans sa version originelle n'y fait pas directement référence mais la circulaire du Premier ministre du 21 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer⁴, complétée par celle du 15 juin 1990 sur le même sujet⁵, ne laisse aucun doute sur la permanence du principe de spécialité⁶. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 confirme cette interprétation en indiquant que le statut de chaque collectivité d'outre-mer doit désormais fixer « les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables »⁷. L'objectif de la spécialisation normative des territoires et des collectivités d'outre-mer n'est toutefois plus le même que pendant la

¹ L'expression est empruntée aux conclusions du Commissaire du Gouvernement G. Braibant sur CE, 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, RDP, 1962, p. 747.

² Voir PIMONT (Yves), *Les territoires d'outre-mer*, Paris, PUF, 1994, pp. 36-42 ; LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, pp. 65-66.

³ Le principe de spécialité a été défini pour la première fois dans l'ordonnance royale du 18 mars 1766 qui prescrivait au Parlement de Paris, dont relevaient les colonies, de n'enregistrer les décisions du Roi s'appliquant à ces dernières que sur ordre spécial.

⁴ *JORF*, 24 avril 1988, p. 5454.

⁵ *JORF*, 31 juillet 1990, p. 9209.

⁶ La présomption d'inapplicabilité du droit national dans les territoires puis collectivités d'outre-mer réside implicitement dans l'article 74 de la Constitution (en ce sens, voir BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, pp. 93-94). Dès lors, il faut admettre avec le Professeur Boyer que le principe d'inapplicabilité du droit national dans les TOM puis les COM a valeur constitutionnelle, tout comme le principe d'applicabilité de plein droit du droit national dans les départements (*op. cit.*, pp. 94-95).

⁷ Art. 74 al. 2 issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

période coloniale : elle n'est plus destinée à assujettir les populations locales mais bien à préserver leurs particularismes ¹.

De ce fait, le régime de spécialité législative continue de régir les actuelles collectivités d'outre-mer, dont il garantit ainsi l'autonomie et la différenciation juridique. En conséquence, la loi applicable dans les COM diffère souvent de celle de la métropole, eu égard à leur « organisation particulière » ². C'est bien en effet cette organisation particulière qui justifie le fait que les normes étatiques aient besoin d'une disposition spéciale d'applicabilité outre-mer. Comment expliquer sinon l'évolution que connaît le principe de spécialité législative à Mayotte, pourtant collectivité d'outre-mer ? Seul le processus de départementalisation engagé dans cette collectivité depuis plusieurs années explique les assouplissements du régime de spécialité à son égard. Ainsi, si le principe de spécialité se trouve aujourd'hui sauvegardé dans l'ensemble des collectivités d'outre-mer (A), sa mise en œuvre connaît certains infléchissements à Mayotte (B).

A. Un principe applicable dans l'ensemble des collectivités d'outre-mer

Eu égard aux particularismes de chaque territoire d'outre-mer, les conditions dans lesquelles les lois et les règlements nationaux y étaient applicables étaient déterminées par le statut de chaque territoire. Le nouvel article 74 alinéa 2 de la Constitution issu de la révision du 28 mars 2003 ³ confirme cette pratique : les conditions d'applicabilité des textes nationaux dans les collectivités d'outre-mer sont désormais fixées par la loi organique portant statut de la collectivité ⁴. Les dispositions prévues à

¹ C'est en ce sens qu'Olivia Bui-Xuan parle de « différencialisme adaptateur » à l'égard des TOM dès 1946 (BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, pp. 294-308). Il ne faut toutefois pas négliger les effets parfois abusifs de la spécialité législative : l'inapplication de certains textes nationaux aux COM est parfois beaucoup moins justifiée par la préservation des spécificités de ces collectivités que par les limites financières de l'universalisme égalitaire de la République. Ainsi, l'organisation de la justice outre-mer présente certaines particularités peu favorables au bon fonctionnement de la justice, du fait de l'inapplication aux COM des grandes réformes judiciaires mises en œuvre en métropole, comme en matière de garde à vue, de détention provisoire, de contrôle judiciaire, de semi-liberté ou encore de protection pénale des mineurs. Il en est de même de certains régimes de protection sociale, dont l'inapplicabilité conduit à des « déficits sociaux de la citoyenneté française » dans les COM. A cet égard, voir CONSTANT (Fred), « Les nationaux de la France d'outre-mer ; des citoyens comme les autres ? », in COLAS (Dominique), EMERI (Claude), ZYLBERBERG (Jacques), *Citoyenneté et nationalité*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, pp. 253-256.

² Dernier alinéa de l'article 74 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *précit*.

⁴ Dans un avis rendu en 2005, la Section de l'Intérieur du Conseil d'État a interprété cette disposition comme s'étendant à la Nouvelle-Calédonie : ainsi, bien que l'article 77 de la Constitution ne le mentionne pas, les conditions dans lesquelles les lois et règlements sont applicables en Nouvelle-Calédonie relèvent de la loi organique (avis mentionné in Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 62).

cet égard par les différents statuts¹ ne s'éloignent guère de la pratique instaurée pendant la période coloniale. Ainsi, en vertu du principe de spécialité, les textes nationaux législatifs et réglementaires ne sont applicables dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie que sous trois conditions cumulatives : ils doivent obligatoirement comporter une mention expresse d'applicabilité, ils doivent ensuite être soumis à l'approbation des autorités territoriales, et enfin faire l'objet d'une promulgation et/ou d'une publication locales².

La mention expresse d'applicabilité est une condition impérative : en son absence, un texte national ne peut être appliqué ni dans les collectivités d'outre-mer ni en Nouvelle-Calédonie. Y font toutefois exception les lois dites « de souveraineté » qui, « en raison de leur objet, sont nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République »³ et les textes dont l'applicabilité directe est prévue par les différents statuts territoriaux⁴. Sous cette réserve, aucun texte national ne s'applique d'office aux collectivités d'outre-mer. Le juge administratif a même étendu cette exigence aux textes modifiant un texte antérieur applicable dans une collectivité : pour qu'une modification législative ou réglementaire soit applicable dans une COM ou en Nouvelle-Calédonie, il est désormais nécessaire qu'elle y soit expressément étendue⁵.

Cette application stricte du principe de spécialité législative s'avère fort contraignante pour les autorités étatiques qui doivent systématiquement prévoir les

¹ Voir pour exemples l'article 7 du statut de la Polynésie française (loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183) ou l'article 3 du statut de Mayotte (loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199). PERES (Jean), « Application des lois et règlements en Polynésie française. Répartition des compétences », *Revue juridique polynésienne*, n° 8, 2002, pp. 181-207.

² Aux termes de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121), le principe de spécialité s'applique désormais aussi aux nouvelles COM de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin. A cet égard, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation limitant l'applicabilité du principe de spécialité aux seules normes futures : en vertu du principe de continuité des règles juridiques, les textes déjà en vigueur dans ces deux collectivités y demeurent applicables, même en l'absence de mention expresse d'applicabilité.

³ Aux termes de la circulaire du 21 avril 1988 (*JORF*, 24 avril 1988, p. 5454). Font ainsi partie des lois de souveraineté les lois constitutionnelles, les lois organiques ou encore les lois relatives aux institutions ou aux juridictions nationales (voir *infra*, pp. 527ss).

⁴ Pour exemple, voir l'article 7 alinéa 2 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française (*précit.*) et l'article 3-I de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 portant statut de Mayotte (*précit.*). A cet égard, la Section de l'Intérieur du Conseil d'Etat a précisé que pour déterminer l'applicabilité d'un texte à une COM, il convenait de s'attacher au domaine en cause sans s'en tenir à l'examen formel du texte. Cette démarche a conduit la Section à estimer que l'article 2 du décret du 22 décembre 1964 relatif au recouvrement des amendes et condamnations pécuniaires par les comptables du Trésor relevaient matériellement de la procédure pénale et qu'elles étaient donc applicables de plein droit à Mayotte en application de l'article 3-I de la loi du 11 juillet 2001 et pouvaient également être étendues en Nouvelle-Calédonie et dans les autres COM (avis cité in Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 61).

⁵ CE Ass, 9 février 1990, *Electons municipales de Lifou, Leb.*, p. 28 ; *RFDA*, 1991, p. 602, concl. Th. Tuot. Cet arrêt revient sur une jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat qui indiquait qu'une loi modifiant une loi applicable dans les territoires d'outre-mer y était elle-même automatiquement applicable (CE Ass, 27 janvier 1984, *Ordre des avocats de la Polynésie française, Leb.*, p. 20 ; *Gaz. Pal.*, 1984, p. 533, note. J.-M. Auby).

conditions d'application à l'outre-mer de chaque texte adopté. De fait, il n'est pas rare que l'omission de la mention expresse d'applicabilité ne trouve d'autre explication que dans la négligence, bien que les circulaires du 21 avril 1988¹ et du 15 juin 1990² aient rappelé la nécessité d'une extension expresse à l'outre-mer. Une autre conséquence de ce régime de spécialité destiné à tenir compte des spécificités de chacune des collectivités d'outre-mer est de rendre la législation sensiblement plus complexe³. Désormais, chaque loi comporte en effet une série plus ou moins longue d'articles précisant les adaptations nécessaires à son application outre-mer selon des modalités variables d'une collectivité à l'autre. Il s'ensuit une augmentation considérable du volume des lois⁴, préjudiciable à la clarté et à l'accessibilité de la législation qui constitue pourtant un objectif de valeur constitutionnelle⁵. Une solution à ce problème de sécurité juridique pourrait être la systématisation de la méthode de la « loi-balai », venant récapituler dans un texte unique quelles sont les dispositions applicables dans les collectivités d'outre-mer, parmi l'ensemble des textes adoptés pendant une période écoulée⁶. Cette méthode ne pourrait toutefois être pleinement efficace qu'à condition d'être appliquée systématiquement et selon une fréquence régulière – ce qui est loin d'être le cas en pratique. La première loi-balai intervenue en la matière est celle du 4 janvier 1993⁷ ; depuis lors, comme le regrette le député Maxime Bono dans un rapport parlementaire de 1999, « le calendrier politique n'a pas permis d'examiner annuellement des lois d'extension, communément appelées "lois-balais", la modernisation du droit applicable outre-mer faisant rarement partie des priorités gouvernementales »⁸. A défaut de lois-balais, les autorités étatiques recourent depuis quelques années à une autre méthode, celle des

¹ *JORF*, 24 avril 1988, p. 5454.

² *JORF*, 31 juillet 1990, p. 9209.

³ Sur ce point, voir HISPALIS (Georges), « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 107.

⁴ Pour ne donner qu'un exemple cité par le Conseil d'Etat dans son rapport annuel pour 2006, sur les quatre-vingt-neuf articles de la loi d'orientation et de programme n° 2005-380 pour l'avenir de l'école du 23 avril 2005 (*JORF*, 24 avril 2005, p. 7166), trente, soit plus du tiers, ont pour objet d'en prévoir les modalités particulières d'application aux COM (Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, Paris, La Documentation française, 2006, p. 265).

⁵ CC, décision n° 99-421, 16 décembre 1999, *Rec.*, p. 136. Voir BARANÈS (William), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, chron., 2000, pp. 361-368.

⁶ La circulaire du 15 juin 1990 relative à l'application des textes législatifs et réglementaires outre-mer recommandait ainsi l'utilisation de lois-balais visant à regrouper « à l'issue de chaque session parlementaire l'ensemble des dispositions d'extension ou d'adaptation aux territoires d'outre-mer des lois précédemment votées » (*JORF*, 31 juillet 1990, p. 9209).

⁷ Loi n° 93-1 du 4 janvier 1993, *JORF*, 5 janvier 1993, p. 202. Pour une étude détaillée de cette loi, voir FABERON (Jean-Yves), « La Nouvelle-Calédonie dans la loi du 4 janvier 1993 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer », *RJPIC*, Vol. 48, n° 2, 1994, pp. 183-196.

⁸ BONO (Maxime), *Rapport sur le projet de loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 98-145 du 6 mars 1998 portant habilitation du Gouvernement à prendre, par ordonnances, les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit applicable outre-mer*, Rapport n° 1663, Ass. nat., 2 juin 1999, p. 5.

ordonnances de l'article 38 de la Constitution¹. Il est vrai que cette technique présente plusieurs avantages. Elle permet de décharger le Parlement de la tâche fastidieuse de recensement des textes applicables outre-mer. Elle permet également de limiter les textes-balais, le gouvernement pouvant, dans une seule ordonnance, récapituler l'ensemble des textes législatifs et réglementaires étendus aux collectivités d'outre-mer et/ou à la Nouvelle-Calédonie.

Outre la mention expresse d'applicabilité, l'application d'un texte national dans une collectivité d'outre-mer est subordonnée à l'exigence de consultation des autorités locales concernées² – les exécutifs locaux s'il s'agit de textes réglementaires, les assemblées territoriales s'il s'agit de textes de lois³. Formellement, cette seconde condition s'applique tout autant aux lois qu'aux règlements en cours d'adoption ; les ordonnances de l'article 38 en sont toutefois exemptes, à moins que la loi d'habilitation ne l'ait expressément prévu⁴. L'inobservation de cette procédure de consultation préalable constitue une violation des formalités substantielles d'adoption de ces textes, qui peuvent dans ce cas être annulés par le juge administratif s'ils sont de nature réglementaire⁵ ou par le Conseil constitutionnel s'ils sont de nature législative. Ce dernier prend soin de préserver cette prérogative des assemblées territoriales en vérifiant que la consultation a été effectivement réalisée⁶ et que les

¹ La pratique de l'extension à l'outre-mer de diverses législations applicables en France métropolitaine par le biais des ordonnances a débuté en 1996. Depuis lors, plus de vingt ordonnances sont intervenues en la matière, notamment en matière de régime communal et de statut des élus (ordonnance n° 2005-432 du 6 mai 2005, *JORF*, 7 mai 2005, p. 7954), de droit de la santé et de la sécurité sociale (ordonnance n° 2005-56 du 26 janvier 2005, *JORF*, 28 janvier 2005, p. 1504), de droit du travail (ordonnance n° 98-522 du 24 juin 1998, *JORF*, 27 juin 1998, p. 9814) ou encore de droit pénal (ordonnance n° 2007-392 du 22 mars 2007, *JORF*, 23 mars 2007, p. 5355). Sur cette pratique, voir TISSOT (Christophe), « L'usage des ordonnances », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 141-144.

² Sur ce point, voir THIELLAY (Jean-Philippe), « L'application des textes dans les outre-mers français », *AJDA*, 2003, pp. 1032-1037. Bien que la Corse ne relève pas de la catégorie des TOM, ses autorités doivent également être consultées sur les projets de lois ou de décrets comportant des dispositions spécifiques à la Corse ; elles disposent d'un délai d'un mois (ou de quinze jours en cas d'urgence décidée par le Premier ministre) pour rendre leur avis (art. 4424-2-V CGCT). Ce devoir de consultation, instauré par la loi n° 91-428 du 13 mai 1991 (*JORF*, 14 mai 1991, p. 6318) a été maintenu par la loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 (*JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503).

³ L'article 74 de la Constitution ne rend obligatoire que la consultation des assemblées territoriales pour les lois portant sur « les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article » mais les statuts des différentes collectivités prévoient généralement la consultation des exécutifs locaux pour les actes réglementaires.

⁴ Selon une interprétation curieuse et pour le moins discutable du Conseil d'Etat (CE, 24 octobre 2001, *Gouvernement de la Polynésie française, Leb.*, p. 481).

⁵ Pour exemple, voir CE, 7 décembre 1990, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, Leb.*, p. 353.

⁶ C'est ainsi qu'en 1984, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition étendant l'application de la loi sur l'enseignement supérieur aux TOM au motif que « la consultation n'a pas eu lieu » (décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Rec.*, p. 30). Plus récemment, le juge constitutionnel s'est fondé sur l'article 77 de la Constitution pour refuser l'application à la Nouvelle-Calédonie de la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, en raison du défaut de consultation préalable de l'assemblée délibérante locale (décision n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *Rec.*, p. 116).

avis ont été ensuite portés à la connaissance des parlementaires¹ ; il a même étendu cette exigence de consultation préalable aux amendements². La vigilance du Conseil a donc permis de garantir la consultation effective des assemblées des TOM ; rien ne laisse supposer que son contrôle se relâche pour les COM.

Matériellement ensuite, l'obligation de consultation des autorités territoriales est limitée aux hypothèses où est en jeu leur « organisation particulière ». Ainsi, dans un arrêt du 24 octobre 2001, le Conseil d'Etat écarte l'argument du défaut de consultation du gouvernement de la Polynésie française au motif que « l'ordonnance attaquée se borne [...] à une codification à droit constant de dispositions législatives applicables à ce territoire et qu'elle ne saurait ainsi être regardée comme touchant à l'organisation particulière de la Polynésie française »³. Pour sa part, le Conseil constitutionnel a interprété la notion d'« organisation particulière » de manière suffisamment large pour que peu de textes échappent, de fait, à la connaissance des assemblées territoriales. Les matières relevant de l'organisation particulière des TOM constituent désormais un catalogue « à la Prévert » épais⁴ mais dont on parvient difficilement à dégager des critères juridiques certains. Dans ce cadre, une loi ne peut être rendue applicable à un territoire d'outre-mer sans consultation préalable de l'assemblée territoriale que si elle « porte sur des matières relevant de la compétence de l'Etat » et « qu'elle n'introduit, ne modifie ou ne supprime aucune disposition spécifique au territoire touchant à l'organisation particulière »⁵.

Enfin, l'application d'un texte national dans les collectivités d'outre-mer et/ou en Nouvelle-Calédonie a longtemps été soumise à une troisième condition, relative à la promulgation et à la publication locales. La procédure de promulgation dans les anciens territoires d'outre-mer différait en effet des règles constitutionnelles en la

¹ En 1984, le juge constitutionnel annule l'extension d'une disposition législative aux TOM, au motif que « les avis des assemblées territoriales n'ont pas été communiqués aux députés, lors de l'examen en première lecture du projet de loi » (décision n° 84-169 DC, 28 février 1984, *Rec.*, p. 43). Le législateur doit ainsi avoir eu connaissance par écrit et avant l'adoption de la loi en première lecture, de l'avis émis par l'assemblée. Dans sa décision n° 88-247 DC du 17 janvier 1989, le Conseil considère toutefois que l'absence d'avis de l'assemblée territoriale, alors qu'elle a été régulièrement consultée et a bénéficié d'un délai raisonnable pour se prononcer, ne saurait empêcher le législateur d'étendre l'application de la loi à ce territoire (*Rec.*, p. 15).

² Le Conseil constitutionnel distingue à cet égard deux situations. Quand les amendements portent sur une loi ayant donné lieu à un avis des assemblées territoriales, ils n'ont pas, en eux-mêmes, à être soumis à une nouvelle consultation, car l'obligation de consultation « ne saurait être interprétée comme permettant de porter atteinte aux prérogatives du Parlement » (décision n° 79-104 DC, 23 mai 1979, *Rec.*, p. 27). En revanche, quand les amendements ont pour objet d'étendre aux TOM un texte non soumis au départ aux assemblées territoriales, le Conseil soulève d'office le moyen de l'absence de consultation préalable et censure les amendements (décision n° 81-129 DC, 31 octobre 1981, *Rec.*, p. 35).

³ CE, 24 octobre 2001, *Gouvernement de la Polynésie française*, *précit.*

⁴ Pour un recensement des matières faisant partie de l'organisation particulière des TOM et celles qui en sont exclues, voir ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006, pp. 257-258.

⁵ CC, décision n° 94-342 DC, 7 juillet 1994, *Rec.*, p. 92. Voir LUCHAIRE (François), « Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer », *RDP*, 1994, pp. 1621- 1641.

matière. Alors que l'article 10 de la Constitution prévoit qu'il revient au Président de la République de procéder à cette formalité dans les quinze jours qui suivent le vote de la loi par le Parlement, les statuts territoriaux attribuaient cette compétence au Haut Commissaire du territoire, sans condition de délai¹. Si ce système dérogatoire se justifiait par le principe de spécialité législative, il n'en était pas moins à l'abri de critiques². Son existence pouvait tout d'abord s'apparenter à un détournement de compétences, l'autorité déconcentrée disposant d'un pouvoir qui, aux termes mêmes de la Constitution, ne devrait appartenir qu'au Président de la République. Ensuite, la procédure de promulgation locale contrevenait au principe d'indivisibilité de la République, consacré par le Conseil constitutionnel comme prohibant toute loi prise en considération d'une partie déterminée du territoire³, dans la mesure où elle subordonnait l'application d'une loi déjà promulguée selon la Constitution à une procédure spéciale propre à un territoire de la République. Enfin, dans la mesure où le Haut Commissaire n'était tenu par aucun délai pour promulguer une loi, il disposait *de facto* d'un droit de veto sur les lois votées par le Parlement, sans aucune restriction ni contrôle de nature juridique⁴. Il s'agit là d'un pouvoir dont ne dispose même pas le Président de la République, qui ne peut demander qu'une seconde lecture de la loi.

La procédure de « promulgation locale » laissait donc l'application des lois et des règlements à l'usage discrétionnaire de l'Administration⁵. Il s'agissait là, à l'évidence, d'une dérogation sérieuse à l'expression de la souveraineté nationale, que le seul principe de spécialité législative pouvait difficilement justifier. En

¹ Le Conseil d'Etat avait confirmé le caractère obligatoire de cette procédure dans les territoires concernés (CE Ass, 27 janvier 1984, *Ordre des avocats de la Polynésie française, Leb.*, p. 20).

² *Contra*, défendant la procédure de promulgation locale « car elle constitue l'acte de réception et d'intégration d'un texte dans l'ordre juridique propre à chaque territoire », voir BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, p. 102.

³ CC, décision n° 84-178 DC, 30 août 1984, *Rec.*, p. 69 ; *Dalloz*, 1985, IR, p. 361, note L. Hamon.

⁴ C'est ainsi qu'en Polynésie française, la loi n° 76-519 du 15 juin 1976 (*JORF*, 16 juin 1976, p. 3611) relative à certaines formes de transmission des créances, dont l'article 18 précisait expressément qu'elle était applicable aux TOM, n'a été promulguée localement que le 30 mai 1989, soit quatorze ans après sa promulgation en métropole. De même, la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs, applicable dans les TOM, n'a été promulguée en Polynésie que le 1^{er} juin 1992. Plusieurs circulaires, à l'exemple de la circulaire du Premier ministre en date du 21 avril 1988 (*JORF*, 24 avril 1988, p. 5454) ont tenté de remédier à cette situation en précisant que le délai de promulgation locale devait être aussi bref que possible. Mais ces textes imprécis et dépourvus de valeur réglementaire n'ont pas modifié les pratiques locales.

⁵ Pour éviter l'usage abusif de ce pouvoir, le Conseil d'Etat avait admis qu'une promulgation locale tardive était de nature à engager la responsabilité pour faute de l'Etat (CE Sect., 11 mars 1960, *Sté maïserie et aliments de bétail, Leb.*, p. 190). Il revenait donc au juge administratif d'apprécier, en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, si cette responsabilité pour faute pouvait être engagée ; le cas échéant, il pouvait enjoindre le Haut Commissaire de procéder à la promulgation. Ainsi, le Conseil d'Etat ne considérait pas la promulgation locale comme un acte de gouvernement, contrairement à la promulgation effectuée par le Chef de l'Etat (CE Sect., 3 novembre 1933, *Desreumeaux, Leb.*, p. 993 ; *Sirey*, 1934, III, p. 9, note Alibert ; *Dalloz*, 1933, III, p. 36, note Gros ; *RDP*, 1934, p. 649, note Jèze). Dès lors, tout citoyen pouvait demander au Haut Commissaire de promulguer un texte et, en cas de refus explicite ou implicite, déférer ce refus devant le juge administratif pour illégalité.

conséquence, ce mécanisme a été aboli en 1981 à Mayotte ¹, en 1985 en Nouvelle-Calédonie ², en 2004 en Polynésie française ³ et en 2007 à Wallis et Futuna ⁴. L'harmonisation des règles d'entrée en vigueur des textes nationaux dans les COM est donc très récente. Désormais, ce sont les textes eux-mêmes qui déterminent leur date d'entrée en vigueur ; à défaut, ils deviennent applicables à Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon le lendemain de leur publication au *Journal officiel de la République* ⁵. Un « délai de distance » de dix jours suivant la publication au *JORF* a toutefois été instauré pour l'entrée en vigueur des lois et règlements en Polynésie et à Wallis et Futuna ⁶. La seule formalité locale maintenue est donc la publication de ces textes au *Journal officiel* de la collectivité mais l'objet de cette publication locale est purement informatif ; elle n'emporte aucune conséquence quant à l'applicabilité locale de la disposition en cause ⁷. Seule Mayotte fait ici exception, la collectivité départementale ne disposant pas de publication locale.

B. Un principe infléchi dans la collectivité départementale de Mayotte

L'applicabilité des textes nationaux à Mayotte répond à un régime original en raison du processus de départementalisation engagé dans la collectivité. Bien qu'elle ait érigé Mayotte en « collectivité départementale », la loi du 11 juillet 2001 y a maintenu le principe de spécialité législative ⁸, en l'assouplissant néanmoins : les lois,

¹ Ordonnance n° 81-295 du 1^{er} avril 1981, *JORF*, 3 avril 1981, p. 931.

² Ordonnance n° 85-992 du 20 septembre 1985 (*JORF*, date, p. 10934), confirmée par la loi statutaire n° 88-82 du 22 janvier 1988 (*JORF*, date, p. 1231).

³ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183. Sur la procédure de promulgation locale en Polynésie française avant 2004, voir LENOIR (Hubert), « La promulgation des lois et décrets en Polynésie française », *Revue Juridique Polynésienne*, Vol. 48, 1994, pp. 331-338.

⁴ Article 16 de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121).

⁵ Respectivement articles LO 6113-2, LO 6213-2, LO 6313-2 et LO 6413-2 du CGCT.

⁶ Voir l'article 8 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 pour la Polynésie française (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4183) et l'article 16 de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 pour Wallis et Futuna (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121). Le Conseil constitutionnel a validé ce délai supplémentaire, tout en relevant qu'« il ne saurait s'appliquer aux textes qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République et qui, sauf mention contraire, entrent en vigueur le lendemain de leur publication » (CC, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3252 ; *LPA*, n° 69, 2007, p. 3, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 2007, p. 398, note S. Brondel).

⁷ Sur ce point, le législateur organique suit la jurisprudence administrative. Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a en effet estimé que la publication au *JORF* était suffisante pour tous les textes de l'Etat applicables en Nouvelle-Calédonie, y compris ceux restant soumis au principe de spécialité législative ; le publication au *Journal officiel* local n'est qu'une mesure d'information sans effet sur leur entrée en vigueur (TA Nouvelle-Calédonie, 25 octobre 1995, *Société générale de construction du Pacifique*, req. n° 9500168). Voir également TC, 19 décembre 1988, *Santacroce, Leb.*, p. 497. Cette situation suscite toutefois une véritable incertitude juridique, dans la mesure où certains textes applicables dans une collectivité peuvent ne faire l'objet que d'une publication partielle, voire d'aucune publication.

⁸ Aux termes de l'article 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, les lois et règlements nationaux n'étaient applicables à Mayotte que sur mention expresse (*JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199). Voir notamment ORAISON (André), « Réflexions générales sur le nouveau statut administratif provisoire de Mayotte », *RJPIC*, Vol. 56, n° 1, 2002, pp. 46-61.

ordonnances et décrets portant sur des matières limitativement énumérées y devenaient applicables de plein droit¹. Cet infléchissement matériel du principe de spécialité législative était la première étape vers l'instauration progressive de l'identité législative préconisée par l'Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte². La seconde étape est intervenue avec la loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer³. Pour la première fois dans l'histoire de Mayotte, cette loi consacre le principe de l'identité législative : à compter du 1^{er} janvier 2008, les textes législatifs et réglementaires s'appliqueront de plein droit à Mayotte sans qu'aucune mention expresse ne soit plus nécessaire. Quelques matières demeurent toutefois exceptionnellement soumises au principe de spécialité – notamment la fiscalité, l'urbanisme, le droit social et les règles d'entrée et de séjour des étrangers⁴.

L'assimilation législative de Mayotte est généralement présentée comme un progrès mais en pratique, l'abandon du principe de spécialité législative ne comporte pas que des avantages pour la collectivité. Il emporte en effet abrogation de multiples textes dérogatoires qui sont encore en vigueur à Mayotte, à l'exemple des dispositions fiscales et douanières et du régime d'aide sociale qui demeurent spécifiques à l'archipel. Il implique également la modification du code du travail et du code forestier qui comportent toujours de nombreuses dérogations par rapport au droit commun. Dans cette perspective, l'adoption de mesures transitoires semble judicieuse mais cet alignement du droit local sur celui de la métropole ne s'opère pas sans heurts ni contradictions. Pour ne donner qu'un exemple, les élus mahorais réclament depuis quelques années un régime de la nationalité dérogatoire au droit commun, remettant en cause le droit du sol et durcissant les conditions d'acquisition de la nationalité française. L'objectif politique serait de limiter l'immigration massive des Comoriens vers Mayotte, bien que le lien entre immigration irrégulière et acquisition de la nationalité française n'ait pas été démontré⁵. Cette remise en cause du droit du sol pour les habitants de Mayotte reviendrait toutefois à écarter la collectivité d'outre-mer du chemin de la départementalisation, d'autant que la nationalité fait précisément partie des matières rentrant dans le champ de l'identité législative depuis 2001.

Le processus de départementalisation limite donc progressivement les spécificités normatives de la collectivité. Il laisse toutefois ouvertes certaines possibilités d'adaptations du droit local, comme le révèle l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin

¹ Il s'agissait des lois portant sur la nationalité, l'état des personnes, les régimes matrimoniaux, successions et libéralités, le droit pénal et la procédure pénale, la procédure administrative contentieuse et non contentieuse, et le droit électoral (article 3-I de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *précit.*). La loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 étendait cette liste de matières dans lesquelles le droit commun était applicable (loi n° 2003-660, *JORF*, 22 juillet 2003, p. 12320).

² *JORF*, 8 février 2000, p. 1985.

³ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

⁴ Article LO 6113-1 du CGCT. En matière fiscale, l'application du Code général des impôts métropolitain a été repoussé jusqu'au 31 décembre 2013.

⁵ Voir KRAMER (Paul), « Mayotte, la République et le droit du sol », *Le Monde*, 6 octobre 2005.

2003¹. Le gouvernement avait été habilité par la loi du 12 juin 2001² à instituer à Mayotte, par voie d'ordonnances, un régime de prestations familiales différent de celui existant en métropole, à la condition que cette différence soit justifiée par la « situation particulière » de cette collectivité. En l'espèce, le juge a estimé que l'archipel se trouvait effectivement dans une situation particulière, « eu égard aux différences qui existent entre cette collectivité et la métropole tant du point de vue de la situation économique que de la démographie et du statut civil qui s'applique à la plupart des personnes qui y résident et à l'objectif de maîtrise de la natalité nécessaire au développement de cette collectivité ». Dès lors, les autorités ont pu légalement prévoir des adaptations locales du droit commun, justifiées par l'existence d'une situation particulière avérée³. Cette possibilité a été entérinée par la loi organique du 21 février 2007, qui précise que « l'applicabilité de plein droit des lois et règlements ne fait pas obstacle à leur adaptation à l'organisation particulière de Mayotte »⁴. Cette possibilité n'est toutefois pas propre à Mayotte ; elle est susceptible de s'appliquer à tous les départements d'outre-mer, signe du recul du principe de l'identité législative.

§ 2. Le recul du principe de l'identité législative

A l'inverse des territoires d'outre-mer, les départements d'outre-mer sont soumis depuis 1946 au principe d'identité législative en vertu duquel le droit commun y est applicable au même titre que dans les départements métropolitains⁵. L'article 73 de la Constitution de 1946⁶ puis de 1958⁷ formule en effet une règle d'uniformité législative pour l'ensemble des départements, ceux d'outre-mer pouvant toutefois

¹ CE, 30 juin 2003, *Mme Inaya Kamardine*, *Leb.*, p. 294.

² Loi n° 2001-503 du 12 juin 2001 (*JORF*, p. 9336)

³ Le Conseil d'Etat fait ici application d'une jurisprudence constante, en vertu de laquelle le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, à condition que cette différence de traitement soit justifiée par un intérêt général ou – comme en l'espèce – par l'existence d'une différence de situation objective et légale. La jurisprudence de principe à cet égard est constituée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques* (*Leb.*, p. 274) et la décision du Conseil constitutionnel n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 : « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes » (*Rec.*, p. 31). Voir notamment GALLARDO (Jean-Michel), « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2003, pp. 219-222.

⁴ Article 3 de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

⁵ Pour une étude d'ensemble sur le principe d'identité législative, voir MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, 378 p.

⁶ En vertu de l'article 73 de la Constitution de 1946, « le régime législatif des DOM est le même que celui des départements métropolitains, sauf exception déterminée par la loi ».

⁷ Dans sa version initiale, l'article 73 de la Constitution de 1958 indiquait que « le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, il dispose : « Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ».

bénéficiaire de certaines « exceptions » (Constitution de 1946) ou de certaines « adaptations » (Constitution de 1958). Ces possibilités de dérogations ultra-marines prévues par les textes constitutionnels ont été interprétées par les autorités étatiques comme ouvrant la voie à un certain différencialisme juridique dont elles n'ont pas hésité, dans un premier temps, à faire usage¹. Le Conseil constitutionnel a toutefois mis un terme à cette interprétation libérale de l'article 73² : plusieurs décisions du début des années 1980 ont adopté une optique délibérément assimilatrice, limitant la liberté du législateur et du pouvoir réglementaire d'édicter des règles différenciées en faveur des DOM au cas où l'« adaptation » envisagée serait véritablement rendue « nécessaire » par leur « situation particulière », sans pour autant devenir une « organisation particulière » réservée aux seuls TOM³. Au regard de cette jurisprudence qui prévaut jusqu'au début du XXI^e siècle, « il n'existe pas de “départements d'outre-mer” mais seulement des départements situés outre-mer, pour lesquels le pouvoir d'adaptation est particulièrement restreint, et contrôlé avec rigueur »⁴.

La prise en compte croissante des particularismes locaux a toutefois conduit le législateur et surtout le constituant à remettre en cause cette lecture assimilationniste. La loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000 constitue un premier pas dans cette direction⁵ mais sa censure partielle par le juge constitutionnel – dans la logique de sa jurisprudence antérieure – en a limité les effets⁶. C'est donc ici encore

¹ Ainsi, sous la IV^e République, les « exceptions » prévues par l'article 73 de la Constitution ont été largement utilisées par les gouvernements pour éviter l'application dans les DOM de certains dispositifs onéreux, notamment en matière de protection sociale. Cette pratique a perduré après 1958, la Constitution fournissant un large fondement aux « adaptations » que le législateur et le pouvoir réglementaire estimaient bon de faire subir aux lois et décrets à l'occasion de leur application aux DOM. Au final, « le particularisme juridique des DOM s'explique également par des entraves apportées volontairement [par les autorités étatiques] à une application effective du droit commun. Le décalage entre applicabilité formelle et application effective exprime, en dernier ressort, les réticences politiques envers l'assimilation législative » (CONSTANT (Fred), « Les nationaux de la France d'outre-mer ; des citoyens comme les autres ? », in COLAS (Dominique), EMERI (Claude), ZYLBERBERG (Jacques), *Citoyenneté et nationalité*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, pp. 243-252, sp. p. 252).

² Le Conseil constitutionnel avait été précédé en ce sens par le Conseil d'Etat qui avait précisé, dans un avis du 16 décembre 1946, que le législateur avait eu l'intention, en transformant les quatre anciennes colonies en départements, de « faire prévaloir » un « principe d'assimilation » auquel les « adaptations » éventuelles ne pouvaient « faire échec » (cité in MICHALON (Thierry), « Les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, p. 156).

³ CC, décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982 *Rec.*, p. 70 ; décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 *Rec.*, p. 48 ; décision n° 90-277 DC du 15 juillet 1990 *Rec.*, p. 70. Voir GOHIN (Olivier), « Egalité et différenciation dans les départements d'Outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 119-144.

⁴ MICHALON (Thierry), *op. cit.*, p. 157.

⁵ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, *JORF*, 14 décembre 2001, p. 24356. Voir BIOY (Xavier), « Le droit de l'Outre-mer à la recherche de ses catégories (A propos de la loi d'orientation du 13 décembre 2000) », *RRJ*, n° 4, 2001, pp. 1785-1810.

⁶ CC, décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Rec.*, p. 164. Voir LUCHAIRE (François), « L'avenir des départements d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Commentaire de la décision

la révision constitutionnelle du 28 mars 2003¹ qui apporte un véritable changement d'orientation, en limitant la portée et les effets de l'identité législative dans les départements d'outre-mer. Il est à noter que la loi organique du 21 février 2007 a étendu les possibilités d'adaptation des textes nationaux à Mayotte². Ainsi, dans ces collectivités départementalisées, la politique d'uniformité législative laisse la place à une politique de reconnaissance des spécificités locales, qui ouvre des possibilités d'adaptations normatives aux autorités étatiques (A) mais également, chose inédite, aux autorités locales (B).

A. Des possibilités accrues d'adaptations normatives par les autorités étatiques

Les possibilités de diversification statutaire ouvertes aux départements et régions d'outre-mer par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ont été accompagnées d'un assouplissement de leur régime d'uniformité législative. Bien que l'applicabilité de plein droit des textes nationaux ait été réaffirmée à l'article 73 de la Constitution³, le constituant a parallèlement renforcé les possibilités d'adaptation de ces textes dans les DROM en précisant dans le même article que « les lois et règlements [...] peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités »⁴.

Cette nouvelle formulation présente l'avantage d'être plus précise que celle qui était en vigueur depuis 1958. Elle détermine ainsi clairement quels sont les textes qui peuvent être adaptés, sans toutefois indiquer quelles sont les autorités étatiques compétentes en la matière. De fait, le titulaire du pouvoir d'adaptation étatique n'a jamais été expressément déterminé par la Constitution. Une certaine partie de la doctrine tendait à confier cette compétence au pouvoir réglementaire général, par mimétisme avec le régime des « décrets coloniaux » auquel étaient soumises les

du 7 décembre 2000 », *RDP*, 2001, pp. 247-265 ; LE POURHIET (Anne-Marie), « Départements d'outre-mer : l'assimilation en questions », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 107-111.

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

² Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

³ Alors que le principe d'identité était implicite dans la formulation originelle de l'article 73 de la Constitution. A cet égard, on ne peut que suivre le Professeur Faberon lorsqu'il affirme que l'« article 73, depuis 2003, est remis à l'endroit par rapport à sa rédaction de 1958 : il rétablit la présentation de 1946 en affirmant d'abord fermement le principe : l'identité législative, et ensuite seulement la possibilité de l'aménager par des adaptations » (FABERON (Jean-Yves), « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 11).

⁴ La compétence d'adaptation des textes nationaux aux DROM pourrait fort bien s'exercer sans cette précision de l'article 73 de la Constitution, dans la mesure où aucune autre disposition constitutionnelle n'impose l'uniformité de la norme sur l'ensemble du territoire national. En ce sens, voir l'analyse du Professeur Luchaire, pour qui cette interprétation prive l'article 73 (ancienne version) de son effet utile (LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, p. 89).

anciennes colonies¹. Une autre hypothèse, défendue notamment par François Miclo, consistait à supposer que « si l'article 73 ne précise pas les autorités compétentes pour adapter, c'est qu'il a voulu appliquer les principes généraux de répartition de compétences énoncés par ailleurs dans la Constitution » ; par suite, « la désignation de l'autorité compétente pour adapter est donc clairement définie : elle est déterminée par la nature des dispositions à adapter »². Cette seconde approche a progressivement prévalu, sous l'influence de la jurisprudence administrative³ et constitutionnelle⁴. L'article 73 ne crée donc pas une compétence spécifique d'une autorité déterminée mais renvoie à la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire aux termes des articles 34 et 37 de la Constitution. Il est toutefois à préciser, quelle que soit l'autorité compétente, que les Conseils généraux et régionaux des DROM concernés⁵ doivent être préalablement consultés pour avis pour tous les projets de loi et de décrets tendant à adapter la législation à leur situation particulière⁶.

Si les autorités étatiques compétentes pour adapter leurs normes aux spécificités des DROM sont désormais identifiées, il n'en est pas de même pour le degré d'adaptation possible. Certes, le constituant a abandonné en 2003 la notion d'« adaptations nécessitées par leur situation particulière » qui avait été interprétée de manière si restrictive par le Conseil constitutionnel⁷, pour autoriser désormais les adaptations « tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces

¹ Le sénatus-consulte du 3 mai 1854 qui est resté en vigueur sous la III^e République indiquait en effet : « Les colonies sont régies par décret ».

² MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, pp. 125-127.

³ CE, 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe et Dame Delacoux, Leb.*, p. 386. Voir également l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1978, *EDCE*, n° 30, 1978-1979, p. 256.

⁴ CC, décision n° 83-152 DC du 14 janvier 1983 (*Rec.*, p. 3) : « de telles mesures d'adaptation relèvent, selon leur objet, de la voie législative ou de la voie réglementaire » (*RDP*, 1983, p. 333, note L. Favoreu).

⁵ Les quatre DROM peuvent être concernés par l'article 72 alinéa 1^{er} de la Constitution ; la Réunion ne fait donc pas exception en la matière (en ce sens, voir CC, décision n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *Rec.*, p. 164). Cette précision n'est pas inutile au regard de la pratique législative antérieure. En effet, l'article 1^{er} de la loi d'habilitation n° 2001-503 du 12 juin 2001 (*JORF*, *date*, p. 9336) autorisant le gouvernement à prendre des ordonnances d'adaptation outre-mer remplaçait l'expression « régions d'outre-mer » par celle de « régions françaises d'Amérique » dans l'article L 5911-1 du CGCT, excluant ainsi d'office la Réunion du bénéfice d'adaptations normatives. Cette loi n'ayant pas été déférée au Conseil constitutionnel, celui-ci n'a pu contrôler ni ce contournement ni la discrimination qu'il opérerait entre les quatre ROM.

⁶ Aux termes du décret n° 60-406 du 26 avril 1960 (*JORF*, 29 avril 1960, p. 3944), modifié par le décret n° 89-850 du 16 novembre 1989 (*JORF*, 22 novembre 1989, p. 14520). Sur l'effet contraignant de ce décret selon qu'il s'agit d'un projet de loi ou d'un projet de décret, voir LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, p. 87.

⁷ Voir la jurisprudence constitutionnelle précitée développée dans les années 1980, ainsi que GOHIN (Olivier), « Egalité et différenciation dans les départements d'Outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 119-144.

collectivités »¹. L'idée de « nécessité » disparaît ainsi, laissant probablement une plus grande marge d'appréciation aux autorités étatiques quant à la pertinence d'une adaptation normative. Pour autant, la nouvelle formulation ne donne pas plus de précision quant aux « caractéristiques et contraintes » des DROM justifiant une adaptation. Il est probable que le Conseil constitutionnel sera amené à clarifier progressivement ce point. Pour l'heure, il n'en a pas encore eu l'occasion car les autorités étatiques recourent désormais à la technique plus souple des ordonnances de l'article 38 de la Constitution pour adapter le droit national aux « caractéristiques et contraintes » des départements et régions d'outre-mer². Le contrôle de ces ordonnances est théoriquement possible, dans la mesure où le juge constitutionnel s'est reconnu compétent pour examiner de manière incidente la constitutionnalité d'une ordonnance lorsqu'il est saisi de la loi la ratifiant³. Encore faudrait-il que les ordonnances en question aient été effectivement ratifiées – ce qui n'est pas encore le cas.

Si le Conseil constitutionnel, au regard de la nouvelle rédaction de l'article 73 alinéa 1^{er} de la Constitution, assouplit sa jurisprudence sur les adaptations du droit étatique aux DROM, peut-être sera-t-il possible d'envisager l'adoption d'une loi garantissant aux populations amérindiennes de Guyane l'application de leur droit coutumier au lieu et place du Code civil. Jusqu'en 2003, une telle hypothèse était vouée à l'échec : le juge constitutionnel aurait certainement censuré cette loi en estimant qu'il s'agissait là d'une « organisation particulière » excédant de simples mesures d'adaptation⁴. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ouvre peut-être la voie à cette réforme, qui tient sans aucun doute « aux caractéristiques et contraintes particulières » du département de la Guyane mais relève, au final, de la seule volonté du législateur.

Ainsi, bien que l'élargissement par le constituant des possibilités d'adaptation des lois et règlements fasse preuve d'une reconnaissance croissante des spécificités locales

¹ Il est intéressant de noter que la nouvelle formule de l'article 73 alinéa 1 s'apparente à celle de l'article 299 du traité d'Amsterdam qui définit, en droit communautaire, le régime juridique des régions ultrapériphériques. A cet égard, voir ZILLER (Jacques), « L'Union européenne et l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, 1995, pp. 145-157.

² Ces ordonnances sont souvent les mêmes que celles qui étendent l'application du droit national aux collectivités d'outre-mer. Pour exemples, voir notamment l'ordonnance n° 2006-639 du 1^{er} juin 2006 portant extension et adaptation outre-mer de dispositions réformant le statut des avocats, des notaires, des experts judiciaires (*JORF*, 2 juin 2006, p. 8329), l'ordonnance n° 2005-56 du 26 janvier 2005 relative à l'extension et à l'adaptation du droit de la santé et de la sécurité sociale dans les départements d'outre-mer, à Mayotte et à Wallis et Futuna (*JORF*, 28 janvier 2005, p. 1504) ou encore l'ordonnance n° 2005-57 du 26 janvier 2005 portant actualisation et adaptation du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle outre-mer (*JORF*, 28 janvier 2005, p. 1510).

³ CC, décision 84-170 DC du 4 juin 1984, *Rec.*, p. 45 ; *RDP*, 1986, p. 395, note L. Favoreu.

⁴ En ce sens, voir MICHALON (Thierry), « Les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, p. 159. *Contra*, estimant que la censure du Conseil constitutionnel était loin d'être certaine, voir ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, p. 1645.

des DROM, la portée de cette réforme est limitée par le fait que les autorités étatiques restent en la matière les intervenants ultimes. Si nombre de règles ont d'ores et déjà été adaptées aux particularités des DROM, elles l'ont été depuis la métropole. Un décret du 26 avril 1960 pour les départements ¹ et une loi du 31 décembre 1982 pour les régions ² avaient certes reconnu aux Conseils généraux et régionaux la possibilité de faire des propositions en vue de l'élaboration de dispositions adaptées à leur situation spécifique, mais cette faculté paraissait bien anodine, dans la mesure où elle se restreignait à un simple pouvoir de proposition ³. C'est pourquoi le constituant a mis en place en 2003 un autre mécanisme d'adaptation du droit national aux spécificités des DROM, faisant cette fois-ci intervenir les autorités locales elles-mêmes.

B. Des possibilités nouvelles d'adaptations normatives par les autorités locales

L'article 73 alinéa 2 de la Constitution issu de la loi constitution du 28 mars 2003 ⁴ met en place un nouveau mécanisme qui fait basculer les DROM dans un véritable pluralisme juridique intra-étatique qui leur était jusqu'alors refusé par le juge constitutionnel. Ce mécanisme conduit les départements et régions d'outre-mer – ainsi que Mayotte depuis 2007 ⁵ – à pouvoir désormais adapter *eux-mêmes* le droit étatique applicable sur leur territoire, sous réserve que ces modifications interviennent dans leur domaine de compétences et sur habilitation préalable du législateur. Sous ces réserves, les Conseils généraux et régionaux concernés pourront modifier les textes nationaux, en fonction de leurs particularismes. Le dispositif de l'article 73 alinéa 2 de la Constitution apparaît ainsi comme une dévolution aux assemblées locales d'un pouvoir réglementaire pouvant intervenir dans le champ réglementaire de l'article 37 s'il s'agit de modifier un règlement national, mais également dans le domaine réservé à la loi par l'article 34 dans l'hypothèse où les assemblées locales sont amenées à modifier une loi ⁶.

Pour l'heure, le législateur n'a encore jamais habilité un département d'outre-mer à mettre en œuvre ce mécanisme d'auto-adaptation. Il est vrai que la loi organique prévue à l'alinéa 5 de l'article 73 et précisant les conditions d'adoption des lois

¹ Décret n° 60-406 du 26 avril 1960, *JORF*, 29 avril 1960, p. 3944.

² Loi n° 82-1171 du 31 décembre 1982, *JORF*, 1^{er} janvier 1983, p. 13.

³ Voir ZILLER (Jacques), *Les DOM-TOM*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1996, p. 34.

⁴ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁵ Aux termes de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 qui crée l'article LO 6114-3 du CGCT (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121).

⁶ A cet égard, le mécanisme d'adaptation du droit étatique peut produire des effets similaires à celui prévu par l'article 73 alinéa 3 de la Constitution (voir *supra*, pp. 229ss), en ce qu'il peut conduire les autorités des DROM à exercer des compétences législatives. L'article 73 alinéa 3 attribue toutefois aux autorités locales un véritable pouvoir normatif en les autorisant à « fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire », ce qui excède le cadre de la simple adaptation du droit étatique dont il est ici question.

d'habilitation n'a été adoptée que le 21 février 2007¹. Cette loi met en place une procédure longue qui peut passer pour un « encadrement excessif et étouffant »² mais, curieusement, elle ne précise pas la marge d'adaptation normative autorisée. Aux termes des nouveaux articles LO 3445-1, LO 4435-1 et LO 6161-2 du Code général des collectivités territoriales, la demande d'habilitation adoptée par l'assemblée délibérante de la collectivité locale concernée doit faire apparaître « les caractéristiques et contraintes particulières justifiant la demande » ; il appartiendra donc au juge administratif de contrôler, le cas échéant, les raisons justifiant de telles adaptations³. Une fois l'habilitation accordée par le législateur⁴, l'assemblée locale pourra adapter le droit national à ses spécificités⁵. Par la suite, ces adaptations législatives ou réglementaires ne pourront être modifiées par une loi ou un règlement que si ceux-ci le prévoient « expressément » ; le Conseil constitutionnel a validé ce dispositif qui relève traditionnellement du principe de spécialité, estimant même que les mentions expresses contribuaient « à assurer une meilleure sécurité juridique »⁶.

Cette possibilité d'adaptation normative désormais reconnue aux départements et régions d'outre-mer – y compris Mayotte⁷ et la Réunion⁸ – leur est propre : l'article 72 ne prévoit pas de mécanisme similaire au profit des autres collectivités territoriales de la République, et notamment des collectivités métropolitaines. Néanmoins, la loi du 22 janvier 2002 portant statut de la Corse⁹ permet désormais à l'Assemblée de Corse de « présenter des propositions tendant à modifier ou adapter des dispositions réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration concernant les compétences, l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des collectivités territoriales de Corse, ainsi que toutes les dispositions réglementaires concernant le développement économique, social et culturel »¹⁰. L'assemblée territoriale se voit ainsi reconnaître un

¹ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

² Selon les termes du député de la Martinique, cité in THIELLAY (Jean-Philippe), « Les lois organique et ordinaire portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer du 21 février 2007 », *AJDA*, 2007, p. 631. Cette procédure est d'autant plus encadrée que le législateur n'est pas tenu par la demande d'habilitation présentée par l'assemblée locale.

³ Le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des délibérations locales portant demande d'habilitation à adapter le droit national. Si la délibération est déférée au juge par le représentant de l'Etat, ce recours est suspensif mais cet effet est lui-même suspendu si la requête n'est pas jugée dans les trois mois.

⁴ Le Conseil constitutionnel a estimé qu'une telle habilitation ne pouvait être accordée par la voie d'une ordonnance de l'article 38 car « habilitation sur habilitation ne vaut » (décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3252).

⁵ Les délibérations portant adaptation du droit national doivent être adoptées à la majorité absolue des membres de l'assemblée délibérante ; elles sont publiées au *JORF* et peuvent être déférées au Conseil d'Etat, en premier et dernier ressort.

⁶ CC, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *précit*.

⁷ Considérée ici comme un département d'outre-mer en devenir.

⁸ L'article 73 alinéa 5 faisant interdiction à la Réunion d'édicter elle-même les normes applicables sur son territoire en vertu de l'article 73 alinéa 3, ne s'étend pas au deuxième alinéa de l'article.

⁹ Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503.

¹⁰ Les propositions adoptées par l'Assemblée de Corse sont adressées au Président du Conseil exécutif qui les transmet au Premier ministre et au représentant de l'Etat en Corse (nouvel article L.4424-2 du CGCT).

droit de participation à la législation nationale, « un pouvoir d'adaptation des règles applicables sur l'ensemble du territoire afin de tenir compte des caractéristiques propres à la Corse »¹. Toutefois, ce pouvoir est nettement plus limité que celui reconnu aux DROM. En effet, les autorités corses ne disposent en la matière que d'un pouvoir de proposition, qui ne peut par ailleurs que concerner les « dispositions réglementaires ». Rien n'est prévu pour que l'Assemblée de Corse puisse proposer des modifications ou des adaptations de lois².

Dès lors, le pouvoir d'adaptation des lois et règlements reconnu spécifiquement aux départements et régions d'outre-mer conduit à se demander si ces collectivités sont encore effectivement soumises au principe d'assimilation³ ; l'identité législative apparaît comme « une notion de plus en plus relative »⁴. En effet, par le biais des alinéas 2 et 3 du nouvel article 73 de la Constitution, les DROM disposent désormais de plusieurs voies pour adapter à leurs particularismes le droit applicable sur leur territoire – qu'ils adaptent les textes étatiques ou qu'ils adoptent eux-mêmes des règles spécifiques. De fait, la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République⁵ a subrepticement étendu la spécialité législative aux départements et régions d'outre-mer. S'affirme ainsi « au sein de la République une pluralité de réglementations dont le fondement réside dans la volonté de tenir compte des spécificités locales »⁶. Qu'elle soit reconnue de manière expresse ou non, la spécialité législative conforte donc la logique fédérale appliquée à l'outre-mer⁷.

Toutefois, l'extension du principe de spécialité législative soulève la question de l'effectivité et de l'efficacité du droit étatique dans les collectivités ultra-marines⁸ : la possibilité pour ces collectivités d'adapter les lois et les règlements de l'Etat, voire de ne pas les appliquer du tout au nom de leurs particularismes locaux, semble en effet conduire à la mise en place d'un « Etat à éclipses », pour reprendre une expression

¹ VERPEAUX (Michel), « Le nouveau statut de la Corse », *RFDA*, 2002, p. 462.

² Sous réserve évidemment du dispositif permettant à la collectivité territoriale de Corse de fixer elle-même des règles adaptées aux spécificités de l'île, après habilitation du législateur, aux termes de l'article L.4424-2 II du CGCT. Ce pouvoir dépasse toutefois la simple adaptation de textes étatiques préexistants ou en cours d'élaboration (voir *supra*, p. 232ss).

³ LE POURHIET (Anne-Marie), « Départements d'outre-mer : l'assimilation en questions », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 107-111.

⁴ THIELLAY (Jean-Philippe), « Les lois organique et ordinaire portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer du 21 février 2007 », *AJDA*, 2007, p. 631.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁶ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, Série Droit politique et théorique, 1996, p. 327.

⁷ En ce sens, voir MICHALON (Thierry), « Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie : l'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 236.

⁸ En ce sens, voir BARANÈS (William), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le souci de l'effectivité du droit », *Dalloz*, 1996, pp. 301-303.

utilisée en d'autres circonstances ¹. L'attribution à ces collectivités d'un véritable pouvoir normatif ne peut que confirmer cette impression.

Section 2. L'ATTRIBUTION D'UN POUVOIR NORMATIF VARIABLE

Le principe d'indivisibilité de la République a longtemps été interprété comme faisant radicalement obstacle à l'attribution d'un pouvoir normatif autonome aux collectivités infra-étatiques, dans la mesure où cette attribution aurait intercalé un corps intermédiaire entre le citoyen et la République. De fait, le principe de libre administration des collectivités territoriales, consacré à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution de 1958 et érigé en « liberté fondamentale » par le juge administratif ², ne signifie pas libre réglementation. Il n'implique nullement l'existence d'un pouvoir normatif autonome au profit des autorités locales : les compétences réglementaires que ces autorités détiennent leur sont confiées par le législateur et s'exercent dans le cadre de la loi ³. Ainsi, l'article 72 de la Constitution « n'est pas au règlement local ce que les articles 21 et 37 de la Constitution sont au règlement étatique, à savoir une source directe du pouvoir réglementaire » ⁴. Le pouvoir normatif des collectivités territoriales se limite en principe à un simple pouvoir d'exécution lié, visant uniquement à établir des règles conformes à la règle supérieure, réglementaire ou législative. De ce fait, le pluralisme juridique infra-étatique se trouve fortement limité.

Pour autant, les évolutions récentes en matière d'autonomie des collectivités territoriales mettent à mal ce principe de subordination du pouvoir normatif local. La possibilité désormais reconnue à certaines collectivités territoriales de déroger aux lois et règlements nationaux confère à ces collectivités un pouvoir normatif qui excède à l'évidence le pouvoir réglementaire subordonné des collectivités territoriales de droit commun. Plus encore, les évolutions juridiques engagées en Nouvelle-Calédonie par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 ⁵ et constitutionnalisées par la révision du 20 juillet 1998 ⁶ attribuent à cette collectivité un véritable pouvoir législatif qui conduit

¹ L'expression, initialement relative à l'exercice du droit de grève dans la fonction publique, est empruntée au Commissaire du Gouvernement Gazier, concl. sur CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, cité in LONG (Marceau) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 65-3, p. 422.

² CE Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles* (*Leb.*, p. 18 ; *RFDA*, 2001, p. 389, concl. L. Touvet et p. 684, note M. Verpeaux) : « le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle particulière » au moyen des dispositions de l'article L.521-2 du Code de justice administrative, introduit par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (*JORF*, 1^{er} juillet 2000, p. 9948). Voir FAVOREU (Louis), ROUX (André), « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 88-92.

³ En ce sens, voir CC, décision n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61 ; *RFDC*, 1990, p. 497, note L. Favoreu.

⁴ FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 440.

⁵ *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁶ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

les autorités locales à intervenir non seulement dans le domaine de la loi mais également à édicter des normes ayant valeur de loi, au même titre que les lois votées par le Parlement¹. Il s'agit là d'une transformation majeure du droit constitutionnel, qui opère la rupture de l'unité du pouvoir normatif en conférant à une collectivité territoriale de la République un véritable pouvoir législatif autonome.

Dès lors, ce n'est plus seulement la question de l'autonomie normative des collectivités territoriales qui est posée, mais bien celle de la forme de l'Etat. Attribuer à des collectivités infra-étatiques un pouvoir réglementaire ou législatif autonome revient en effet à transformer l'Etat unitaire en un Etat fédéral, ou tout au moins régionalisé². Les enjeux de l'attribution d'un pouvoir réglementaire (§ 1) et d'un pouvoir législatif (§ 2) à certaines collectivités territoriales de la République sont donc loin d'être insignifiants.

§ 1. L'attribution d'un pouvoir réglementaire local

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 apporte une précision non dénuée d'importance pour l'autonomie normative des collectivités territoriales : le nouvel 72 alinéa 3 reconnaît désormais explicitement aux collectivités territoriales « un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Auparavant, les collectivités territoriales disposaient bien d'un pouvoir réglementaire dont la mise en œuvre apparaissait comme une condition de l'effectivité du principe de libre administration, mais ce pouvoir n'était ni consacré, ni garanti constitutionnellement³. La consécration constitutionnelle du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales est donc loin d'être inutile ; elle efface définitivement les doutes de ceux qui s'interrogeaient sur l'existence d'« un pouvoir réglementaire qui ne soit pas d'origine étatique, ou qui ne soit pas sous le contrôle de l'Etat »⁴.

Cette reconnaissance constitutionnelle laisse toutefois une question en suspens, sur laquelle la doctrine continue à se diviser : quel est le degré d'autonomie de ce pouvoir réglementaire local par rapport au droit de l'Etat⁵ ? La question n'est pas innocente :

¹ Voir notamment MARLIAC-NEGRIER (Claire), « Du particularisme législatif à propos de la nouvelle catégorie juridique des lois du pays en Nouvelle-Calédonie », *RJPUF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 173-211. Contra, réfutant la nature législative des lois du pays calédoniennes, voir GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, pp. 85-112.

² MOYRAND (Alain), « Les pays d'outre-mer transforment la République française en un Etat autonome », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 187-198.

³ Une partie de la doctrine indiquait que l'article 72 de la Constitution, en affirmant la libre administration des collectivités territoriales, constituait le fondement implicite du pouvoir réglementaire local. Pour une discussion sur ce point, voir VERPEAUX (Michel), « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 29-45.

⁴ VERPEAUX (Michel), *op. cit.*, p. 32.

⁵ FRIER (Pierre-Laurent), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, pp. 559-563.

reconnaître un pouvoir normatif autonome aux collectivités territoriales revient à consacrer un véritable pluralisme juridique infra-étatique¹. Si cette question se pose pour toutes les collectivités territoriales (A), elle revêt une acuité particulière dans le cas de la Polynésie française qui peut désormais, aux termes de son statut du 27 février 2004², adopter des actes indûment appelés « lois du pays » (B).

A. L'autonomie contestée du pouvoir réglementaire local

Plus que sur l'existence du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, le débat doctrinal a toujours porté sur son autonomie. Pour certains auteurs comme le Professeur Bourjol, ce pouvoir réglementaire serait autonome au nom de la libre administration des collectivités territoriales³ ; en vertu de ce principe, les collectivités exerceraient un pouvoir réglementaire initial fondé sur l'article 72 de la Constitution, même en l'absence de loi. Cette position doctrinale est cependant très marginale. Pour l'immense majorité des auteurs⁴, il ne saurait exister de pouvoir réglementaire initial dans un Etat unitaire hors de celui émanant des autorités nationales : la libre administration ne peut signifier le libre gouvernement. De ce fait, les compétences réglementaire confiées aux collectivités territoriales s'exercent « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par la loi ainsi que par les règlements étatiques la mettant en application »⁵. Seul le législateur national dispose dès lors d'un pouvoir normatif autonome initial, défini comme un pouvoir à la fois « originel » parce que « ne résultant d'aucune délégation », et « inconditionné » parce que « pouvant s'exercer directement sur le fondement de la Constitution », sans intervention d'aucun autre texte⁶.

La jurisprudence constitutionnelle confirme pleinement ce second point de vue. Pour le Conseil constitutionnel, les collectivités territoriales ne sont pas habilitées à prendre des décisions administratives sur le fondement direct de l'article 72 de la Constitution : l'activité normative des autorités locales ne saurait donc, en principe,

¹ Voir VERPEAUX (Michel), *op. cit.*, pp. 31-45.

² Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183.

³ BOURJOL (Maurice), « Statut constitutionnel des collectivités locales », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. 93, n° 58-59.

⁴ En ce sens, voir FAVOREU (Louis), « Chronique constitutionnelle française : décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1277 ; AUBY (Jean-Marie), « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, pp. 468-477 ; VERPEAUX (Michel), « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, p. 42. Des thèses récentes sur l'autonomie des collectivités territoriales concluent également dans ce sens : voir JOYAU (Marc), *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises : essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit public, 1998, pp. 58-71 ; FAURE (Bertrand), *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 31-75.

⁵ BACCOYANNIS (Constantinos), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica, 1993, p. 129.

⁶ JOYAU (Marc), *De l'autonomie des collectivités locales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, LGDJ, 1998, p. 14.

s'exercer sans intervention préalable du législateur¹. Plus encore, la dévolution par le législateur aux collectivités territoriales d'un pouvoir réglementaire dérogatoire est elle-même limitée, comme cela est clairement affirmé dans la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 relative à la Corse² : le pouvoir réglementaire local ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences attribuées par la loi aux collectivités territoriales et il ne doit avoir « ni pour objet, ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République par l'article 13 de la Constitution ». En d'autres termes, les dispositions de la loi dotant la Corse d'un pouvoir réglementaire sont valides dans la mesure où elles n'ont pas pour effet de lui attribuer un pouvoir réglementaire autonome et général³. C'est ici la thèse de la subsidiarité du pouvoir réglementaire local vis-à-vis du pouvoir réglementaire national qui se trouve consacrée ; il s'agit, selon l'analyse du Professeur Auby, d'un pouvoir réglementaire « en application de la loi », par opposition au pouvoir réglementaire national d'exécution de la loi⁴.

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ne semble pas remettre en cause cette lecture traditionnelle : la consécration expresse du pouvoir réglementaire local à l'article 72 alinéa 3 ne conduit pas à conférer aux collectivités décentralisées une partie du pouvoir réglementaire attribué au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution⁵. La question se pose toutefois au sujet du pouvoir dérogatoire reconnu désormais par la Constitution aux collectivités d'outre-mer en vertu de l'article 74 de la Constitution, aux départements et régions d'outre-mer en vertu de l'article 73 alinéa 3 et aux collectivités de droit commun en vertu de l'article 72 alinéa 4⁶. Toutes ces collectivités peuvent désormais intervenir sur habilitation du législateur dans le

¹ Il s'agit d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel : voir décisions n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Rec.*, p. 38 ; n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Rec.*, p. 63 ; n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61. Sur ce point, voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 29, p. 481.

² CC, décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70. Voir SCHOETTL (Jean-Eric), « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA*, 2002, pp. 100-105.

³ Dans le même sens, le juge administratif a affirmé à plusieurs reprises que les compétences réglementaires des collectivités territoriales ne pouvaient correspondre qu'à un pouvoir résiduel et secondaire, conditionné par la loi et les décrets du Premier ministre. Pour exemple, voir CE, 19 juin 1988, *Département de l'Orne*, *AJDA*, 1988, p. 687, note X. Pretot.

⁴ AUBY (Jean-Marie), « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 477. Pour une réflexion sur les notions d'exécution et d'application, voir VENEZIA (Jean-Claude), « Les mesures d'application », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 674.

⁵ En ce sens, voir FRIER (Pierre-Laurent), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, pp. 559-563. Certains auteurs se demandent toutefois si la révision constitutionnelle n'aurait pas fait naître un pouvoir réglementaire réservé au profit des collectivités territoriales et à l'abri de toute intrusion du Premier ministre. Il s'agirait alors d'un pouvoir réglementaire d'exécution de la loi, et non plus seulement de mesures réglementaires. En ce sens, voir AUBY (Jean-Bernard), « La loi constitutionnelle relative à la décentralisation, présentation générale », *Droit administratif*, avril 2003, p. 8.

⁶ Pour une étude générale sur cette question, voir BROSSET (Estelle), « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 695-739.

domaine de la loi nationale ¹, ce qui pourrait avoir une incidence sur la nature des actes pris dans cette perspective. En permettant aux collectivités territoriales de déroger, sur autorisation du Parlement ou du Gouvernement et à titre expérimental, aux dispositions nationales qui régissent l'exercice de leurs compétences, le constituant a ouvert la porte au partage des compétences normatives entre l'État et les collectivités décentralisées ², portant ainsi atteinte au caractère indivisible de la souveraineté nationale et au monopole juridique de l'État ³. En effet, la possibilité d'adaptation des normes nationales n'est juridiquement possible que par la reconnaissance concomitante d'un pouvoir normatif autonome. Cependant, les actes pris sur le fondement de ces articles gardent une nature réglementaire, comme le juge administratif ⁴ et le juge constitutionnel ⁵ l'ont indiqué à maintes reprises. De plus, quel que soit le domaine matériel dans lequel les actes locaux interviennent, ils restent subordonnés à une autorisation législative préalable et ne peuvent intervenir que dans le cadre prédéfini par la loi d'habilitation. En ce sens, les collectivités territoriales se trouvent beaucoup plus dans la situation de demander à exercer un pouvoir réglementaire dérogatoire, que dans celle de pouvoir l'exercer directement ⁶.

La jurisprudence comme la doctrine semblent ainsi s'accorder pour qualifier les actes des collectivités territoriales françaises d'actes administratifs subordonnés. Une thèse publiée récemment a toutefois pu apporter une contradiction intéressante à ce positionnement traditionnel, en analysant les règlements locaux comme des actes politiques ⁷ : d'après Elisabeth Mella, même si les actes des collectivités locales ¹ sont

¹ Voir *supra*, pp. 226ss.

² C'est précisément la faculté que reconnaissait le législateur à la collectivité de Corse dans la loi de janvier 2002 : en l'espèce, le législateur avait prévu l'attribution à l'assemblée territoriale de Corse, à titre expérimental, d'un pouvoir encadré d'adaptation des lois. Cette compétence a été censurée par le Conseil constitutionnel, qui a pourtant reconnu à la collectivité territoriale de Corse, dans la même décision, la possibilité d'adapter les règlements nationaux (décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70). A cet égard, voir SCHOETTL (Jean-Eric), « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA*, 2002, pp. 100-105 ; FAURE (Bertrand), « La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002, pp. 469-473 ; et VERPEAUX (Michel), « Une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002, pp. 459-468.

³ Sur ce point, voir DOMERGUE (Isabelle), « Pour ou contre le droit à l'expérimentation », *Regards sur l'actualité*, n 286, décembre 2002, pp.17-20. Voir également AUBY (Jean-Bernard), « L'expérimentation », *Jurisclasseur administratif*, Vol. 41, n° 10, octobre 2002.

⁴ CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui (Leb.*, p. 138 ; *AJDA*, 1970, p. 320, note R. Denoix de Saint Marc et P. Labetoulle) confirmé in CE, 15 janvier 1992, *Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française (Leb.*, p. 20 ; *RRJ*, 1993, p. 291, note A. Boyer) et plus récemment encore in CE, 15 février 2002, *Elections à l'Assemblée de la Polynésie française (Leb.*, p. 40 ; *LPA*, n° 95, 13 mai 2002, p.4, note J.-P. Camby).

⁵ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux.

⁶ Cette remarque est faite par le Professeur Brisson au sujet du droit à l'expérimentation mais peut parfaitement être étendue au droit à l'adaptation normative. Voir BRISSON (Jean-François), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 536.

⁷ MELLA (Elisabeth), *Essai sur la nature de la délibération locale*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit public, 2003, 317 p.

traditionnellement qualifiés d'administratifs et répondent, dès lors, au régime classique des actes administratifs unilatéraux, l'approfondissement de la décentralisation n'est pas sans conséquence sur la nature de ces normes. En effet, si l'on considère que le pouvoir réglementaire local n'est pas seulement subsidiaire et subordonné mais qu'il est lui-même porteur d'une certaine autonomie – celle qui lui est laissée par le législateur² – on peut en arriver à la conclusion que derrière un acte réglementaire local traditionnellement qualifié d'acte administratif « se cache peut-être et plus profondément un acte de nature souveraine »³. En effet, « il n'est pas irréaliste de soutenir que les actes pris par les collectivités territoriales ne peuvent et ne doivent être regardés comme des actes secondaires, mais plutôt comme des actes primaires ayant leurs caractéristiques propres »⁴. De ce fait, pour Elisabeth Mella, la délibération locale doit être désormais considérée comme « un acte de nature politique, c'est-à-dire laissant la place à une liberté de ses auteurs et non un acte de nature administrative, c'est-à-dire un acte fondamentalement subordonné »⁵. Dès lors, cette évolution de la nature de l'acte local ne peut qu'entraîner une évolution de son régime juridique. Les modifications introduites à cet égard par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁶ semblent confirmer cette hypothèse ; la réforme que connaît actuellement le régime des actes réglementaires locaux, en particulier ceux de la Polynésie française, ne peut que légitimer l'adoption d'une conception moins jacobine de la réglementation des collectivités territoriales.

B. La nature discutée des lois du pays de Polynésie française

Le statut de la Polynésie française promulgué le 27 février 2004⁷ autorise l'Assemblée territoriale à adopter des actes dénommés « lois du pays ». Cette appellation avait été consacrée par le projet de révision constitutionnelle qui devait être présenté au Congrès le 24 janvier 2000 mais n'a *de facto* jamais abouti⁸. Ce

¹ L'auteur restreint son sujet aux seules délibérations locales, écartant de son étude les autres actes pris par les autorités décentralisées.

² En ce sens, voir également FAURE (Bertrand), *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 1998, 329 p.

³ MELLA (Elisabeth), *Essai sur la nature de la délibération locale*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit public, 2003, p. 6.

⁴ MELLA (Elisabeth), *op. cit.*, p. 2.

⁵ MELLA (Elisabeth), *op. cit.*, p. 9.

⁶ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁷ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183. JAN (Pascal), « L'outre-mer entre mimétisme et spécificité constitutionnels (à propos des lois du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française) », *LPA*, n° 154, 3 août 2004, pp. 3-12 ; ORAISON (André), « Réflexions sur la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française », *RJPIC*, n° 2, 2004, pp. 183-229 ; SCHOETTL (Jean-Éric), « Un nouveau statut pour la Polynésie française après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2004, pp. 248-272.

⁸ Sur ce projet, voir FABERON (Jean-Yves), « Le projet de révision constitutionnelle relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie adopté par les assemblées parlementaires en 1999 », *RFDC*, n° 46, 2001, pp. 381-396.

projet visait à étendre à la Polynésie le statut octroyé en 1999 à la Nouvelle-Calédonie. L'objectif était de conférer à la collectivité polynésienne un véritable pouvoir de gouvernement et non plus seulement de libre administration, en permettant à son assemblée délibérante d'adopter des actes à valeur législative, à l'instar du Congrès de Nouvelle-Calédonie¹. La dénomination « lois du pays » a été reprise par le législateur organique en 2004 mais elle s'avère trompeuse, dès lors que le régime juridique des lois du pays polynésiennes est sensiblement différent de celui des lois du pays néo-calédoniennes².

L'originalité des « lois du pays » de Polynésie française résulte à la fois de leur contenu matériel, de leur procédure d'adoption et des modalités de leur contrôle juridictionnel. S'agissant de leur contenu, ces actes interviennent dans un certain nombre de matières législatives énumérées à l'article 139 du statut³ ; cette répartition des compétences législatives entre le Parlement national et l'Assemblée polynésienne conforte à l'évidence l'autonomie dont dispose la collectivité d'outre-mer, qualifiée par son statut de « pays d'outre-mer au sein de la République »⁴. Certains auteurs ont même affirmé, à cet égard, que le nouveau statut de la Polynésie consacrait son « engagement sur la voie de la logique fédérale »⁵ ; une telle conclusion paraît toutefois prématurée, dans la mesure où plusieurs éléments placent davantage la Polynésie française dans une logique de décentralisation que de fédéralisation. Ainsi, les lois du pays polynésiennes, comme toute autre délibération de l'assemblée

¹ BRARD (Yves), « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les “lois du pays” (De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif) », *LPA*, n° 112, 6 juin 2001, pp. 4-16.

² Le Professeur Gohin parle à cet égard de « surqualification intentionnelle de ces délibérations » (GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, p. 87). Dans son avis du 9 octobre 2003 sur le projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs proposé d'écarter la dénomination « loi du pays » au profit de « loi de la collectivité » (*EDCE*, n° 55, 2004, p. 59). Cette proposition visait à éviter toute confusion entre les lois du pays calédoniennes et les futures lois du pays polynésiennes, leur régime étant sensiblement différent. Toutefois, comme l'indique le Professeur Gohin, ce n'est pas le terme de « pays » qui pose problème, mais bien celui de « lois » ; juridiquement, ces actes ne sont que des délibérations locales en matière législative (*op. cit.*, p. 91).

³ Rentrent dans ces matières le droit civil, les impositions de toute nature, le droit du travail, le droit de la santé publique, les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Polynésie française, le droit de l'aménagement du territoire, le droit de l'environnement, le droit domanial, le droit minier, les règles relatives à l'emploi, les principes fondamentaux des obligations commerciales, les règles relatives aux transferts entre vifs, les relations entre la Polynésie française et les communes, les accords internationaux conclus dans le domaine de compétence de l'article 139 et les matières relevant de la compétence de l'État dans lesquelles la Polynésie française est autorisée à intervenir en application de l'article 31 du statut.

⁴ Art. 1^{er} al. 2 LO 27 février 2004. Cette notion de « pays d'outre-mer » (POM) était consacrée par le projet de révision constitutionnelle dont l'adoption était prévue le 24 janvier 2000, et incluait alors la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie. Elle visait à redéfinir la nomenclature des collectivités territoriales ultra-marines en créant une tierce catégorie visant à garantir et à développer l'autonomie des collectivités les plus distinctes. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 (*précit.*) n'a toutefois pas repris la notion de POM. Les dispositions de l'article 1^{er} alinéa 2 du statut de la Polynésie française revêtent donc un intérêt purement symbolique : sans fondement constitutionnel, la notion de POM ne saurait juridiquement correspondre à une nouvelle catégorie de collectivités territoriales.

⁵ CLINCHAMPS (Nicolas), « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 80.

territoriale, restent des actes administratifs ; la suppression à l'article 139 de la mention de leur caractère réglementaire lors des débats parlementaires ne modifie en rien leur nature ¹. Le Conseil constitutionnel s'est montré particulièrement ferme sur ce point lors du contrôle de la loi organique du 27 février 2004 : en dépit de leur appellation trompeuse, « il ressort des dispositions soumises au Conseil constitutionnel que les actes dits "lois du pays" [...] ont le caractère d'actes administratifs » ². De fait, en vertu de la Constitution comme de la loi organique du 27 février 2004, les lois du pays polynésiennes relèvent du Conseil d'Etat ³, au titre d'un « contrôle juridictionnel spécifique » ⁴. Ce régime contentieux détermine ainsi leur nature : en application de la liaison de la compétence et du fond, la compétence du juge administratif implique nécessairement la nature administrative de l'acte ⁵.

Le contrôle des lois du pays polynésiennes par le Conseil d'Etat obéit toutefois à des modalités pour le moins particulières ⁶. En vertu de l'article 176 de la loi organique statutaire, il peut intervenir entre l'adoption et la promulgation d'une loi du pays, sur saisine de certaines autorités polynésiennes ⁷ ou de toute personne ayant un intérêt à agir ⁸. Il est alors amené à se prononcer sur la conformité de cette loi du pays au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et

¹ S'applique ainsi la jurisprudence CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui*, *précit.*

² CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux.

³ La compétence exclusive du Conseil d'Etat, au détriment de celle des juridictions administratives du fond, vise à répondre aux critiques qui avaient été adressées à la dévalorisation des actes des TOM, qui nuisait à l'autonomie normative de ces territoires. Ainsi, le Professeur Favoreu écrivait en 1995 qu'« on ne peut [ramener les TOM] à la condition des collectivités territoriales ordinaires notamment en rabaisant les délibérations des assemblées territoriales – qui, ne l'oublions pas, statuent à la place du législateur – au statut de simples actes administratifs par le fait qu'elles sont soumises au respect des principes généraux du droit de valeur infra-législative. Cette dévalorisation, accentuée par le fait que le juge administratif compétent est le tribunal administratif, va très certainement à l'encontre de la volonté du constituant et du législateur organique » (FAVOREU (Louis), « Les normes de référence applicables au contrôle des délibérations des assemblées territoriales des territoire d'outre-mer : principes généraux du droit ou normes constitutionnelles ? », *RFDA*, 1995, p. 1242).

⁴ Article 74 alinéa 8 de la Constitution, tel qu'issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568 : « La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ».

⁵ Bien qu'il existe des dérogations de plus en plus nombreuses à ce principe. En ce sens, voir FRIER (Pierre-Laurent), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 3^{ème} éd., 2004, pp. 401-402.

⁶ A cet égard, voir MOYRAND (Alain), STAHL (Jacques-Henri), TROIANIELLO (Antonio), « Le contrôle juridictionnel des "lois du pays" de Polynésie par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2006, pp. 271-285 ; NEUFFER (Philippe), « Le contrôle des lois du pays de la Polynésie française, *JCP-ACT*, n° 23, 2006, pp. 768-772.

⁷ Le Haut Commissaire, le Président de la Polynésie française, le Président de l'Assemblée de la Polynésie française ou six représentants de cette assemblée pourront déférer une loi du pays litigieuse au Conseil d'Etat (voir CE, 15 mars 2006, *M. Flosse et autres*, *Leb.*, p. ? ; *AJDA*, 2006, p. 629, note S. Brondel). Il est intéressant de constater le mimétisme entre cette procédure et celle prévue à l'article 61 alinéa 2 de la Constitution pour le contrôle des lois ordinaires par le Conseil constitutionnel.

⁸ Pour exemples, voir CE, 3 avril 2006, *M. René-Georges*, req. n° 288754, inédit ; CE Sect., 1^{er} février 2006, *Commune de Papara*, *RFDA*, 2006, p. 271, concl. J.-H. Stahl, note A. Moyrand et A. Troianiello.

des principes généraux du droit¹. En cas de contrariété d'une disposition de la loi du pays aux normes de référence, cette disposition ne pourra être promulguée². En revanche, une fois la loi du pays promulguée et publiée au *Journal officiel de la Polynésie française*, elle ne peut plus être contestée par voie d'action³. Deux voies de recours restent cependant ouvertes. En premier lieu, il est possible de contester la légalité d'une loi du pays à l'occasion d'un litige devant une juridiction, cette dernière devant alors surseoir à statuer et transmettre sans délai la question préjudicielle au Conseil d'État, seul compétent pour apprécier la validité des lois du pays. La réponse que le Conseil d'État apporte dans les trois mois de sa saisine⁴ ne vaut que pour les parties au procès devant la juridiction ordinaire et dans le cadre de ce procès ; une loi du pays déjà promulguée qui serait déclarée contraire à la légalité interne propre à ce contentieux ne serait pas pour autant retirée de l'ordonnement juridique polynésien. En second lieu, si une loi du pays est intervenue en dehors du domaine défini à l'article 140 de la loi organique statutaire, le Président de la Polynésie française, le Président de l'Assemblée de la Polynésie française ou le Ministre de l'outre-mer peuvent saisir le Conseil d'État, qui statue dans un délai de trois mois⁵. Si le Conseil déclare que les dispositions en cause ne relèvent effectivement pas du domaine des lois du pays, celles-ci peuvent être modifiées par les autorités normalement compétentes⁶.

Au regard des modalités de ce contrôle, les lois du pays polynésiennes ne se confondent pas avec les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie. Les lois du pays polynésiennes ne traduisent pas la décentralisation d'un pouvoir législatif, contrairement à ce que leur appellation pourrait laisser croire⁷. Après l'abandon du projet de révision constitutionnelle de janvier 2000, la réinsertion de la Polynésie,

¹ Pour exemple, voir CE Sect., 1^{er} février 2006, *Commune de Papara, précit.*

² Le Président de la Polynésie française pourra, dans les dix jours suivant la publication de la décision du Conseil d'État au Journal officiel de la Polynésie française, soumettre la disposition concernée à une nouvelle lecture de l'assemblée de la Polynésie française (art. 177 LO).

³ Art. 180 LO.

⁴ Art. 179 LO.

⁵ Il s'agit ici de l'hypothèse où la loi du pays empiète sur les compétences de l'État. Dans l'hypothèse différente où la loi comporterait des dispositions réglementaires relevant des compétences du Conseil des ministres de la Polynésie, le Conseil d'État estime qu'« il ressort de l'ensemble des dispositions du titre VI [de la loi organique statutaire du 27 février 2004] que le législateur organique n'a pas entendu frapper d'illégalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi du pays ; qu'il n'y a dès lors pas lieu pour le Conseil d'État, sur demande ou d'office, de censurer les empiètements de la loi du pays sur le domaine réglementaire réservé par la loi organique au Conseil des ministres de la Polynésie française » (CE Sect., 1^{er} février 2006, *Commune de Papara, précit.*). On retrouve ici la transposition de la jurisprudence *Blocage des prix et des revenus* du Conseil constitutionnel.

⁶ Cette procédure de déclassement est le pendant de celle prévue à l'article 12 du statut du 27 février 2004, qui permet au Conseil constitutionnel de déclasser les dispositions d'une loi nationale intervenues dans le domaine de compétence de la Polynésie. Voir PERES (Jean), « La sécurité juridique de la loi du pays », *Bulletin de l'AJPF*, n° 8, mars 2006 (<http://ajpfjeanperes.blogspot.com>).

⁷ En témoigne l'octroi aux assemblées de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin de la faculté d'adopter des actes obéissant au même régime que les « lois du pays » polynésiennes (art. LO 6243-1 et LO 6343-1), mais auxquels le législateur organique évite prudemment de donner la même appellation trompeuse (loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 312).

même dotée d'une « autonomie renforcée », dans le cadre de l'article 74 relatif aux collectivités d'outre-mer traduit le refus du constituant d'un dispositif isolé, à l'instar de celui organisé pour la Nouvelle-Calédonie¹. Bien au contraire, l'octroi d'une « autonomie renforcée » apparaît, dans le cas de la Polynésie française, comme un palliatif à l'octroi d'une véritable autonomie politique. Seule la Nouvelle-Calédonie dispose à ce jour d'une telle autonomie normative du fait de l'attribution d'un pouvoir législatif exceptionnel.

§ 2. L'attribution d'un pouvoir législatif exceptionnel

Dans son point 5, le préambule de l'Accord de Nouméa signé le 5 mai 1998² prévoit que « certaines délibérations du Congrès du territoire auront valeur législative et un exécutif élu les préparera et les mettra en œuvre ». A première vue, cette disposition ne peut que heurter le juriste : l'octroi d'un pouvoir législatif à une collectivité locale apparaît comme une rupture avec le principe fondamental d'indivisibilité de la souveraineté qui implique l'unité du pouvoir normatif de l'Etat³. Jusqu'alors, les actes adoptés par les collectivités territoriales relevaient en effet du pouvoir réglementaire, y compris les actes adoptés par les TOM dans le domaine de la loi qui, par le biais d'une fiction juridique opportune, conservaient valeur réglementaire et relevaient à ce titre du contrôle du juge administratif⁴. En accordant un pouvoir d'ordre législatif à une collectivité infra-étatique, c'est donc toute la tradition républicaine qui se trouve bouleversée : « pour la première fois, la loi ne sera plus [...] l'expression de la volonté générale, mais celle d'une collectivité territoriale »⁵.

La constitutionnalisation de l'Accord de Nouméa par la révision du 20 juillet 1998⁶ se présente donc également comme la constitutionnalisation du pluralisme législatif au sein de la République⁷. Cette consécration conduit à attribuer une

¹ Cette orientation est sous-jacente dans le rapport parlementaire de BIGNON (Jérôme), *Rapport sur le projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, et le projet de loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rapport n° 1336, Ass. nat., 12 janvier 2004, pp. 17-18.

² *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

³ Comme le rappelle Blandine Kriegel, « l'attribut par excellence de la souveraineté est le pouvoir législatif » (KRIEGEL (Blandine), *Philosophie de la République*, Paris, Plon, 1998, p. 83).

⁴ En application de la jurisprudence CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui, précit.*

⁵ FABERON (Jean-Yves), « Nouvelle-Calédonie, "pays à souveraineté partagée" », *RDJ*, 1998, p. 647. Dans le même sens, voir l'étude de MARLIAC-NEGRIER (Claire), « Du particularisme législatif à propos de la nouvelle catégorie juridique des lois du pays en Nouvelle-Calédonie », *RJPEF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 173-211

⁶ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

⁷ Comme l'indique Olivia Bui-Xuan au sujet de cette révision constitutionnelle de 1998, « la facilité et la rapidité avec lesquelles il est possible de faire basculer l'esprit de la Constitution méritent d'être relevées ; en un tour de main, est en effet ainsi balayée l'indivisibilité de la souveraineté, caractère premier de la République unitaire » (BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, p. 353).

véritable autonomie politique à la Nouvelle-Calédonie¹. Sur le plan du droit, elle préside à la mise en place d'un nouvel ordre juridique local qui vient dans certains domaines se superposer, voire primer l'ordre juridique étatique². Cette véritable révolution ne s'est toutefois pas mise en place sans hésitations ni controverses : si la faculté d'adopter des « lois du pays » est désormais pleinement reconnue aux autorités néo-calédoniennes (A), la nature juridique de ces actes locaux reste discutée (B).

A. La faculté reconnue d'adopter des lois du pays en Nouvelle-Calédonie

L'innovation juridique annoncée par l'Accord de Nouméa s'est vu pleinement confirmée par la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998³. Le nouvel article 77 de la Constitution prévoit que la loi organique détermine « 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 avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel »⁴. Aussi, la loi organique du 19 mars 1999 comprend-elle tout un chapitre consacré à ces actes qu'elle nomme « lois du pays »⁵.

L'étendue des matières appelées à être régies par des lois du pays donne une indication de l'ampleur de l'autonomie politique concédée à la Nouvelle-Calédonie. Les domaines dans lesquels ces lois peuvent être adoptées sont expressément énoncés à l'article 99 de la loi organique⁶. Cette liste a déjà évolué et continuera à le faire en

¹ C'est précisément l'exercice de cette autonomie politique qui différencie la Nouvelle-Calédonie des collectivités d'outre-mer de l'article 74 de la Constitution. En ce sens, voir DIEMERT (Stéphane), « L'ancrage constitutionnel de la France d'outre-mer », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 79-80.

² Pour une étude d'ensemble sur les lois du pays néo-calédoniennes, voir GINDRE-DAVID (Carine), *La loi du pays en droit constitutionnel français, expression de la spécificité calédonienne dans un Etat unitaire en mutation*, thèse de doctorat, Université Paris I, 2005, 543 p. Voir également BAUSINGER-GARNIER (Laure), *La loi du pays en Nouvelle-Calédonie : Véritable norme législative à caractère régional*, Paris, L'Harmattan, 2001, 192 p. ; MARLIAC-NEGRIER (Claire), « Du particularisme législatif à propos de la nouvelle catégorie juridique des lois du pays en Nouvelle-Calédonie », *RJPEF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 173-211.

³ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *précit.*

⁴ L'article 77 de la Constitution se fonde ici sur le point 2.1.3 du document d'orientation annexé à l'Accord de Nouméa, qui précise que « certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication, sur saisine du représentant de l'Etat, de l'Exécutif de la Nouvelle-Calédonie, d'un Président de province, du Président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès ».

⁵ Articles 99 à 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁶ L'article 99 liste douze matières régies par les lois du pays : signes identitaires ; règles relatives aux impôts, droits et taxes ; principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale ; règles relatives à l'accès au travail des étrangers ; statut civil coutumier, régime des terres coutumières et des palabres coutumiers ; règles concernant les ressources naturelles ; règles du droit domanial ; règles relatives à l'accès à l'emploi ; règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ; principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; répartition entre les provinces des dotations de fonctionnement et d'équipement et, enfin, compétences transférées et échéancier de ces transferts. Plusieurs matières sont donc communes aux lois du pays

fonction des transferts échelonnés de compétences à la Nouvelle-Calédonie ; le domaine d'application des lois du pays est ainsi appelé à s'étendre de manière concomitante à l'accroissement des compétences propres de la collectivité. Bien que limitativement énumérées, les matières dans lesquelles peuvent intervenir les lois du pays sont qualitativement significatives : la plupart d'entre elles présentent une importance essentielle pour la Nouvelle-Calédonie, notamment en matière coutumière ou en matière d'accès à l'emploi ¹.

Pour la première fois dans l'histoire de la République française, une collectivité territoriale peut donc adopter des normes d'un rang hiérarchique équivalent aux lois votées par le Parlement. Au 1^{er} octobre 2007, soixante lois du pays avaient été adoptées par le Congrès de Nouvelle-Calédonie, à un rythme irrégulier et dans des matières ciblées ². L'innovation est sans précédent : l'Etat ne cherche plus à homogénéiser les différences entre les territoires, mais leur accorde un véritable droit de cité, valorisé par une législation *ad hoc* autonome dont le champ d'application se restreint à l'archipel.

Certains auteurs ont pu observer, au regard des matières relevant de la loi du pays, que l'autonomie conférée à la Nouvelle-Calédonie était plus large que celle mise en œuvre en Espagne ou en Italie, pourtant souvent cités comme modèles d'Etats autonomes ³. De fait, il est vrai que la compétence législative de la Nouvelle-Calédonie est matériellement plus étendue que celle des entités autonomes espagnoles ou italiennes, qui ne disposent notamment d'aucune compétence en matière de règles relatives à l'accès à l'emploi ou de régimes matrimoniaux ⁴. Cette observation qui conduit à considérer le statut de la Nouvelle-Calédonie comme l'un des plus avancés sur le plan du droit comparé est toutefois à nuancer. En effet, les lois votées par les

calédoniennes et polynésiennes ; pour une comparaison du champ matériel des lois du pays de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française, voir GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, pp. 107-110.

¹ Il est à noter que les matières énumérées par l'article 99 de la loi organique ne coïncident que partiellement avec celles déterminées par l'article 34 de la Constitution : seules quatre matières sont communes aux deux articles (règles relatives aux impôts, droits et taxes ; principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale ; règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ; principes fondamentaux du régime de propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales). Aussi, la loi du pays s'appliquera-t-elle dans des domaines ne relevant pas systématiquement du domaine de la loi nationale et, inversement, de simples délibérations à valeur réglementaire pourront être adoptées par le Congrès calédonien dans des matières relevant au niveau national de l'article 34.

² Les lois du pays sont essentiellement intervenues en matière de fiscalité, de droit du travail, de protection sociale ou pour encourager les investissements dans le secteur minier. Voir à cet égard les tableaux récapitulatifs dressés par GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, p. 111.

³ En ce sens, voir MARLIAC-NEGRIER (Claire), « Du particularisme législatif à propos de la nouvelle catégorie juridique des lois du pays en Nouvelle-Calédonie », *RJPEF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 173-211.

⁴ BREWER-CARIAS (Allan), « La décentralisation territoriale. Autonomie territoriale et régionalisation politique », in BREWER-CARIAS (Allan) dir., *Etudes de droit public comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 351-369.

Parlements régionaux en Italie ou en Espagne ne sont pas soumises aux contraintes que connaissent les lois du pays calédoniennes¹.

Ces contraintes sont d'ordre essentiellement procédural². Ainsi, avant leur adoption par le Congrès, les projets comme les propositions de lois du pays sont obligatoirement soumis pour avis au Conseil d'État³, qui vérifie leur compatibilité avec la Constitution et les lois organiques, ainsi que le respect de la répartition des compétences entre l'Etat et la collectivité. Bien que le cas ne se soit encore jamais présenté, il faut envisager l'hypothèse d'un projet de loi du pays portant sur le statut personnel kanak. Saisi d'un tel projet, le Conseil d'Etat ne pourrait que rendre un avis à la portée incertaine, faute d'une compétence reconnue dans le droit et les mécanismes coutumiers. Il est probable que le Conseil d'Etat limite alors son rôle de lui-même, arguant de l'intervention, dans cette hypothèse, du Sénat coutumier.

Une autre contrainte s'imposant aux lois du pays réside dans leurs modalités de contrôle juridictionnel : les lois du pays calédoniennes peuvent en effet être déférées au Conseil constitutionnel par le Haut Commissaire, le Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, le Président du Congrès, le Président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du Congrès⁴. Le juge constitutionnel dispose de trois mois pour se prononcer et possède, pour son contrôle des lois du pays, des pouvoirs identiques à ceux dont il dispose pour le contrôle des lois nationales⁵. Pour le Professeur Gohin, toutefois, les modalités de contrôle des lois du pays calédoniennes par le Conseil constitutionnel relèvent tout autant du contentieux constitutionnel que du contentieux administratif⁶. En effet, si la saisine du Conseil par voie d'action avant la promulgation de l'acte et les effets de la censure rapprochent le contrôle des lois du pays de celui des lois nationales, l'influence du contentieux administratif se manifeste par trois éléments : la possibilité pour le représentant de l'Etat de saisir le Conseil constitutionnel au même titre que les autorités locales⁷, le dépôt de la requête et des observations au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie⁸ et l'établissement,

¹ En ce sens, voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 47, p. 844.

² Sur la procédure d'adoption des lois du pays, voir FABERON (Jean-Yves), « La loi du pays », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, pp. 310-320.

³ Article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.*

⁴ Article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.* Avant la saisine du Conseil constitutionnel, la loi du pays doit être soumise à une nouvelle délibération (art. 103 LO) sous peine d'irrecevabilité du recours. L'irrespect de ces règles de procédure entraîne l'irrecevabilité de la saisine, comme l'indique la décision n° 2006-2 LP du 5 avril 2006 (*JORF*, 11 avril 2006, p. 5439 ; *LPA*, n° 83, 2006, p. 18, note J.-E. Schoettl).

⁵ Sur ce point, voir LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel devant la loi du pays en Nouvelle-Calédonie : commentaire de la décision du 27 janvier 2000 », *RDP*, 2000, p. 555.

⁶ GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, pp. 102-103.

⁷ Art. 104 al. 1^{er} LO.

⁸ Art. 104 al. 2 LO.

devant le Conseil d'Etat, d'une procédure de question préjudicielle visant à déterminer si un texte en forme de loi du pays entre ou non dans les matières de la loi du pays¹. Dès lors, le Conseil constitutionnel se trouve bien plus « en situation de juge de l'excès de pouvoir » qu'en situation de juge constitutionnel².

Les premières décisions intervenues en la matière ne permettent pas de trancher ce débat. Au 1^{er} octobre 2007, le Conseil constitutionnel avait été saisi de deux lois du pays calédoniennes mais n'avait véritablement eu à statuer que sur une seule d'entre elle³, la requête portant sur la seconde loi étant irrecevable⁴. Encore ce contrôle s'est-il limité à la procédure suivie pour l'adoption de la loi du pays en cause, le Conseil indiquant au terme de sa décision du 27 janvier 2000 « qu'il n'y a lieu d'examiner d'office aucune question de conformité à la Constitution ». Cette formulation singulière du « considérant-balai »⁵ pourrait soit indiquer qu'en l'espèce le contrôle de constitutionnalité ne s'impose pas, soit suggérer que pour les lois du pays, le Conseil n'a pas à opérer un tel contrôle. Les Professeurs Favoreu et Philip optent pour la première hypothèse⁶, qui laisse ouverte la voie d'un approfondissement du contrôle de constitutionnalité dans de futures décisions⁷.

Au même titre que les dispositions législatives nationales censurées, les dispositions d'une loi du pays jugées contraires à la Constitution ne peuvent être promulguées. Dans cette hypothèse, la loi organique prévoit que « le gouvernement délibérant en Conseil peut demander dans les dix jours qui suivent la publication de la décision du Conseil constitutionnel au *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie* une nouvelle délibération du Congrès sur la disposition concernée afin d'en assurer la conformité à la Constitution »⁸. La loi du pays est ensuite promulguée par le Haut-

¹ L'article 107 alinéa 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*précit.*) prévoit que lorsque la nature juridique d'une disposition d'une loi du pays fait l'objet d'une contestation sérieuse au cours d'une procédure devant le juge ordinaire, ce dernier sursoit à statuer et saisit par voie préjudicielle le Conseil d'Etat qui statue dans les trois mois. Le juge administratif comme le juge judiciaire sont concernés par cette procédure (TA Nouvelle-Calédonie, 11 mai 2006, *Jacques X et autres*, req. n° 0654).

² GOHIN (Olivier), *op. cit.*, p. 104.

³ CC, décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, *Rec.*, p. 53 ; *RDP*, 2000, p. 554, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2000, p. 252, note J.-E. Schoettl et p. 254, note O. Gohin ; *RFDA*, 2000, p. 77, note Fraisse ; *RFDC*, 2000, p. 352, note Ribes. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 47.

⁴ CC, décision n° 2006-2 LP du 5 avril 2006, *JORF*, 11 avril 2006, p. 5439 ; *LPA*, n° 83, 2006, p. 18, note J.-E. Schoettl.

⁵ La formulation traditionnelle indique « qu'il n'y a lieu d'examiner d'office aucune autre question de conformité à la Constitution ».

⁶ Les auteurs se fondent sur le fait que le Conseil constitutionnel a tenu compte, lors de son contrôle, des observations du Conseil d'Etat qui avait soulevé, dans son avis, plusieurs questions de constitutionnalité : FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *op. cit.*, p. 844.

⁷ Le Professeur Gohin émet quelques doutes quant à cet éventuel approfondissement : « dans un contentieux interinstitutionnel, il ne faut guère s'attendre à ce que la protection des libertés publiques soit au centre des préoccupations des autorités titulaires du droit de saisine » (GOHIN (Olivier), *op. cit.*, p. 106). Cela n'empêche toutefois pas que la protection des droits et libertés soit au centre des préoccupations du juge constitutionnel.

⁸ Article 105 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.*

Commissaire avec le contreseing du Président du Gouvernement, cette promulgation de la loi du pays étant une condition de son existence même ¹.

Ayant « force de loi dans le domaine défini à l'article 99 » ², les lois du pays ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation ; le juge administratif se déclare systématiquement incompétent lorsqu'il est saisi d'une loi du pays après sa promulgation ³. Cette « intouchabilité » propre aux normes législatives confirme l'autonomie politique de la Nouvelle-Calédonie : les lois du pays promulguées ne peuvent plus être contestées, à la différence des autres délibérations du Congrès qui peuvent, pour leur part, faire l'objet d'un recours après leur adoption par toute personne ayant intérêt à agir et par le représentant de l'Etat chargé de contrôler la légalité des délibérations du Congrès ⁴. Il est également à noter que les dispositions des lois du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 de la loi organique présentent un caractère réglementaire ⁵ et sont, de ce fait, justiciables du juge administratif ⁶ et soumis au respect de la légalité ⁷. Une même loi du pays peut ainsi contenir des dispositions de valeur législative contrôlables par le Conseil constitutionnel, et des dispositions de valeur réglementaire relevant de la compétence du juge administratif – au risque de difficultés contentieuses. Cet assemblage inédit ne contribue pas à clarifier le débat sur la nature juridique des lois du pays de Nouvelle-Calédonie.

B. La nature juridique discutée des lois du pays de Nouvelle-Calédonie

Dès l'adoption de l'Accord de Nouméa s'est ouvert un débat doctrinal concernant la nature des lois du pays de Nouvelle-Calédonie. La question est loin d'être anodine. Si la « loi du pays » revêt une nature réglementaire, il ne s'agit alors que d'un nouveau

¹ CE, 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie, Leb.*, p. 15 ; *AJDA*, 2005, p. 552, concl. F. Donnat.

² Article 107 alinéa 1^{er} de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

³ Ainsi, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie saisi d'une loi du pays, a indiqué dans un attendu de principe « qu'elle constitue clairement un acte législatif » et « par suite, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge pour excès de pouvoir » (TA Nouvelle-Calédonie, 2 mars 2000, *M. Bensimon*, req. n° 9900452 ; voir également TA Nouvelle-Calédonie, 13 décembre 2001, *M. Cortot et autres*, req. n° 01-0101).

⁴ PAGE (Jeanne), *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 378.

⁵ L'article 107 alinéa 2 de la loi organique précise en ce sens que « les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 ont un caractère réglementaire ».

⁶ Pour le Professeur Rousseau, le maintien du contrôle du juge administratif serait une disposition « rassurante » tendant à atténuer la portée révolutionnaire du mécanisme des lois du pays, d'inspiration fédérale (ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2006, p. 261).

⁷ Il paraît indiscutable que reste applicable à toutes les délibérations locales, hors le cas des lois du pays, la jurisprudence selon laquelle « le Congrès du territoire est tenu de respecter les principes généraux du droit qui s'imposent à toutes les autorités réglementaires, même en l'absence de dispositions législatives » (CE, 18 février 1998, *Section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins, RFDA*, 1999, p. 47, note M. Joyau).

type d'acte local pouvant éventuellement intervenir dans le domaine de la loi nationale, au même titre que certains actes des collectivités d'outre-mer. Si, en revanche, la « loi du pays » présente une nature législative, son introduction dans le système juridique français conduit à un partage du monopole législatif et, par suite, de la souveraineté de l'Etat. A l'évidence, le positionnement des auteurs dans ce débat dépend essentiellement de la conception de l'Etat qu'ils défendent.

Contrairement à ce que l'on aurait pu attendre d'une doctrine attachée aux valeurs de la République unitaire, les juristes français dans leur grande majorité se sont pour les uns résignés¹, pour les autres réjouis² de voir dans les lois du pays néo-calédoniennes de véritables actes législatifs. Il est vrai que de nombreux indices poussent à conclure en ce sens. Dans sa décision du 15 mars 1999 relative à la loi organique portant statut de la Nouvelle-Calédonie³, le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé que l'article 107 alinéa 1^{er} de la loi organique, qui dispose que « les lois du pays ont force de loi », « définit la nature juridique des lois du pays »⁴. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une loi du pays, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a indiqué dans le même sens que « la délibération susvisée [...] constitue clairement un acte législatif »⁵. Plus encore, saisie d'une requête dénonçant la violation par la France du droit à des élections libres lors de l'élection des membres du Congrès de la Nouvelle-Calédonie en 1999, la Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé qu'« en raison des compétences attribuées au Congrès par la loi de 1999, celui-ci se trouve suffisamment associé au processus législatif pour être considéré comme une partie du “corps législatif” de la Nouvelle-Calédonie au sens de l'article 3 du Protocole n° 1 »⁶.

¹ Voir LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, pp. 1005-1035.

² Voir FABERON (Jean-Yves), « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, pp. 345-370 ; BRARD (Yves), « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les “lois du pays” (De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif) », *Les Petites Affiches*, n° 112, 6 juin 2001, pp. 4-16 ; FRAISSE (Régis), « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle Calédonie », *RFDA*, 2000, pp. 77-91.

³ CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 ; *JCP*, 2000, I, p.201, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC*, 1999, p. 334, note J.-C. Car ; *AJDA*, 1999, p. 324, note J.-E. Schoettl.

⁴ Le Conseil constitutionnel a donc donné son aval à une disposition de la loi organique pourtant « si contraire aux fondements du droit public français ». Pour le Professeur Gohin, « C'est assez dire les limites rapidement atteintes de l'exercice de contrôle de la constitutionnalité quand toute invalidation substantielle des textes consécutifs à l'Accord de Nouméa revenait à remettre en cause l'Accord de Nouméa lui-même, résultat d'un compromis politique difficile à obtenir et fragile à maintenir, et donc à prendre le risque, voire la responsabilité, du retour à l'affrontement de deux communautés apparemment réconciliées en Nouvelle-Calédonie » (GOHIN (Olivier), « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, p. 512).

⁵ TA Nouvelle-Calédonie, 2 mars 2000, *M. Bensimon*, req. 9900452. Saisie en appel, la Cour administrative d'appel de Paris a toutefois été moins affirmative : « en l'absence de toute contestation sérieuse de sa nature législative, il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la légalité des dispositions d'une loi du pays » (CAA Paris, 20 décembre 2002, *M. Cortot*, req. 02PA00451).

⁶ CEDH, 11 janvier 2005, *M. Py c. France*, *AJDA*, 2005, p. 551, note J.-F. Flauss.

Forte de cette concordance jurisprudentielle, la doctrine a pu alors affirmer sans ambages la nature législative des lois du pays néo-calédoniennes. Ainsi, pour le Professeur Faberon, « la loi du pays est bien un acte législatif, expression d'un pouvoir de nature législative. Ce qui la distingue de la loi – entendons la loi de l'Etat – est essentiellement que la loi du pays [...] ne s'applique que dans le pays. Par la création de la loi du pays, l'Etat partage sa mission souveraine de légiférer avec une collectivité en son sein »¹. Dans le même sens, le Professeur Brard indique que « le statut d'acte législatif n'est plus le monopole des lois de la République. Il existe aujourd'hui en France deux législateurs, le Parlement national et le Congrès de la Nouvelle-Calédonie »². Pour le Professeur Roux, le caractère législatif des lois du pays résulte de leur soumission au contrôle du Conseil constitutionnel³. Ce dernier point de vue semble d'ailleurs être confirmé par la jurisprudence récente : reconnaissant la compétence exclusive du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des lois du pays, le juge administratif affirme qu'il ne lui appartient pas « d'apprécier la conformité d'une loi du pays calédonienne à la Constitution de 1958 »⁴, tout comme il affirme dans une jurisprudence constante qu'il ne lui appartient pas de contrôler la constitutionnalité des lois nationales⁵. Lois nationales et lois du pays calédoniennes sont ainsi, du point de vue de leur contrôle, soumises au même régime. L'argument est repris par le Professeur Luchaire, qui insiste toutefois pour sa part sur l'impossibilité pour le particulier de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi du pays⁶. Au regard de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, « cette impossibilité ne peut être admise que si la loi du pays est en effet totalement assimilée à la loi de l'Etat. Dans le cas contraire, on devrait en effet considérer qu'elle porte atteinte au droit au recours consacré par la convention européenne. Seule la reconnaissance au profit de la Nouvelle-Calédonie d'un véritable pouvoir législatif peut éviter l'application de cet article 6 »⁷.

¹ FABERON (Jean-Yves), « La loi du pays », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 311.

² BRARD (Yves), « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les lois du pays, de la spécialité législative au partage du pouvoir », *Revue juridique polynésienne*, 2001, p. 70.

³ « La nature législative des lois du pays découle directement de l'existence de ce contrôle de constitutionnalité. En effet, le caractère législatif des délibérations du Congrès ne résulte ni d'une définition matérielle [...], ni d'une définition organique [...], mais d'une simple définition formelle, à savoir la procédure spécifique d'adoption et de contrôle » (ROUX (André), « Le contrôle du Conseil constitutionnel », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *op. cit.*, p. 340).

⁴ TA Nouvelle-Calédonie, 11 mai 2006, *Jacques X et autres*, req. n° 0654. Cette affirmation est lourde de conséquences, en ce qu'elle pourrait conduire le juge administratif à appliquer la théorie de la loi-écran au contentieux de la légalité en Nouvelle-Calédonie, limitant ainsi d'autant les possibilités de contrôle des actes administratifs pris sur le fondement des lois du pays.

⁵ CE Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Leb.*, p. 966 ; *Dalloz*, 1938, III, p. 1, concl. R. Latournerie, note Ch. Eisenmann ; *RDJ*, 1936, p. 671, concl. R. Latournerie ; *Sirey*, 1937, III, p. 33, note Mestre.

⁶ LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel devant la loi du pays en Nouvelle-Calédonie : commentaire de la décision du 27 janvier 2000 », *RDJ*, 2000, p. 556.

⁷ LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel devant la loi du pays en Nouvelle-Calédonie : commentaire de la décision du 27 janvier 2000 », *RDJ*, 2000, p. 556.

Pour autant, ces différents affirmations n'emportent pas pleinement la conviction. Trois séries d'arguments peuvent être invoqués pour mettre à mal le caractère prétendument législatif des lois du pays de Nouvelle-Calédonie. En premier lieu, la lettre de la Constitution fait référence en son article 77 à « certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante » mais ne qualifie pas ces actes de « lois ». C'est la loi organique du 19 mars 1999, en application de l'Accord de Nouméa, qui consacre expressément ce terme. Cette situation conduit le Professeur Gohin à affirmer que les lois du pays ne sont pas des actes législatifs, dans la mesure où « il ne saurait appartenir au législateur, même organique, de dire qu'un texte est une loi ou encore qu'il a force de loi sans subvertir la hiérarchie des normes juridiques et venir confondre le pouvoir législatif qui est un pouvoir constitué avec le pouvoir constituant. C'est la Constitution, et elle seule, qui est en mesure de dire ce qu'est une loi »¹.

En second lieu, contrairement à l'interprétation qu'en fait le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 mars 1999², l'article 107 alinéa 1^{er} de la loi organique portant statut de la Nouvelle-Calédonie ne définit pas la nature juridique des lois du pays. Il spécifie quelle est leur *force* juridique mais n'indique rien quant à leur *nature* – sauf à confondre ces deux termes. Dès lors, si la loi du pays calédonienne ne peut pas être un acte réglementaire dans la mesure où elle a force de loi, elle n'a pas pour autant un caractère législatif. Aux termes de l'article 34 alinéa 1^{er} de la Constitution, la loi revêt en effet une définition formelle : elle est l'acte « voté par le Parlement ». De ce fait, l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale ne peut pas être une assemblée parlementaire, quand bien même elle serait dotée d'une autonomie politique³.

Enfin, en troisième lieu, on ne peut déduire de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel la nature législative des lois du pays de Nouvelle-Calédonie. Le juge constitutionnel est en effet amené, aux termes de la Constitution, à contrôler la constitutionnalité d'actes non législatifs, tels que les traités internationaux⁴ ou les règlements des assemblées parlementaires⁵. Dès lors, faire découler le caractère législatif des délibérations du Congrès de l'attribution de compétence au Conseil constitutionnel pour connaître des recours dirigés contre elles serait abusif⁶. Comme l'indique le Professeur Gohin, « retenir la compétence du Conseil constitutionnel » pour connaître des lois du pays calédoniennes est en fait « la conséquence, et non la

¹ GOHIN (Olivier), « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, p. 510.

² CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 (*précit.*).

³ En ce sens, voir GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, p. 100.

⁴ Article 54 de la Constitution.

⁵ Article 61 alinéa 1^{er} de la Constitution.

⁶ Les termes mêmes de la Constitution paraissent limiter une telle interprétation. Si l'article 77 met bien en place un contrôle de constitutionnalité, il indique seulement que « certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ».

cause du refus implicite de leur qualification d'actes administratifs. *A contrario*, cela signifie que la compétence du juge administratif a été écartée [...] pour affirmer que l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie n'est plus une autonomie encore administrative, mais déjà politique »¹. Ainsi, le contrôle du Conseil constitutionnel n'est pas le critère de la nature législative d'une norme, mais « par ricochet, [il] devient un marqueur inattendu du caractère politique ou non d'une collectivité et d'un acte »².

Dès lors, le Professeur Gohin définit la loi du pays de Nouvelle-Calédonie comme « un règlement autonome, ni administratif ni législatif, qui constitue, en matière législative, un acte spécifique, doté de la force de la loi et relevant du contentieux constitutionnel, sans avoir pourtant une nature législative ni être *a fortiori* un acte formellement législatif »³. Si l'on adopte cette définition, le pluralisme juridique qui s'affirme désormais en Nouvelle-Calédonie fait coexister des actes de valeur équivalente mais de nature différente, les uns relevant de l'ordre juridique étatique, les autres de l'ordre juridique local reconnu par l'Accord de Nouméa, et consacré par la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998. La singularité du statut de la Nouvelle-Calédonie se trouve ainsi pleinement confortée, comme l'a du reste rappelé le Conseil d'Etat en indiquant, dans un arrêt du 13 décembre 2006, que la Nouvelle-Calédonie ne relevait pas de la catégorie des collectivités territoriales de la République régies par le titre XII de la Constitution⁴.

Conclusion du chapitre 2

Les révisions constitutionnelles du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie⁵ et du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République⁶ ont profondément marqué ce qu'il est désormais convenu d'appeler le « droit constitutionnel local »⁷. En effet, ces deux réformes ne se sont pas contentées de renforcer des mécanismes décentralisateurs déjà usités ; elles ont véritablement renouvelé les outils mis à la disposition des collectivités territoriales, permettant à ces dernières de produire un « droit local » toujours subordonné au droit étatique mais

¹ GOHIN (Olivier), *op. cit.*, p. 101.

² ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2006, p. 261.

³ GOHIN (Olivier), *op. cit.*, p. 101.

⁴ CE Sect., 13 décembre 2006, *M. Genelle, Leb.*, p. 561 ; *JCP-ACT*, n° 1-2, 8 janvier 2007, p. 36, concl. S. Verclytte, note O. Gohin.

⁵ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143. Voir FABERON (Jean-Yves), « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *RDP*, 1999, pp. 113-130 ; PACTET (Pierre), « La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 sur la Nouvelle-Calédonie », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 199-204.

⁶ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568. Voir GROHENS (Jean-Claude), « A propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 375-429.

⁷ ROUX (André), *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, 112 p. ; LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, 426 p.

reflétant de plus en plus leurs spécificités¹. Sur ce point, l'outre-mer est un exemple particulièrement parlant, dans la mesure où les nouveaux articles 73, 74 et 77 de la Constitution ouvrent la voie à « un camaïeu de statuts » qui va « de l'assimilation adaptée, éventuellement débordée par un droit d'Etat limitativement dérogatoire en quelques matières hors souveraineté, à l'autonomie renforcée, incluant un droit d'Etat réduit aux seules matières de souveraineté »². De ce point de vue, l'éventualité d'une « recentralisation par la norme »³ paraît plus qu'improbable.

Il est vrai, pour autant, que la pratique tend à relativiser la portée de ces avancées différentialistes. Jusqu'à présent, les collectivités locales n'ont pas pleinement tiré profit des possibilités qui leur sont désormais offertes en matière d'aménagement ou d'adaptation de leur droit. Comment doit-on interpréter ces hésitations ? Est-ce à dire que les revendications en faveur d'une plus grande autonomie locale relevaient de la seule sémantique politique ? Ou que les réformes engagées par le constituant ne répondent pas aux attentes des collectivités⁴ ? La révision constitutionnelle de 2003 est encore trop récente pour pouvoir répondre à ces questions en pleine connaissance de cause, d'autant que les lois organiques nécessaires à sa mise en œuvre n'ont été adoptées que très récemment. Il serait donc bien hâtif d'en conclure, comme certains, que les nouveaux mécanismes différentialistes constituent de simples « gadgets constitutionnels »⁵.

Pour l'heure, la notion qui sort victorieuse de ces évolutions constitutionnelles récentes est bien celle d'autonomie. A première vue, cette notion n'est pas contradictoire avec les principes constitutionnels : en témoignent les statuts successifs de la Polynésie française qui confèrent à la collectivité un régime d'autonomie variable depuis 1984⁶. Pour autant, la doctrine reste réticente à son encontre, en raison sans doute de la difficulté d'en définir les éléments constitutifs⁷. Certains auteurs font reposer la notion d'autonomie sur l'étendue du transfert de

¹ On retrouve ici l'idée de « droit local » au sens où l'entendent les Professeurs Le Roy et Wane (LE ROY (Etienne), WANE (Mamadou), « La formation des droits non étatiques », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 1, Abidjan, Nouvelles Editions africaines, 1982, pp. 353-372). Voir *supra*, pp. 92-93.

² GOHIN (Olivier), « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003, p. 683.

³ BRISSON (Jean-François), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 534.

⁴ S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, le Professeur Le Pourhiet affirme que les réformes institutionnelles entreprises sont impuissantes « à remédier à des problèmes d'un autre ordre », qui proviennent essentiellement « d'une situation économique et sociale préoccupante et d'un climat psychologique et politique tendu » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1009).

⁵ L'expression est empruntée à BLERIOT (Laurent), « Les départements et régions d'outre-mer : un statut à la carte », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 69.

⁶ La seule occurrence de la notion d'autonomie dans la Constitution fait d'ailleurs indirectement référence à la Polynésie, seule collectivité d'outre-mer dotée de l'autonomie aux termes de l'article 74 de la Constitution.

⁷ En ce sens, voir HEINTZE (Hans-Joachim), « On the Legal Understanding of Autonomy », in SUSKI (Markku) ed., *Autonomy: Applications and Implications*, Cambridge, Kluwer Law International, 1998, pp. 7-32.

compétences¹. Toutefois, ni la nature des compétences transférées ni leur nombre – pas plus que le fonctionnement institutionnel ou le pouvoir d’auto-organisation – ne permettent de fixer le seuil de l’autonomie politique². De fait, si l’on en revient au sens étymologique du terme, l’autonomie se mesure à l’absence de conditionnement de la production normative locale ; elle relève moins des compétences exercées – qui peuvent ou non intervenir dans le domaine régalién – que de leur mode d’exercice. Plus les actes locaux acquièrent une valeur juridique élevée, moins il y a de normes étatiques susceptibles de les conditionner.

Dès lors, l’autonomie est bien susceptible d’une approche graduelle dont l’échelle est déterminée par la Constitution elle-même. Les collectivités territoriales de droit commun, régies par l’article 72 de la Constitution, disposent d’un degré d’autonomie faible, déterminé par le principe de la libre administration. Se succèdent ensuite, par ordre croissant d’autonomie normative, les collectivités à statut particulier, les départements d’outre-mer, les collectivités d’outre-mer et les collectivités d’outre-mer « dotées de l’autonomie ». Pour ces différentes collectivités, l’autonomie se présente comme une version de plus en plus accentuée de la décentralisation, leur permettant d’affirmer leurs particularismes locaux et d’y adapter leurs règles de droit et leurs institutions, autant que la Constitution l’autorise. S’agissant plus particulièrement de la Polynésie française, l’autonomie dont elle dispose se présente comme la version la plus poussée de la décentralisation : en raison de la spécialité législative, de la compétence de principe de son assemblée délibérante et de ses possibilités accrues d’intervention dans le domaine législatif, le droit applicable en Polynésie s’avère très éloigné de celui de la métropole. Pour autant, elle ne dispose pas d’une autonomie politique³, qui impliquerait que le principe de libre gouvernement se substitue au principe de libre administration⁴. Pour l’heure, seule la Nouvelle-Calédonie se trouve dans ce cas, au regard de l’Accord de Nouméa constitutionnalisé qui lui accorde une

¹ En ce sens, voir PONTIER (Jean-Marie), « Les avancées toujours renouvelées de l’autonomie : le cas des TOM », *RA*, n° 313, 2000, p. 66.

² MOYRAND (Alain), « De l’autonomie administrative à l’autonomie politique », in FABERON (Jean-Yves) dir., *Le statut du territoire de Polynésie française*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1996, p. 143.

³ Certains auteurs affirment néanmoins que le nouveau statut de la Polynésie consacre son « engagement sur la voie de la logique fédérale », ce qui suppose alors une véritable autonomie politique (CLINCHAMPS (Nicolas), « Les collectivités d’outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 80).

⁴ Comme l’indique le Tribunal constitutionnel espagnol dans un arrêt du 2 février 1981, les communautés autonomes « jouissent d’une autonomie qualitativement supérieure à l’autonomie administrative dont bénéficient les collectivités locales [...] parce qu’elles disposent en plus, de pouvoirs législatifs et de gouvernement qui font d’elles des entités dotées d’une autonomie politique ». A cet égard, voir COMAS (José-Maria), « La dimension constitutionnelle des identités périphériques en Espagne », in ROUSSILLON (Henry) dir., *Les rapports centre-périphérie dans les démocraties modernes*, Toulouse, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p.40.

autonomie législative comparable à celle octroyée aux régions autonomes d'Espagne ou d'Italie¹.

Ces évolutions différenciées consacrent l'émergence de rapports asymétriques entre l'Etat et les collectivités territoriales : comme on a pu parler de fédéralisme asymétrique au Canada ou en Belgique², on peut désormais parler de décentralisation asymétrique en France. De fait, les collectivités territoriales – ou tout au moins les plus périphériques d'entre elles – ne sont plus soumises à un régime juridique identique mais entretiennent avec l'Etat des rapports variables, singularisés, déterminant leur degré d'autonomie en fonction des particularismes locaux³. C'est précisément cette évolution qui révèle une prise en compte croissante des spécificités minoritaires par l'Etat : bien que le lien entre collectivité territoriale et collectivité minoritaire soit loin d'être systématique, il est révélateur de constater que les collectivités territoriales jouissant aujourd'hui d'un degré d'autonomie normative élevé dans le cadre de la République française sont également celles abritant des minorités nationales notoires. La concordance est trop évidente pour constituer une simple coïncidence.

CONCLUSION DU TITRE 2

Le renforcement asymétrique de la décentralisation en France contribue donc à l'affirmation d'ordres juridiques minoritaires infra-étatiques. Les possibilités ouvertes

¹ L'autonomisation politique de la Nouvelle-Calédonie pourrait également être mise en parallèle avec les évolutions qui ont conduit certains Etats à reconnaître une autonomie gouvernementale à leurs populations autochtones, Lapons dans les pays scandinaves, Esquimaux au Danemark, Aborigènes en Australie, Maoris en Nouvelle-Zélande, Indiens et Inuits au Canada, etc. A cet égard, voir HORN (Franck), « Minorités et organisation institutionnelle dans les pays nordiques », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 333-358 ; NEDELJKOVIC (Maryvonne), « La reconnaissance des peuples premiers en Australie et en Nouvelle-Zélande : une redéfinition différenciée de l'unité nationale », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 347-378 ; TREMBLAY (Jean-François), « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », *Politique et Sociétés*, Vol. 19, n° 2-3, 2000, pp. 133-151.

² On parle de fédéralisme asymétrique lorsque les Etats fédérés jouissent de statuts différents et de niveaux d'autonomie variables au sein de l'ensemble fédéral. Cette organisation soulève à l'évidence la question de l'égalité entre les différentes entités fédérées. Voir CROISAT (Maurice), « Le fédéralisme asymétrique : l'expérience canadienne », *RFDC*, n° 37, 1999, pp. 29-47 ; LAJOIE (Andrée), « Egalité et asymétrie dans le fédéralisme canadien », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 325-340 ; DELGRANGE (Xavier), « Le fédéralisme belge : la protection des minorités linguistiques et idéologiques », *RDP*, 1995, pp. 1157-1202 ; MALINVERNI (Giorgio), « Le fédéralisme asymétrique », *Revue de droit suisse*, 2005, pp. 97-114 ; KEATING (Michael), « Principes et problèmes du gouvernement asymétrique », *Politique et Sociétés*, Vol. 17, n° 3, 1998, pp. 93-111 ; DELPEREE (Francis), « Le fédéralisme asymétrique », *Civitas Europa*, septembre 1999, pp. 135-150.

³ Cette évolution n'est pas sans rappeler celle des collectivités autonomes espagnoles, dont le degré d'autonomie est lié à leurs singularités constitutionnellement reconnues, appelées « faits différentiels » (« *hecho diferencial* »). A cet égard, voir PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « L'Etat autonome espagnol et la question des "faits différentiels" », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 109-126.

aux collectivités territoriales par le constituant en 1998 et en 2003 permettent en effet à certaines collectivités minoritaires de disposer désormais d'institutions spécifiques et d'un droit adapté, contribuant ainsi au renforcement du pluralisme juridique infra-étatique en France. Le renforcement du processus de décentralisation permettrait ainsi une reconnaissance institutionnelle de la diversité et de la différence : en ce sens, la décentralisation territoriale serait le vecteur d'une « décentralisation culturelle »¹.

Ces évolutions conduisent naturellement à s'interroger sur la place de ce droit infra-étatique dans l'ordre juridique national. S'intéressant au début des années 1990 à la véritable nature juridique du statut de la Polynésie française, le Professeur Brard le présentait déjà comme une « Constitution territoriale » de rang législatif². Cette hypothèse pourrait bien être généralisée : au terme de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, chaque collectivité d'outre-mer est susceptible de bénéficier d'un statut sur mesure « défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante », qui fixe les conditions dans lesquelles les lois et règlements nationaux y seront applicables, les compétences de la collectivité, les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions et le régime électoral de son assemblée délibérante. Si ces statuts sont donc de nature organique, leur objet à l'échelle locale est d'essence constitutionnelle³.

Cette dimension est encore plus marquée en Nouvelle-Calédonie, où la loi organique du 19 mars 1999 organise non seulement l'ensemble des règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir politique dans l'archipel mais s'attache également à définir les droits fondamentaux des citoyens de Nouvelle-Calédonie. Se trouvent ainsi réunies toutes les caractéristiques matérielles d'un texte constitutionnel⁴. C'est en ce sens que le Professeur Rousseau a pu affirmer que « la question d'une Constitution particulière à la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire différente de celle applicable aux autres parties du territoire de la République, peut légitimement être posée »⁵. Il est vrai que ces statuts servent de référence au Conseil constitutionnel pour juger de la constitutionnalité des lois, en particulier des lois

¹ Cette expression est inspirée du « fédéralisme culturel » mis en exergue par le Professeur Chérot : CHEROT (Jean-Yves), « L'Etat pluriculturel : approche introductive de droit constitutionnel », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 36.

² BRARD (Yves), « Rapport introductif », in *Recueil des travaux de la première table ronde sur le droit territorial*, Tahiti, Université Française du Pacifique, 1991, p. 3.

³, force est toutefois de reconnaître que les « statuts » polynésien et néo-calédonien sont lacunaires en matière de libertés et droits fondamentaux.

⁴ Si l'on s'en tient à la définition communément admise d'une Constitution, à savoir « l'ensemble des règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir politique, aux libertés et droits fondamentaux des citoyens » (CHAGNOLLAUD (Dominique), *Droit constitutionnel contemporain*, tome 1, Paris, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2005, p. 26).

⁵ ROUSSEAU (Dominique), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1998-1999 », *RDP*, 2000, p. 23. Dans le même sens, voir CARCASSONNE (Guy), *La Constitution commentée*, Paris, Ed. du Seuil, 6^{ème} éd., 2004, p. 357.

répartissant les compétences entre l'Etat et les collectivités à statut dérogatoire¹. Chaque statut fait ainsi partie, pour la collectivité territoriale concernée, du bloc de constitutionnalité. Ce n'est donc pas seulement le droit réglementaire ou législatif qui est soumis à une situation de pluralisme juridique, mais bien également le droit constitutionnel.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Sous couvert d'un discours unitariste inchangé, les autorités françaises ont donc entrepris de reconnaître progressivement l'existence de sources de droit non étatiques qui se combinent désormais avec les sources de droit étatiques pour donner forme au droit positif en vigueur sur le territoire national. Cette évolution ne s'est pas réalisée sans hésitations ni résistances, dans la mesure où elle supposait que l'Etat accepte l'existence de collectivités plus ou moins autonomes capables de produire leurs propres règles de droit. Or, c'est « une chose pour un citoyen d'exercer les libertés garanties par l'Etat en acceptant de faire allégeance à des institutions non étatiques [mais] autre chose pour l'Etat d'ouvrir à celles-ci son propre ordre normatif »². C'est pourtant ce que la France a été amenée à faire depuis quelques décennies.

La consécration par l'Etat de collectivités juridiques non étatiques emprunte deux voies. La première consiste à intégrer dans l'ordre juridique étatique des normes traditionnelles produites par des collectivités minoritaires en affirmant l'applicabilité, dans le cadre de l'Etat, de ce droit extra-étatique. La constitutionnalisation de statuts personnels coutumiers applicables aux Mahorais, Wallisiens, Futuniens ou Kanaks en est un exemple topique. Apparaît par ce biais un pluralisme juridique intra-étatique qui laisse toutefois subsister un pluralisme extra-étatique du fait de la survivance de règles de droit traditionnel non intégrées au droit de l'Etat. La seconde méthode repose sur l'institutionnalisation et l'autonomisation normative de collectivités minoritaires dans le cadre de la décentralisation, voire de la régionalisation de l'Etat. Ce second processus ne consiste pas, pour l'Etat, à officialiser l'existence de minorités nationales mais à permettre à certaines de ces minorités établies comme collectivités territoriales, à l'exemple de la Nouvelle-Calédonie ou de la Polynésie française, de disposer d'une certaine autonomie dans le cadre de la République. S'affirme ainsi un pluralisme juridique infra-étatique dont la formation est pour le moins paradoxale puisqu'elle résulte d'un choix délibéré de l'Etat qui accepte, de ce fait, de restreindre ses compétences normatives.

¹ A cet égard, voir notamment les visas des décisions n° 96-374 DC du 9 avril 1996 (*Rec.*, p. 58), n° 99-409 DC du 15 mars 1999 (*Rec.*, p. 63) et n° 2004-491 DC du 12 février 2004 (*Rec.*, p. 60) relatives aux lois ordinaires complétant les statuts de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie.

² RIGAUX (François), « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, n° 30, 1997, p. 167.

On se trouve dès lors devant de multiples sources de normativité, étatiques ou non, qui forment un pluralisme juridique complexe et évolutif. Complexe car il se décline sous plusieurs formes extra-, intra- et infra-étatiques. Evolutif car la part respective des différentes sources du droit positif n'est jamais définitivement établie et se modifie en fonction des rapports politiques entre l'Etat et les collectivités minoritaires. Si l'on observe actuellement une diminution sensible de l'autorité des sources traditionnelles, le droit coutumier faisant progressivement place au droit local, il n'est pas certain que cette situation soit définitive. Elle peut fort bien ne représenter que l'un des équilibres du rapport de forces constant entre les institutions officielles et les autorités officieuses ¹.

Quel que soit le point où s'établisse cet équilibre, le seul fait pour l'Etat de s'ouvrir au pluralisme juridique remet en cause son monopole de création du droit. La reconnaissance de collectivités minoritaires en tant qu'« espaces normatifs » ² éprouve en effet la souveraineté juridique de l'Etat : accepter la multiplication des lieux de production du droit contribue à « réduire la logique intrinsèque de la souveraineté étatique » ³. La doctrine a tenté de conceptualiser cette fragmentation du pouvoir de décision en développant la notion de « souveraineté partagée » ⁴, reprise dans le préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 ⁵. La conception exclusive de la souveraineté serait en effet anachronique ⁶ : désormais, la souveraineté présenterait un « caractère relatif » ⁷ et, de ce fait, pourrait se partager entre l'Etat et des entités infra-

¹ Si un retour en force du droit traditionnel paraît aujourd'hui improbable en France, il a pu être observé dans d'autres Etats. Des études sur certaines communautés autochtones du Canada ont ainsi montré que les institutions traditionnelles officieuses avaient pu se réapproprier le champ normatif qui avait été précédemment monopolisé par des instances locales officielles, du fait notamment de la perte de légitimité et de représentativité de ces dernières. A cet égard, voir LAJOIE (Andrée) et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 39, n° 4, décembre 1998, pp. 705-707.

² Le concept d'« espace normatif » est développé par le Professeur Timsit, qui le définit comme un « système d'appartenance ou d'inclusion des normes dans un ensemble non hiérarchisé » (TIMSIT (Gérard), *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986, p. 24).

³ BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 374.

⁴ MOYRAND (Alain), « Théorie de la souveraineté partagée », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 1995, pp. 29-38 ; FABERON (Jean-Yves), « La Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée », *RDP*, 1998, pp. 645-648.

⁵ « Il convient d'ouvrir une nouvelle étape, marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak, préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie, et par un partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté » (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039).

⁶ Voir BADIE (Bertrand), *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999, 306 p. ; MENDRAS (Henri), « Le mal de Bodin. A la recherche d'une souveraineté perdue », *Le Débat*, n° 105, 1999, pp. 71-89.

⁷ FABERON (Jean-Yves), « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *RDP*, 1998, p. 129. L'idée de souveraineté relative a été essentiellement développée dans le cadre des relations juridiques entre la France et l'Union européenne. A cet égard, voir CHALTIEL (Florence), *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français*, Paris, LGDJ, 2000, 606 p.

étatiques dotées de compétences matérielles et normatives propres¹. Cette notion est toutefois loin de recueillir l'unanimité ; elle se voit particulièrement critiquée par ceux qui prônent l'unicité et l'indivisibilité de la souveraineté et, de ce fait, considèrent l'État comme la seule entité souveraine². Au mieux, la souveraineté partagée serait une « fiction nécessaire »³ illustrant en réalité un partage de la compétence législative⁴.

Une autre solution consiste alors à faire valoir que l'Etat français est bien « plurilégislatif » mais demeure « uninormatif »⁵. Cette distinction s'avère toutefois tout aussi fictive que la précédente, dans la mesure où elle conduit à tenir un raisonnement pour le moins discutable. En effet, au terme de cette théorie, l'unité de l'ordre juridique dans l'Etat serait compatible avec la diversité des règles applicables sur l'ensemble du territoire mais exigerait néanmoins l'unité de source normative. Il n'existerait donc qu'un pouvoir normatif primaire, exercé par l'Etat. Cette construction théorique ne rend donc pas compte du fait que les collectivités minoritaires peuvent *de facto* produire et appliquer du droit sans l'intervention de l'Etat.

Ces tâtonnements sont révélateurs de la difficulté pour le juge ou la doctrine de conceptualiser les évolutions qui se font jour en France depuis quelques décennies. Parmi ces évolutions, ce n'est pas tant le pluralisme des sources de droit qui pose

¹ Pour le Professeur Marcou, « le transfert du pouvoir de faire des lois, ou ce qui revient en fait au même, d'écarter certaines dispositions législatives au profit de dispositions d'application locale ne peut s'analyser autrement que comme une concession de souveraineté, la souveraineté nationale cessant de s'exercer dans la mesure de cette concession » (MARCOU (Gérard), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, p. 53).

² Ainsi, pour le Professeur Gohin, la souveraineté partagée serait une « formule politique creuse », un « non-sens » (GOHIN (Olivier), « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, p. 505). Pour le Professeur Beaud, ce serait une « absurdité juridique » (BEAUD (Olivier), « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, p. 87) et pour le Professeur Le Pourhiet, un concept « totalement dépourvu de sens » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1022). On retrouve ainsi chez ces auteurs les positions de Carré de Malberg ou de Jellinek, pour qui « L'idée même de puissance la plus haute exclut toute possibilité de partage. La souveraineté est entière ou elle cesse de ses concevoir » (CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, p. 139) ; par voie de conséquence, il « n'existe pas de souveraineté partagée, fragmentée, diminuée, limitée, relative » (JELLINEK (Georg), *L'Etat moderne et son droit*, tome 2, Paris, Giard et Brière, 1911/1913, p. 157).

³ ZOLLER (Elisabeth), « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, Vol. 294, 2002, p. 113.

⁴ Or, les juridictions constitutionnelles des États régionaux et autonomiques européens (Italie, Espagne, Portugal) ont indiqué que l'exercice du pouvoir législatif à l'échelon régional ne conférerait pas un pouvoir souverain à ces collectivités. A cet égard, voir BACCOYANNIS (Constantinos), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica, 1993, p. 148 ; MODERNE (Franck), « Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal », in BON (Pierre) et al., *La justice constitutionnelle du Portugal*, Paris, Economica, 1989, p. 351.

⁵ En ce sens, voir FAVOREU (Louis), « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in MODERNE (Franck) dir., *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 22 ; MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997, p. 907. La notion d'Etat plurilégislatif n'est pas récente ; elle avait été utilisée par les juristes pour qualifier le système normatif colonial : LAMPUÉ (Pierre), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, p. 4.

problème, que la concurrence croissante entre ces sources. En effet, peu importe qu'un ordre juridique connaisse plusieurs sources, dès lors que celles-ci sont clairement hiérarchisées¹. Tel n'est pas toujours le cas en France, comme le remarquent certains auteurs qui tendent progressivement à substituer au modèle juridique pyramidal, un modèle plus réticulaire faisant intervenir la notion de réseau². A la lumière de ces travaux, il semble que les minorités nationales « ont su subvertir les Etats libéraux en les amenant à modifier leurs propres paradigmes, les faisant évoluer de l'assimilation à des politiques communautaires et de pluralisme »³ et générant ainsi le « désordre juridique français »⁴ si décrié par la doctrine.

La reconnaissance des groupes minoritaires comme collectivités juridiques coutumières ou décentralisées n'a toutefois pas pour seul effet de pluraliser les sources du droit. Elle génère une diversification des influences et des valeurs qui forment le droit étatique, dont le contenu matériel évolue en conséquence. La fin de l'unité du droit étatique entraîne ainsi, de manière presque mécanique, la fin de son uniformité. Ce ne sont donc pas uniquement les sources du droit positif qui se trouvent pluralisées mais bien également le contenu de ce droit.

¹ Telle est, du moins l'opinion communément défendue par la doctrine. En ce sens voir DEUMIER (Pascale), REVET (Thierry), « Sources du droit (Problématique générale) », in ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane) dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1433.

² Voir notamment OST (François), KERCHOVE (Michel van de), « De la pyramide au réseau : vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ*, n° 44, 2000, pp. 1-82 ; *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p. ; VANDERLINDEN (Jacques), « Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ*, n° 49, 2002, pp. 11-36.

³ ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTDC*, n° 2, avril-juin 1994, p. 302.

⁴ DECOCQ (André), « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, pp. 147-161.

DEUXIÈME PARTIE

**LE PLURALISME
DU CONTENU DU DROIT**

Les incidences juridiques de l'existence de collectivités minoritaires en France ne se limitent pas à la pluralisation des sources de droit. Elles s'étendent au contenu matériel du droit, à la substance même des règles juridiques applicables sur le territoire national. De fait, en dépit du discours officiel, le droit français perd progressivement son uniformité et son universalité¹. De manière discrète mais sensible, les règles de droit se diversifient pour s'adapter à l'hétérogénéité culturelle de la population nationale. Cette évolution semble s'intensifier depuis quelques années à la faveur de politiques différentialistes ou de mesures de discrimination positive². Si un tel changement ne se fait pas sans oppositions ni résistances³, il marque pour le moins une progression de la diversité du droit en France, du fait de la multiplication des régimes juridiques spécifiques au bénéfice d'individus ou de groupes minoritaires.

Encore faut-il déterminer si cette diversité juridique croissante relève véritablement du pluralisme juridique. La réponse à cette question nécessite de revenir sur une distinction théorique essentielle, celle entre droit étatique et droit officiel⁴. Le premier désigne l'ensemble des règles juridiques produites par l'Etat, tandis que le second regroupe l'ensemble des règles juridiques reconnues par l'Etat. Le droit officiel rassemble donc les règles de droit étatiques et les règles de droit non étatiques bénéficiant d'une reconnaissance législative ou jurisprudentielle. L'intérêt d'une telle distinction peut paraître faible au regard des effets partagés par ces deux types de règles, et notamment de leur validité commune (intrinsèque pour les premières, acquise pour les secondes) au sein de l'ordre juridique étatique. Il apparaît pourtant pleinement à la lumière du constat suivant : l'existence de collectivités juridiques minoritaires entraîne des modifications manifestes dans le contenu du droit applicable sur le territoire national mais l'origine, la nature et la portée de ces modifications diffèrent selon le droit (étatique ou officiel) considéré.

¹ C'est ce que tendent à montrer les thèses de GUIGNARD (Didier), *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2004, 727 p. et BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, 533 p.

² Sur ce point, voir BUI-XUAN (Olivia), *op. cit.*, pp. 19-25.

³ Pour exemples, voir LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, pp. 1005-1035 ; GOHIN (Olivier), « La Nouvelle-Calédonie à l'épreuve d'un suffrage toujours plus restreint », *JCP-ACT*, 2006, n° 1107.

⁴ Voir *supra*, p. 37. La terminologie employée dans les développements qui précèdent conduit à considérer le droit officiel comme l'équivalent du droit positif. Les deux expressions seront donc utilisées comme synonymes.

S'agissant du droit étatique, il arrive que le législateur fasse fi de la généralité de la loi pour consacrer juridiquement les différences culturelles, linguistiques ou religieuses. Cette consécration prend alors la forme d'une différenciation du contenu matériel du droit étatique en fonction des individus ou des groupes auxquels il s'applique. En d'autres termes, l'Etat accepte dans certains cas que des individus ou des groupes minoritaires deviennent sujets de droits spécifiques, dérogoires par rapport au droit commun régissant le reste de la population nationale. De telles mesures se justifient le plus souvent par un souci d'équité ; comme le précisait le Conseil d'Etat dans son rapport public pour 1996, la dérogation peut en effet constituer « l'instrument d'une justice équitable alors qu'un traitement égal serait inéquitable »¹. Dans cette hypothèse, l'Etat est donc lui-même le producteur de normes juridiques différenciées au bénéfice d'individus ou de groupes qu'il désigne de manière discrétionnaire, en fonction de contingences politiques. Il n'y a donc pas de pluralisme des systèmes juridiques, dans la mesure où la différenciation s'opère au sein même du droit étatique. En revanche, on est en présence d'un ordre juridique pluraliste qui, par le biais de règles dérogoires, reconnaît les spécificités minoritaires.

La situation est quelque peu différente s'agissant du droit officiel. Si la notion même de droit officiel implique que l'on se situe dans un système juridique unique – celui de l'Etat – elle suppose en revanche que l'on retrouve une pluralité de sources de droit. L'hypothèse de pluralisme juridique intra-étatique se vérifie donc de nouveau. Dès lors, il s'agira d'observer les conséquences, sur le contenu du droit applicable en France, de la reconnaissance de minorités nationales non plus en tant que sujets de droits spécifiques mais bien en tant qu'entités productrices de droit. A cet égard, le lien entre multiplication des sources de droit et diversification du contenu du droit paraît logique, le second processus résultant naturellement du premier. Dans la mesure où l'Etat reconnaît la validité, dans son propre ordre juridique, de normes produites par des groupes porteurs de valeurs différentes, il paraît en effet inévitable que le contenu des normes ainsi appliquées sous l'autorité de l'Etat perde l'homogénéité matérielle que seul le centralisme juridique peut garantir.

Le pluralisme juridique ne se retrouve donc véritablement qu'en situation de pluralisme des sources de droit. Comme l'indique à juste titre le Professeur Griffiths, « le pluralisme juridique est un attribut d'un champ social et non d'un droit ou d'un système juridique [...]. C'est lorsque plus d'une source de droit, plus d'un ordre juridique sont observables dans un champ social, que l'ordre social de ce champ peut être considéré comme présentant du pluralisme juridique »². Ce constat conduirait à exclure de l'analyse le phénomène de pluralisation du droit étatique, dans la mesure

¹ Conseil d'Etat, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La Documentation française, 1996, p. 55.

² GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 38, traduction libre.

où ce phénomène n'est pas constitutif de pluralisme juridique. Pour justifiée qu'elle soit, une telle restriction du champ d'étude paraît pourtant inopportune. En effet, à défaut de véritable pluralisme juridique, la différenciation du droit de l'Etat représente une première étape vers la reconnaissance officielle de collectivités minoritaires. De fait, l'établissement de droits spécifiques au bénéfice de groupes minoritaires marque une évolution certaine vers la consécration d'identités distinctes au sein de l'Etat, qui pourra éventuellement susciter l'attribution, à l'avenir, d'une plus grande autonomie normative à ces communautés non étatiques. L'affirmation d'un droit étatique plural pourrait donc bien constituer l'amorce d'un véritable pluralisme juridique intra-étatique.

Dans ce cadre, la pluralisation du contenu du droit en France ne peut être pleinement appréciée qu'à la lumière des évolutions du droit étatique et du droit officiel. De fait, la prise en compte croissante des minorités nationales se manifeste à la fois par la différenciation du droit de l'Etat et par l'hétérogénéisation du droit dans l'Etat.

* *
 *
 *

Titre 1 - La différenciation du droit de l'Etat

Titre 2 - L'hétérogénéisation du droit dans l'Etat

- TITRE I -

LA DIFFÉRENCIATION DU DROIT DE L'ÉTAT

Il n'est plus hasardeux aujourd'hui d'affirmer que la société française est multiculturelle ; le fait est établi et ne fait plus l'objet d'aucune dénégation. L'absence de débat sociologique sur ce point ne peut toutefois cacher les tensions politico-juridiques soulevées par un tel constat. Sur le plan politique, l'existence de différences culturelles, religieuses et/ou linguistiques remet en cause la construction de la nation française fondée sur le modèle de l'Etat-nation, qui tend à l'exacte identification de la nation à l'Etat. Sur le plan juridique, l'existence de revendications identitaires écartèle le droit étatique entre ses deux fonctions principales mais parfois antagonistes : sa fonction d'uniformisation sociale et sa fonction de « déconflictualisation sociale »¹. La question de la différence et de son traitement juridique se présente donc bien comme une « question sensible »².

La France est loin d'être le seul Etat à devoir prendre acte d'une telle situation. Nombreux sont les gouvernements confrontés à la coexistence souvent difficile de multiples groupes ethniques, culturels et/ou religieux. Face à cette diversité identitaire, les réponses possibles peuvent être de deux ordres. Les premières relèvent de politiques unitaristes et tendent à imposer une identité nationale dominante, sinon unique. L'unité nationale procède alors de l'uniformité du droit applicable sur l'ensemble du territoire : ce contexte conduit à une cristallisation de la normativité juridique autour de la loi, identique pour tous. Les secondes, en revanche, participent de politiques multiculturelles supposant la reconnaissance de spécificités circonscrites socialement ou territorialement. Cette conception favorise l'application différenciée du droit et la reconnaissance de certains statuts juridiques particuliers.

Depuis les années 1970, plusieurs Etats libéraux ont opté pour des politiques multiculturelles³, le Canada faisant en la matière figure de proue⁴. Cette tendance

¹ L'expression est empruntée à KOUBI (Geneviève), « L' "entre-deux" des Droits de l'Homme et des droits des minorités : "un concept d'appartenance" ? », *RTDH*, n° 18, avril-juin 1994, p. 178.

² Bien que la question ne soit pas traitée en tant que telle dans l'ouvrage du CURAPP revêtu de ce titre : CURAPP, *Questions sensibles*, Paris, PUF, 1998, 418 p.

³ Prenant pour exemples une dizaine d'Etats, voir CHEROT (Jean-Yves), « L'Etat pluriculturel : approche introductive de droit constitutionnel », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 23-40.

⁴ Le gouvernement fédéral canadien a engagé les premières politiques multiculturelles dès 1971. En juillet 1988 est adoptée la loi sur le multiculturalisme canadien, dont le préambule affirme : « le gouvernement fédéral reconnaît que la diversité de la population canadienne sur les plans de la race, de la nationalité d'origine, de l'origine ethnique, de la couleur et de la religion constitue une caractéristique fondamentale de la société canadienne et qu'il est voué à une politique du multiculturalisme destinée à préserver et valoriser le patrimoine multiculturel des Canadiens tout en s'employant à réaliser l'égalité de tous les Canadiens dans les secteurs économique, social, culturel et

s'est progressivement confortée sous la pression croissante des revendications identitaires. De ce fait, la notion de multiculturalisme a perdu sa neutralité initiale : alors qu'elle contribuait à l'origine à décrire un état de fait – la coexistence de plusieurs groupes ethniques ou culturels dans un même Etat – elle renvoie désormais à un projet politique, à un engagement des institutions étatiques à prendre acte de la diversité identitaire de leur population et à assurer la préservation des composantes minoritaires au sein de la société nationale¹. Juridiquement, le choix d'une orientation multiculturelle se traduit par l'adoption de mesures différenciées au bénéfice des minorités considérées et l'établissement, à leur profit, de droits collectifs. Cette évolution concerne évidemment la législation *stricto sensu* mais aussi les dispositions constitutionnelles : l'inscription juridique des identités touche l'ensemble des règles du droit étatique, quel que soit leur niveau dans la hiérarchie normative².

La France a longtemps échappé à ce processus. Le droit public français, qui repose depuis la Révolution sur une conception universaliste de la citoyenneté en vertu de laquelle tous les citoyens doivent posséder les mêmes droits et être soumis aux mêmes obligations, exclut la reconnaissance, sur le territoire national, de collectivités minoritaires dont les membres bénéficieraient de droits spécifiques. L'égalité devant la loi autorise la prise en compte des différences dans la mesure où il s'agit de différences objectives de situation appelant un traitement différent, ou sur la base d'un motif d'intérêt général³, mais jamais sur une base subjective qui tendrait à faire droit

politique de la vie canadienne [...] ». Sur le multiculturalisme au Canada, voir notamment TOLAZZI (Sandrine), *Canada, Australie : étude comparative de l'évolution des politiques du multiculturalisme : l'identité nationale et la gestion de la diversité culturelle dans les sociétés libérales*, thèse de doctorat, Université Grenoble III, 2005, 684 p.

¹ En ce sens, le Professeur Rouland appréhende le multiculturalisme comme « l'état dans lequel se trouve une société qui entreprend de coordonner des ensembles de valeurs et croyances auxquels s'identifient des groupes d'individus qui la constituent, notamment exprimées par des sentiments d'appartenance religieuse et d'identité linguistique » (ROULAND (Norbert), « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, n° 46, 2000, p. 520). Pour le Professeur Marcou, « la notion d'Etat pluriculturel, bien qu'elle soit encore à élaborer, suppose l'affirmation au sein de l'Etat de communautés distinctes par la culture dont elles réclament ou ont obtenu la reconnaissance officielle par l'Etat et dans les institutions de l'Etat » (MARCOU (Gérard), « De l'expression des différences dans l'Etat républicain : l'exemple de la France métropolitaine », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 89). Sur la notion de multiculturalisme, voir également WIEVIORKA (Michel) dir., *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1996, 322 p. ; SEMPRINI (Andréa), *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 3236, 1997, 127 p.

² Sur l'évolution du droit constitutionnel matériel du fait de la reconnaissance des diversités, voir TULLY (James), *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Sainte-Foy / Bordeaux, Presses de l'Université Laval / Presses de l'Université de Bordeaux, 1999, 242 p.

³ La jurisprudence administrative et constitutionnelle est constante sur ce point : CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques, Leb.*, p. 274 ; *AJDA*, 1974, p. 298, note M. Franc et M. Boyon ; *RDP*, 1974, p. 467, note M. Waline ; *RA*, 1974, p. 440, note F. Moderne ; CC, décision n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Rec.*, p. 31 ; *RDP*, 1979, p. 1691, note L. Favoreu. Voir LUCHAIRE (François), « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, pp. 1229-1274 ; BRAIBANT (Guy), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *La Déclaration des droits de l'homme et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, pp. 97-110.

à une demande de reconnaissance de la part de minorités déterminées¹. Le modèle républicain se fonde sur une interprétation stricte des principes libéraux en ignorant sciemment l'existence de groupes infranationaux : seul l'individu, quelle que soit son appartenance culturelle, ethnique ou religieuse, est porteur de droits et de devoirs². De ce fait, la reconnaissance du pluralisme emprunte généralement la voie intégrative des droits individuels fondamentaux : liberté de conscience et de religion, droit d'association, liberté d'expression et de réunion.

Pourtant, les revendications minoritaires ont progressivement contraint l'Etat à assouplir ses postulats universalistes. Derrière le discours officiel, les gouvernements successifs ont dû gérer la diversité de la population nationale en adoptant des politiques multiculturelles qui cachent leur véritable objet³. De fait, ces dernières décennies ont été marquées par l'édiction progressive de droits différenciés au bénéfice de certains individus, voire de certains groupes qui acquièrent ainsi une véritable visibilité dans la sphère publique. Bien qu'encore balbutiante, cette tendance est aujourd'hui suffisamment marquée pour que s'impose désormais une nouvelle notion en droit public français : le « droit à la différence »⁴.

De telles mesures différencialistes⁵ ne sont pas spécifiquement destinées aux minorités nationales – qui n'ont du reste pas d'existence juridique officielle. Le législateur comme la doctrine les présentent plutôt comme des « mesures juridiques de compensation attribuées à des groupes sociaux reconnus par les pouvoirs publics comme étant défavorisés et se trouvant par rapport au reste de la population dans une situation discriminatoire »⁶. La différenciation du droit étatique doit donc être lue comme la manifestation d'une certaine intégration de l'idée d'équité dans le droit public français, non comme la volonté de mettre en place un mécanisme de protection

¹ A cet égard, voir KOUBI (Geneviève), « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 274-281.

² Pour de plus longs développements sur le modèle français républicain dont le soubassement libéral implique la négation des groupes infra-étatiques, voir BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, pp. 377-396.

³ A cet égard, voir ROULAND (Norbert), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 381-419 ; « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et cultures*, Vol. 36, n° 2, 1998, pp. 217-262 ; et « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, n° 46, 2000, pp. 519-545.

⁴ Sur le droit à la différence, voir les contributions rassemblées in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 310 p.

⁵ Dans sa thèse de doctorat, Olivia Bui-Xuan distingue quatre types de différencialisme. Deux d'entre eux tentent de remédier aux déficiences de la logique universaliste : le « différencialisme compensatoire » cherche ainsi à réduire les inégalités, tandis que le « différencialisme correcteur » vise à éliminer les discriminations dont souffrent certains groupes. Les deux autres types de différencialisme, pour leur part, ne tendent pas à réduire les différences mais à leur donner droit de cité : le « différencialisme adaptateur » prend acte de l'existence de spécificités locales et s'efforce d'ajuster les règles et les institutions à ces spécificités, tandis que le « différencialisme reconnaissant » se traduit par la reconnaissance de certaines entités infra-étatiques, régionales, culturelles, voire ethniques. Voir BUI-XUAN (Olivia), *op. cit.*, pp. 19-20.

⁶ MOUTOUH (Hugues), *Recherche sur un droit des groupes en droit public français*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 1997, p. 369.

des minorités. En pratique toutefois, les « groupes sociaux » concernés s'apparentent parfois à des minorités nationales, Kanaks, Polynésiens, Amérindiens, Corses ou encore Bretons¹. Dans ces hypothèses, quoi qu'en dise le discours officiel, l'attribution à ces groupes minoritaires ou à leurs membres de droits spécifiques revient à les reconnaître comme sujets de droits et donc à leur conférer une forme d'identité juridique².

C'est précisément dans cette identification juridique des minorités que réside l'enjeu principal de la pluralisation matérielle du droit étatique. En effet, « accepter d'inscrire ces différences dans le droit, c'est admettre que l'appartenance au groupe [minoritaire] crée une situation spécifique dont le droit peut légitimement tenir compte, mais c'est aussi, au-delà, reconnaître l'existence du groupe en tant que groupe, sinon de la minorité en tant que telle ; c'est, en tout cas, aller dans le sens d'une institutionnalisation des différences que l'on avait plutôt jusque-là tendu à occulter, même si ce nouveau mode de gestion des spécificités ne va pas sans contradictions ni ambiguïtés »³. Ainsi, la pluralisation du contenu du droit de l'Etat procède de deux évolutions conjointes qui traduisent un changement de l'attitude de l'Etat à l'égard de ses minorités nationales, au nom du « droit à la différence » : la consécration juridique de groupes minoritaires et l'octroi à ces groupes ou à leurs membres de droits identitaires.

* *
*
*
*

Chapitre 1 - La personnalisation juridique de groupes minoritaires

Chapitre 2 - L'octroi ponctuel de droits identitaires

¹ On n'étudiera ici que les droits différenciés qui sont accordés aux minorités ou à leurs membres en vertu de spécificités culturelles, ethniques, linguistiques et/ou religieuses. Les droits spécifiques attribués au regard d'une situation géographique ou sociale particulière, s'ils nourrissent le pluralisme du droit étatique, s'éloignent de la question étudiée. Il s'agit en effet de s'intéresser uniquement aux minorités nationales, non aux minorités territoriales ou sociales, bien que la délimitation entre ces catégories soit parfois purement théorique. Pour une étude globale de l'ensemble des droits différenciés accordés en France, quels que soient leurs destinataires, voir BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, 533 p.

² Le Professeur Rouland parle à cet égard de « reconnaissance implicite » des minorités par les autorités françaises (ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 275).

³ LOCHAK (Danièle), « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET (Alain), SOULIER (Gérard) dir., *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 151.

- CHAPITRE 1 -

LA PERSONNALISATION JURIDIQUE **DE GROUPES MINORITAIRES**

Depuis la Révolution, « l'Etat est la personnification juridique de la nation »¹. Cette formule résume le fondement du modèle républicain, en vertu duquel la nation est une et coïncide parfaitement avec l'Etat qui l'incarne. De ce fait, l'Etat-nation apparaît comme la seule forme d'organisation capable de réduire à l'unité la société nationale, le concept de nation apparaissant alors comme l'expression d'une société politique unifiée et homogène dont la composante indivise n'est autre que le citoyen². Cette unité est assurée par ce qu'Hauriou appelait la « Constitution sociale »³, c'est-à-dire le système de garantie des droits et libertés qui, dans une démocratie libérale, est de nature individuelle et repose sur les principes d'égalité et de non-discrimination. Il en résulte que tout individu se singularisant par sa langue, sa culture ou sa religion peut en user librement, en application de ses droits individuels fondamentaux. Partant, le droit de parler librement sa langue ou de pratiquer son culte relève de l'exercice privé des libertés publiques. Il n'est donc nul besoin de reconnaître officiellement l'existence collective de minorités nationales pour que les individus puissent exprimer leurs singularités. Au reste, cette reconnaissance est considérée comme dangereuse dans la mesure où elle s'exercerait au détriment de la liberté individuelle⁴. Dès lors, « les communautés linguistiques et religieuses doivent être domestiquées par l'Etat de droit et ne peuvent en aucun cas investir la sphère publique. Si elles le faisaient, la société se libéraliserait, laissant les individus soumis à autant de règles différentes qu'on leur attribuerait d'appartenances »⁵.

Pourtant, à partir des années 1970, plusieurs philosophes et politologues nord-américains ont critiqué ce modèle universaliste responsable, selon eux, de la

¹ ESMEIN (Adhémar), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1927, p. 1.

² C'est précisément ce modèle que perpétue le Conseil constitutionnel en affirmant que « la Constitution [...] ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français, sans distinction d'origine, de race ou de religion » (décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 40). Voir PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *Revue des sciences administratives de la Méditerranée orientale*, n° 31, 1990, pp. 141-151.

³ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, pp. 611-613.

⁴ En ce sens, voir KOUBI (Geneviève), « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France », *RTDH*, 1993, p. 245.

⁵ HAARSCHER (Guy), « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 233. Dans le même sens, voir MACE-SCARON (Joseph), *La tentation communautaire*, Paris, Plon, 2001, 136 p. ; TAGUIEFF (Pierre-André), *La République enlisée. Pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, Ed. des Syrtes, 2005, 345 p. ; ANDRAU (René), *La dérive multiculturaliste : essai sur les formes du communautarisme*, Paris, B. Leprince, 2000, 143 p.

destruction des identités minoritaires¹. Pour ces auteurs d'obédience communautariste ou multiculturaliste², l'identité des individus ne peut se définir qu'au regard de leurs attaches communautaires³, dans la mesure où la référence aux valeurs défendues par la communauté d'appartenance est indispensable au développement de l'individu⁴. Dès lors, les collectivités minoritaires doivent être reconnues en tant que telles par l'Etat ; c'est en ce sens que le Professeur Taylor plaide en faveur d'une « politique de la reconnaissance » qui se définit comme « une prise en compte du pluralisme des cultures et des systèmes de valeurs inhérents à ces cultures »⁵. Le « déni de reconnaissance » dont se targue la France constituerait une « forme d'oppression »⁶ ; une véritable égalité exige au contraire que les identités collectives aient toutes droit de cité dans la sphère publique. La Cour suprême du Canada a résumé cette position dans une décision du 2 février 1989, en indiquant que « la reconnaissance des différences est l'essence même de la vraie égalité »⁷.

En France, ce débat a été relayé entre les tenants du modèle républicain et les partisans d'un assouplissement de ce modèle, considéré comme inadapté aux évolutions socioculturelles actuelles. Parmi les défenseurs de cette seconde option qui se rapproche du multiculturalisme nord-américain, les sociologues Alain Touraine⁸ et

¹ Parmi les plus connus, on peut citer RAWLS (John), *Théorie de la justice*, Paris, Ellipses, rééd., 2001, 72 p. ; WALZER (Michael), *Pluralisme et démocratie*, Paris, Editions Esprit, 1997, 220 p. ; TAYLOR (Charles), *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, 144 p. ; KYMLICKA (Will), *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, 358 p. ; KYMLICKA (Will), « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 141-172. Pour une analyse comparée de ces différents auteurs, voir notamment GIGNAC (Jean-Luc), « Sur le multiculturalisme et la politique de la différence identitaire : Taylor, Walzer, Kymlicka », *Politique et Sociétés*, Vol. 16, n° 2, 1997, pp. 31-65.

² Si ces deux courants ne sont pas assimilables, ils se rejoignent néanmoins sur la nécessité de reconnaître juridiquement l'existence de groupes infranationaux. Pour une présentation de ces doctrines, voir MESURE (Sylvie), « Libéralisme et pluralisme culturel », *Critique*, n° 610, mars 1998, pp. 39-54 ; BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, pp. 397-407.

³ Pour Michael Walzer, l'appartenance à une communauté constitue même un besoin primordial, aussi nécessaire que la garantie des droits fondamentaux (WALZER (Michael), *Pluralisme et démocratie*, Paris, Editions Esprit, 1997, p. 56).

⁴ Sur ce point, ces thèses reprennent les idées des contre-révolutionnaires français du XVIII^e siècle comme Joseph de Maistre ou Ernest Renan, pour qui les hommes ne peuvent être conçus comme déconnectés de leur communauté d'appartenance ; tout homme naît dans un contexte particulier, au sein d'une communauté spécifique et se détermine en référence à cette communauté d'appartenance.

⁵ TAYLOR (Charles), *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, p. 42. Voir également TAYLOR (Charles), « The Politics of Recognition », in GUTMANN (Amy) ed., *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992, pp. 25-73.

⁶ TAYLOR (Charles), *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, p. 55.

⁷ Cour suprême du Canada, 1989, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, RCS, Vol. 1, p. 143.

A cet égard, voir PROULX (Daniel), « L'égalité en droit comparé et en droit canadien depuis l'arrêt Andrews », in BEAUDOIN (Gérald) dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Québec, Ed. Yvon Blais, 1989, pp. 145-164.

⁸ « Il n'est plus possible, dans nos sociétés, de se dire démocrate sans accepter l'idée de la société multiculturelle. Nombreux pourtant sont encore ceux et celles qui la refusent et qui restent attachés à l'idéal d'une société fondée sur une conception individualiste-universaliste des droits. Cette position, qui peut avoir sa noblesse, favorise de plus en plus souvent le maintien de pratiques créatrices

Michel Wieviorka ¹ défend, depuis la fin des années 1980, la reconnaissance de la diversité culturelle de la population française et l'ouverture de la sphère publique aux différences identitaires. De fait, la position républicaine semble se nuancer quelque peu dans le débat politique récent. Comme le montre Fred Constant, « à l'épreuve des faits, le modèle républicain s'est révélé d'une grande souplesse par rapport à la rigidité formelle de sa doctrine et certaines communautés culturelles lui doivent leur reconnaissance institutionnelle – c'est-à-dire leur pérennité – même si elles ne sont pas pour autant des créations étatiques. Sous la poussée spectaculaire des revendications formulées en termes culturels, [...] les différences s'affichent plus ouvertement qu'autrefois, comme si le pluralisme avait soudainement pris un sens positif » ².

D'aucuns prétendent que cette évolution est sans commune mesure avec les politiques multiculturelles menées en Amérique du Nord. Un tel déni témoigne toutefois d'un attachement aveugle à un modèle républicain intransigeant qui n'est plus d'actualité. L'observation réaliste du droit public français révèle bel et bien une évolution vers un multiculturalisme qui n'atteint certes pas le même degré que le multiculturalisme canadien, mais procède d'une logique similaire. Ainsi, comme l'affirme le Professeur Marcou, c'est précisément la notion de multiculturalisme qui permet d'expliquer les évolutions récentes de la jurisprudence et des dispositions constitutionnelles relatives à l'outre-mer : « le besoin de reconnaissance [des populations ultra-marines] justifie une politique de la différence. Elle justifie aussi qu'au-delà de l'égalité des droits entre tous les citoyens de la République, des mesures institutionnelles, symboliques ou autres expriment cette reconnaissance » ³.

L'exemple des minorités ultra-marines est une nouvelle fois révélateur de la transformation du droit public français qui s'oriente progressivement vers la consécration de groupes minoritaires ⁴. Cette nouvelle « politique de reconnaissance » ⁵ qui ne dit pas son nom se manifeste par deux tendances complémentaires qui confirment l'avènement d'un véritable droit à la différence : l'identification juridique de groupes minoritaires (section 1) et la différenciation juridique de groupes minoritaires (section 2).

d'inégalités » (TOURAINÉ (Alain), *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, p. 242).

¹ Michel Wieviorka critique ouvertement « les positions de ceux qui ont choisi [...] de s'enfermer dans un universalisme abstrait où la République [...] est réduite à un concept pur et dur aux applications nécessairement rigides » (WIEVIORKA (Michel) dir., *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1996, pp. 6-7).

² CONSTANT (Fred), *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs politique, 1998, pp. 90-91.

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

⁴ C'est précisément ce que démontre Yaël Attal-Galy dans sa thèse de doctorat : ATTAL-GALY (Yaël), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, Paris, LGDJ, 2003, 638 p.

⁵ TAYLOR (Charles), *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, p. 41.

SECTION 1. L'IDENTIFICATION JURIDIQUE DE GROUPES MINORITAIRES

Si l'on se place dans une perspective comparatiste, l'attachement de la tradition républicaine à l'unicité du peuple et son refus de reconnaître une existence juridique à des groupes minoritaires singularisent pour le moins la position française. D'autres Etats confrontés à la diversité ethnoculturelle de leur population ont été beaucoup moins réticents que le constituant et le législateur français à reconnaître l'existence de collectivités humaines infranationales. Pour ne donner que quelques exemples, la Constitution espagnole, dans son article 2 pourtant fondé sur « l'indissoluble unité de la Nation espagnole », établit l'existence officielle de plusieurs « nationalités » ayant droit à l'autonomie sur une partie du territoire de l'Etat¹. Au Canada, la Constitution reconnaît depuis 1982 les droits des peuples autochtones (Indiens, Inuits et Métis)² et la minorité québécoise a été consacrée le 28 novembre 2006 par le Parlement fédéral comme « Nation au sein d'un Canada uni »³. En Australie et dans les pays scandinaves, les peuples autochtones sont reconnus comme « peuples premiers » et jouissent à ce titre de droits spécifiques allant jusqu'à l'autonomie gouvernementale⁴. En Europe centrale et orientale, plusieurs législations confèrent également la personnalité juridique aux minorités nationales reconnues⁵. Ces différentes expériences sacrifient à l'évidence à une logique communautaire qui est restée jusqu'ici étrangère au modèle français de gestion de la diversité.

De fait, la personnalisation juridique d'un groupe par l'Etat, qui lui attache ainsi des droits et des obligations particulières, « résulte toujours d'un choix, fondé soit sur

¹ Il s'agit des Basques, des Catalans et des Galiciens, auxquels s'ajoutent les Canariens et les Aragonais depuis 1996. Ces « nationalités » (*nacionalidades*) ont un contenu éminemment culturel et se définissent par le sentiment d'appartenance à un groupe possédant une identité propre au sein de la nation espagnole. Voir PEREZ (Joseph), « L'Etat et la nation en Espagne », *Hérodote*, n° 91, 1998, pp. 83-101 ; PEREZ-CALVO (Alberto), « Le concept de Nation dans la Constitution espagnole », *RFDC*, n° 41, 2000, pp. 3-25.

² Articles 25, 35 et 37 de la loi constitutionnelle de 1982. Voir ELLIOTT (David), *Law and Aboriginal Peoples in Canada*, North York, Captus Press, 5th ed., 2005, 482 p.

³ Cette reconnaissance de la « nation québécoise » présente une portée juridique limitée car elle a fait l'objet d'une simple motion, non d'une loi ou d'un amendement constitutionnel. Elle n'en constitue pas moins une étape dans le processus de personnalisation et d'autonomisation juridique de la minorité québécoise. Voir MORIN (Claude), « Reconnaissance de la nation québécoise : De quoi s'agit-il ? », *Le Devoir*, 24 octobre 2006.

⁴ HORN (Franck), « Minorités et organisation institutionnelle dans les pays nordiques », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 333-358 ; NEDELJKOVIC (Maryvonne), « La reconnaissance des peuples premiers en Australie et en Nouvelle-Zélande : une redéfinition différenciée de l'unité nationale », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 347-378

⁵ En ce sens, voir la loi hongroise du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques, ou la loi estonienne du 26 octobre 1993 sur l'autonomie culturelle des minorités nationales. Voir PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Le principe de l'autonomie personnelle et l'aménagement constitutionnel du pluralisme national. L'exemple hongrois », *RDP*, 1994, pp. 401-428 ; PLASSERAUD (Yves), « Les minorités d'Estonie et leur statut », *Nordiques*, n° 8, automne 2005, pp. 9-26.

des considérations pratiques, soit sur des valeurs, soit sur les deux à la fois »¹. Or, la logique individualiste qui prévaut en France explique que l'Etat refuse d'instituer des groupes minoritaires dont l'existence paraît incompatible avec l'unité nationale. Donner une existence juridique à un tel groupe, autrement dit faire en sorte que le fait d'être membre de ce groupe produise des effets juridiques, paraît incompatible avec la tradition universaliste, dans la mesure où cela reviendrait à traiter durablement de manière différente des individus en fonction de leur appartenance ou de leur non-appartenance à ce groupe – appartenance ou non-appartenance qu'il est, de surcroît, difficile d'obtenir ou de délaisser s'agissant de minorités culturelles ou ethniques. Transformer des groupes minoritaires en personnes juridiques reviendrait ainsi à enfermer les individus dans des statuts juridiques différenciés, situation qui rappelle par certains aspects la société d'Ancien régime que la Révolution entendait précisément faire disparaître.

Cette logique maintes fois réaffirmée ne résiste toutefois pas à un examen plus approfondi du droit français actuel. A rebours du credo républicain, on observe depuis quelques décennies l'adoption de mesures tendant à ériger les individus en communautés à partir de leur appartenance culturelle, religieuse ou ethnique. Cela revient à entériner juridiquement une segmentation du corps social en fonction de critères tels que la langue, la religion ou l'origine ethnique et à diviser *le* peuple français en *des* populations françaises ne partageant pas les mêmes marqueurs identitaires. Ce phénomène est particulièrement sensible en outre-mer, où le législateur comme le constituant tendent à identifier certaines communautés infranationales s'apparentant à des minorités autochtones². Les dispositions juridiques en cause sont pour le moins ambiguës mais le débat doctrinal qu'elles suscitent conduisent à s'interroger sur la portée d'une reconnaissance constitutionnelle (§1) et infra-constitutionnelle (§2) de groupes minoritaires dans l'outre-mer français.

§ 1. La reconnaissance constitutionnelle de groupes minoritaires

Bien qu'elle proclame en son article 1^{er} le principe de l'unicité de la République, la Constitution comporte plusieurs dispositions faisant référence à des collectivités humaines infranationales. Il s'agira ici de déterminer si ces collectivités constituent de véritables minorités nationales et, le cas échéant, quels sont les droits qui leur sont reconnus. Une distinction préalable doit toutefois être opérée entre les différentes dispositions constitutionnelles en cause : si certaines d'entre elles désignent expressément les groupes auxquels elles s'appliquent, d'autres sont plus équivoques et ne permettent qu'une identification indirecte. Cette différence formelle n'est pas sans conséquences sur le fond : les implications juridiques pour les groupes minoritaires

¹ LOCHAK (Danièle), « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 292.

² En ce sens, voir GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, pp. 1-13.

concernés sont à l'évidence susceptibles de varier selon qu'ils bénéficient d'une reconnaissance constitutionnelle expresse (A) ou indirecte (B).

A. Les reconnaissances constitutionnelles expresses

Deux mentions récemment introduites dans le dispositif constitutionnel peuvent *a priori* s'apparenter à des reconnaissances de groupes minoritaires : l'alinéa 1^{er} de l'article 72-3¹ fait référence aux « populations d'outre-mer » et l'Accord de Nouméa cité au titre XIII de la Constitution² consacre l'existence du « peuple kanak »³. Ces deux entités ne sont pas sans lien, dans la mesure où le peuple kanak fait indéniablement partie des populations d'outre-mer. Pour autant, l'usage de substantifs distincts pour les désigner est révélateur de la différence de nature juridique entre ces collectivités et, par suite, de la dissimilitude des droits qui leur sont reconnus. De fait, la reconnaissance ambiguë des « populations d'outre-mer » (1) n'a pas la même portée que celle, inédite, du « peuple kanak » (2).

1. La reconnaissance ambiguë des « populations d'outre-mer »

En 1946 comme en 1958, nonobstant l'unicité de la République, le constituant opère une distinction explicite entre le peuple français et certaines populations ultramarines. Ainsi, l'alinéa 16 du préambule de la Constitution de 1946 dispose que « la France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion » et l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, tel qu'il est rédigé antérieurement à la révision du 4 août 1995⁴, reconnaît l'existence de « peuples des territoires d'outre-mer »⁵. Il est vrai que ces dispositions sont historiquement liées à l'existence de l'Union française, devenue ensuite Communauté française, qui regroupait dans une structure de caractère fédéral la République et les territoires et Etats alors associés à la France⁶. Du fait de la disparition de cette structure, l'abrogation en 1995 de l'ancien article 1^{er} de la

¹ Tel qu'issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JORF*, 29 mars 2003, p. 5568).

² Tels qu'issus des lois constitutionnelles n° 98-610 du 20 juillet 1998 (*JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143) et n° 2007-237 du 23 février 2007 (*JORF*, 24 février 2007, p. 3354).

³ L'Accord de Nouméa est un acte purement déclaratif : il confère une existence juridique officielle au peuple kanak mais ne le constitue pas. En ce sens, l'Accord de Nouméa n'est pas fondateur du peuple kanak mais d'une nouvelle relation entre ce peuple et la République française.

⁴ Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, *JORF*, 5 août 1995, p. 11744.

⁵ Dans sa version initiale, l'article 1^{er} disposait : « La République et les peuples des territoires d'outre-mer qui, par un acte de libre détermination, adoptent la présente Constitution instituent une Communauté. La Communauté est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent ».

⁶ Sur l'Union et la Communauté françaises, voir LUCHAIRE (François), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1966, pp. 97-170.

Constitution de 1958 paraît pleinement justifiée¹ et l'alinéa 16 du préambule de 1946 ne semble plus avoir lieu d'être, bien qu'il soit toujours en vigueur².

Prenant acte de la révision constitutionnelle du 4 août 1995, certains auteurs en ont déduit que la notion de « peuples d'outre-mer » se trouvait ainsi écartée du droit constitutionnel français³. Une telle conclusion paraît toutefois trop rapide. En effet, le second alinéa du préambule de la Constitution de 1958 continue à lier le principe de libre détermination des peuples et les territoires d'outre-mer. Si le Professeur Gohin y voit une survivance sans utilité, un anachronisme constitutionnel⁴, cette interprétation semble hasardeuse. Si le constituant avait souhaité, en 1995 ou dans les révisions ultérieures, assimiler les peuples d'outre-mer au peuple français, il lui aurait fallu modifier le préambule de 1958 mais aussi le préambule de 1946, qui n'a fait jusqu'à présent l'objet d'aucune modification⁵.

Ainsi, la révision constitutionnelle du 4 août 1995 n'a pas balayé toutes les incertitudes quant à la reconnaissance juridique de groupes infra-étatiques ultramarins. La jurisprudence du Conseil constitutionnel aurait pu contribuer à éclaircir le débat mais les trois décisions rendues sur ce point⁶ jusqu'à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁷ ont au contraire accru la perplexité des commentateurs. Ainsi, saisi en 1975 de la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, le Conseil constitutionnel interprète le dernier alinéa de l'article 53 de la Constitution disposant que « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées », comme ouvrant aux territoires d'outre-mer la possibilité de faire sécession⁸. En 1987, le Conseil se réfère encore à l'article 53 alinéa 3 mais également aux « principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté, spécifiquement prévus pour les territoires d'outre-mer par l'alinéa 2 du Préambule », pour examiner la constitutionnalité de la loi organisant la

¹ Outre l'ancien article 1^{er}, la révision constitutionnelle du 4 août 1995 a permis l'abrogation de toutes les dispositions relatives à la Communauté française, qui formaient l'ancien titre XIII de la Constitution (articles 77 à 87).

² En ce sens, voir CARCASSONNE (Guy), *La Constitution*, Paris, Ed. du Seuil, 7^{ème} éd., 2005, p. 426.

³ En ce sens, voir LUCHAIRE (François), « La loi constitutionnelle du 4 août 1995 : une avancée pour la démocratie ? », *RDP*, 1995, p. 1438.

⁴ GOHIN (Olivier), « Rapport de synthèse », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 202.

⁵ La question de la faisabilité d'une telle révision pourrait se poser. *A priori*, aucune disposition constitutionnelle, y compris l'article 89, ne semble s'opposer à une éventuelle modification du préambule de la Constitution de 1946. Cette question achoppe toutefois sur le débat, récurrent dans le droit constitutionnel contemporain, sur l'existence d'un « ordre constitutionnel fondamental » intangible (voir FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, pp. 107-110).

⁶ CC, décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975 (*Rec.*, p. 26), n° 87-226 DC du 2 juin 1987 (*Rec.*, p. 34) et n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 (*Rec.*, p. 70).

⁷ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁸ CC, décision n° 75-59 DC, 30 décembre 1975, *Rec.*, p. 26 ; *RDP*, 1976, p. 557, note L. Favoreu ; *AJDA*, 1976, p. 249, note C. Franck ; *Dalloz*, 1976, p. 537, note L. Hamon ; *RGDIP*, 1976, p. 1001, note D. Nguyen Quoc.

consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie¹. Aux termes de ces deux décisions, il était loisible de penser que le droit constitutionnel ne reconnaissait les fractions du peuple français vivant outre-mer que dans les cas exceptionnels où celles-ci souhaitaient accéder à l'indépendance – cette possibilité étant réservée aux populations des seuls TOM.

La décision du 4 mai 2000² a toutefois remis cette interprétation en question. En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel se fonde exclusivement sur le second alinéa du préambule de la Constitution pour valider la loi du 9 mai 2000 organisant une consultation de la population de Mayotte sur l'avenir statutaire de l'île³. Dans ce cas, le principe de libre disposition des peuples a donc été appliqué à une population ne relevant pas d'un TOM, pour justifier une consultation n'ayant aucunement trait à une éventuelle indépendance. Cette argumentation juridique du Conseil constitutionnel a alors été largement critiquée par la doctrine qui dénonçait à juste titre le détournement du principe d'autodétermination⁴. Le juge constitutionnel a néanmoins confirmé son interprétation lors de l'examen de la loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000⁵ qui pose, en son article 1^{er}, le principe de la consultation des populations des quatre DOM sur les évolutions statutaires qui seraient envisagées pour leur collectivité. Dans sa décision du 7 décembre 2000, le Conseil valide cette disposition en se fondant de nouveau sur l'alinéa 2 du préambule de la Constitution⁶. Ainsi, en dépit des objections doctrinales, le juge constitutionnel a admis à deux reprises qu'une fraction du peuple français autre que les habitants d'un TOM soit isolée afin de se prononcer sur une question autre que l'indépendance⁷.

Cette identification jurisprudentielle de populations ultra-marines laissait toutefois de nombreuses questions en suspens, notamment la question de la nature juridique de ces populations. S'agissait-il de véritables peuples disposant d'un droit à l'autodétermination externe, en vertu du second alinéa du préambule de la Constitution ? S'agissait-il au contraire de composantes du peuple français jouissant

¹ CC, décision n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Rec.*, p. 34 ; *AIJC*, 1987, p. 603, note B. Genevois ; *Daloz*, 1988, p. 259, note F. Luchaire ; *RA*, 1988, p. 444, note M.-L. Pavia.

² CC, décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Rec.*, p. 70 ; *AJDA*, 2000, p. 561, note J.-L. Schoettl et J.-Y. Faberon ; *RFDA*, 2000, p. 746, note J.-C. Douence et B. Faure ; *RFDA*, 2000, p. 738, note O. Gohin ; *RDP*, 2000, p. 883, note A.-M. Le Pourhiet.

³ Loi n° 2000-391 du 9 mai 2000, *JORF*, 10 mai 2000, p. 6975.

⁴ Pour les Professeur Douence et Faure, la décision du 4 mai 2000 révèle une « confusion incompréhensible », le véritable fondement de la consultation de la population de Mayotte étant, selon eux, l'article 72 de la Constitution et non l'alinéa 2 du préambule (DOUENCE (Jean-Claude), FAURE (Bertrand), « Y a-t-il deux Constitutions ? », *RFDA*, 2000, pp. 748-753). Pour le Professeur Gohin, « le juge constitutionnel a fait [de l'alinéa 2 du préambule de la Constitution] un usage hors de propos qui ne saurait être probant, en aucune façon » (GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, p. 79).

⁵ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, *JORF*, 14 décembre 2000, p. 19760.

⁶ CC, décision n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *Rec.*, p. 164 ; *RDP*, 2001, p. 249, note F. Luchaire ; *LPA*, n° 80, 23 avril 2001, p. 8, note D. Chagnollaud.

⁷ A cet égard, voir LEMAIRE (Félicien), « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2000, pp. 907-931.

d'un droit à l'autodétermination interne ? Ou bien s'agissait-il simplement de groupes d'individus identifiés dans un but purement électoral, comparables aux collectivités susceptibles d'être distinguées dans le cadre de référendums locaux¹ ? La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 apporte une réponse médiane à ces interrogations, en introduisant dans le texte fondamental un article 72-3 alinéa 1^{er} en vertu duquel « la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Cette nouvelle disposition permet désormais de donner un fondement constitutionnel clair aux possibilités de consultation des populations des DOM et des COM relatives à leurs évolutions institutionnelles, sans recourir à l'article 53 alinéa 3 ou au principe d'autodétermination des peuples². Toutefois, l'introduction de l'article 72-3 alinéa 1^{er} ne fait pas disparaître l'article 53 alinéa 3 qui, en vertu de la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1975³, reste la source du droit à l'autodétermination externe des populations d'outre-mer. On serait donc tenté de voir dans les articles 53 alinéa 3 et 72-3 alinéa 1^{er} les deux volets de l'autodétermination⁴.

Au final, l'adoption de l'article 72-3 alinéa 1^{er} témoigne d'une véritable évolution de la conception unitariste du peuple français. En effet, avant la révision du 28 mars 2003, le droit constitutionnel opérait une distinction rigide entre le peuple français et les peuples des territoires d'outre-mer jouissant d'un droit à la libre disposition. En effaçant la notion de « peuples d'outre-mer » au profit de celle de « populations d'outre-mer » désignant tout à la fois les populations des DOM et celles des COM, le constituant a assoupli le principe d'unicité du peuple français, qui comporte désormais des composantes disposant d'un droit à l'autodétermination interne⁵. Même hors des cas où l'indépendance d'un territoire est en jeu, la République reconnaît désormais explicitement l'existence de groupes infra-étatiques qui ont des intérêts propres et doivent être consultés sur les évolutions institutionnelles les concernant⁶.

¹ Avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, de telles consultations pouvaient être organisées dans le cadre de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 (*JORF*, 8 février 1992, p. 2061) qui autorise les autorités municipales à consulter les électeurs sur les décisions qu'elles sont appelées à prendre pour régler les affaires locales (art. L. 2142-1 et s. CGCT), ou dans le cadre plus spécifique de la loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 (*JORF*, 18 juillet 1971, p. 7091) qui prévoit la possibilité d'une consultation locale en cas de fusion de communes (art. 2113-2 et s. CGCT).

² Voir CUSTOS (Dominique), « Vers une autonomisation de l'évolution institutionnelle des DOM », *Revue politique et parlementaire*, n°1009/1010, 2001, pp. 47-60.

³ CC, décision n° 75-59 DC, 30 décembre 1975, *précit*.

⁴ Cette interprétation n'est valable que si l'on raisonne à jurisprudence constitutionnelle constante. Si le Conseil constitutionnel décide, à l'avenir, d'exclure l'hypothèse de la sécession de l'article 53 alinéa 3 en ne retenant que celles de la cession et de l'acquisition d'un territoire entre la France et un Etat étranger, l'article 53 alinéa 3 ne pourra plus être considéré comme le fondement constitutionnel du droit à l'autodétermination externe des populations d'outre-mer.

⁵ En ce sens, voir CUSTOS (Dominique), « "Peuple français" et "populations d'outre-mer" », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 61-62.

⁶ Pour le Professeur Le Pourhiet, cette reconnaissance « aux accents de paternalisme colonial prononcés [...] constitue une stigmatisation maladroite, du moins en ce qui concerne les départements et régions d'outre-mer prétendument soumis au régime d'assimilation. L'égalité républicaine s'accommode mal

Toutefois, l'adoption de l'article 72-3 alinéa 1^{er} est loin d'éclaircir toutes les incertitudes liées à la notion de « populations d'outre-mer ». Force est notamment de constater que les caractéristiques de ces « populations d'outre-mer » ne sont nullement explicitées¹ ; la Constitution se garde de la moindre référence à des communautés historiques qui aurait pu ouvrir des droits à la préservation des identités culturelles et à la défense d'intérêts locaux spécifiques. La décision du Conseil constitutionnel du 12 février 2004, rendue à propos de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, apporte quelques précisions à cet égard². En effet, afin de permettre à la collectivité d'exercer un droit de préemption spécifique sur les propriétés foncières situées en Polynésie, l'article 19 du projet de loi organique soumettait certains transferts entre vifs à un régime de déclaration préalable ; ce régime n'était toutefois pas applicable aux transferts réalisés au profit de « personnes de nationalité française », « justifiant d'une durée suffisante de résidence en Polynésie française », « nées en Polynésie française », « dont l'un des parents est né en Polynésie française » ou encore « justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec une personne ayant l'une [de ces] qualités ». Le juge constitutionnel a censuré certaines de ces dispositions, au motif que « si l'article 19 a pu exclure de la procédure de déclaration les transferts de propriété au profit de personnes “justifiant d'une durée suffisante de résidence en Polynésie française” ou “justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec une personne” justifiant d'une telle durée de résidence, il n'a pu, *sans méconnaître la notion de population au sens des articles 72-3 et 74 de la Constitution*, étendre cette exclusion aux “personnes de nationalité française” “nées en Polynésie française” ou “dont l'un des parents est né en Polynésie française” »³. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a exclu toute définition de la « population » fondée sur l'origine ou les liens du sang. Au contraire, une population d'outre-mer ne peut se caractériser que par son lieu de résidence.

Si cette territorialisation de la notion de population interdit dès lors tout rapprochement entre les « populations d'outre-mer » telles que définies par le juge français et les « minorités nationales » telles qu'entendues par le droit international, la reconnaissance constitutionnelle des populations d'outre-mer n'en comporte pas

d'une reconnaissance expressément réservée à certaines populations tandis que celle des autres irait sans dire » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », in MORENA (Frédérique de la) dir., *Actualité de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 421).

¹ On pourrait néanmoins suivre la référence nominative figurant aux alinéas 2 et 3 de l'article 72-3 de la Constitution et en déduire que les populations d'outre-mer comprennent celles de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de la Réunion, de Mayotte, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Wallis et Futuna, de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie.

² CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel.

³ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 (les italiques ont été ajoutées par nos soins) ; *LPA*, n° 106, 30 mai 2005, p. 7, chron. M. Verpeaux et L. Janicot.

moins des conséquences juridiques. Le droit, voire l'obligation de les consulter en cas de changement statutaire ou d'évolution institutionnelle se trouvent en effet désormais inscrits dans la Constitution. Sur ce point, les populations ultra-marines peuvent se prévaloir d'un surcroît de droits civiques par rapport aux autres citoyens français qui, en cas de création ou de modification d'une collectivité territoriale à statut particulier, ne jouissent que d'une faculté d'être consultés en application de l'article 72-1 alinéa 3. Pour autant, la nature et la portée de ces droits supplémentaires sont loin d'être comparables à celles des droits spécifiques attribués aux membres du « peuple kanak ».

2. La reconnaissance inédite du « peuple kanak »

Les prémices d'une identification par le droit public français d'une collectivité autochtone kanake sont perceptibles à partir de 1982, alors que l'Etat entreprend de reconnaître l'autorité des structures coutumières en Nouvelle-Calédonie¹. Ainsi, la Déclaration de Nainville-les-Roches du 12 juillet 1983 signée par le Gouvernement français et le FLNKS admet l'existence d'un « peuple kanak » jouissant d'un « droit inné et actif à l'indépendance »². La véritable consécration juridique résulte toutefois de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, dont le préambule mentionne à trois reprises le « peuple kanak »³. Alors que l'accord de 1983 présentait un intérêt essentiellement politique, celui de 1998 est revêtu d'une force juridique d'autant plus contraignante que le titre XIII de la Constitution issu de la révision du 20 juillet 1998⁴ lui confère désormais valeur constitutionnelle⁵.

Alors que le texte constitutionnel est fort peu disert au sujet des populations d'outre-mer, l'Accord de Nouméa définit le peuple kanak comme l'ensemble des descendants de la population autochtone qui vivait en Nouvelle-Calédonie avant l'arrivée des colons européens et avait « développé une civilisation propre, avec ses traditions, ses langues, la coutume qui organisait le champ social et politique »⁶. Le peuple kanak ne peut ainsi se définir qu'en référence à « l'identité kanake », dont la reconnaissance s'impose comme le « préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie »⁷. Le point 1 de l'Accord, précisément consacré à l'identité kanake, indique qu'une meilleure prise en compte de cette identité passe par la revalorisation du statut coutumier, le

¹ En ce sens, voir les ordonnances n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances (*JORF*, 17 octobre 1982, p. 3106) et n° 82-880 du même jour relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances (*JORF*, 17 octobre 1982, p. 3110).

² La Déclaration est mentionnée dans l'article 1^{er} de la loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie (*JORF*, 7 septembre 1984, p. 2840).

³ *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁴ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

⁵ En ce sens, voir CC, décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Rec.*, p. 116.

⁶ Point 1 du préambule de l'Accord de Nouméa (*précit.*).

⁷ Point 4 du préambule de l'Accord de Nouméa (*précit.*). Voir GARDE (François), « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *RFDC*, n° 64, 2005, pp. 805-811.

renforcement du droit et des institutions coutumières, la protection du patrimoine culturel et notamment des langues traditionnelles, ainsi que la redistribution et la mise en valeur des terres coutumières. Cet inventaire n'est pas innocent ; il rassemble tous les éléments qui caractérisent, aux termes du droit international, un peuple autochtone¹. Contrairement aux « populations d'outre-mer »², le peuple kanak est donc loin de se composer de simples résidents locaux ; il suppose une appartenance à une communauté ethnique caractérisée par une histoire propre et une culture spécifique.

En constitutionnalisant l'Accord de Nouméa, la révision du 20 juillet 1998³ a ainsi permis la réintroduction dans le droit constitutionnel d'une notion dont on pouvait pourtant penser, sur la base de la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991⁴, qu'elle n'avait plus sa place dans le droit positif. De fait, la reconnaissance constitutionnelle du peuple kanak heurte de front non seulement le principe d'unicité du peuple français mais aussi le principe d'indivisibilité de la République : le peuple français n'est plus ici subdivisé en composantes différenciées mais bien concurrencé par l'existence d'un autre peuple considéré comme son égal et voué à exercer, dans un avenir proche, son droit à l'autodétermination. La personnalisation juridique de la minorité kanake suscite d'ores et déjà les critiques virulentes des juristes les plus jacobinistes⁵ mais, à vrai dire, ce débat ne prendra sa pleine ampleur qu'à l'issue du scrutin d'autodétermination qui se tiendra d'ici 2018. En effet, la reconnaissance du peuple kanak s'avère juridiquement acceptable dès lors qu'elle est liée au processus transitoire d'accession de la Nouvelle-Calédonie à l'indépendance ; la contradiction peut être résolue en arguant du caractère exceptionnel et provisoire de la souveraineté partagée. Les dispositions de l'Accord de Nouméa ne deviendront véritablement problématiques que dans l'hypothèse où les électeurs de Nouvelle-Calédonie

¹ Aux termes du rapport Martinez-Cobo, les peuples autochtones sont des communautés qui, « liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires et parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques » (MARTINEZ-COBO (José), *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Vol. 5, New York, Nations Unies, 1987, § 379, p. 31, Doc. E/CN.4/sub.2/1986/7/Rev.4).

² Telles que définies dans la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-490 DC du 12 février 2004 (*Rec.*, p. 41).

³ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *précit.*

⁴ Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50 ; *LPA*, n° 82, 1991, p. 20, note C. Carpentier ; *RA*, 1991, p. 234, note R. Etien ; *RFDA*, 1991, p. 407, note Genevois ; *RFDC*, n° 6, 1991, p. 487, note L. Favoreu ; *RDP*, 1991, p. 943, note F. Luchaire ; *RUDH*, n° 10, 1991, p. 381, note C. Grewe ; *Daloz*, 1991, p. 624, note R. Debbasch. Voir également FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 41, pp. 724-742.

⁵ Voir notamment GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, pp. 69-82 ; LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, pp. 1005-1035.

choisissent de rester dans la République. Le cas échéant, la concurrence opposée par le peuple kanak au peuple français dans le cadre d'un même Etat ne pourra se résoudre que par l'abandon permanent des principes d'unicité du peuple français et d'unité de la République – la France devenant alors un Etat autonome, voire fédéral. A défaut, il faudrait envisager de retirer à la minorité kanake la qualité de peuple et les droits qui y sont attachés, ce qui semble politiquement inenvisageable.

Ces perspectives conduisent à soulever une question juridique qui ne manquera pas d'alimenter le débat sur la reconnaissance du peuple kanak. Cette question porte sur la nature juridique de l'Accord de Nouméa. Si la valeur constitutionnelle de ce document ne fait plus désormais l'objet d'aucune discussion¹, sa nature demeure toutefois incertaine eu égard à sa procédure d'adoption, à ses signataires et à son objet, qui le distinguent de tout acte connu en droit administratif. Il ne peut s'agir d'un acte unilatéral, dans la mesure où il est « destiné à régir les relations réciproques de ses auteurs »². Mais il ne peut s'agir non plus d'un contrat administratif, dont il ne rassemble pas les critères³ : si l'Etat est bien partie à l'accord, celui-ci n'est relatif ni à l'organisation ni à l'exécution du service public, et ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun. En revanche, l'Accord de Nouméa présente des caractéristiques qui le rapprochent singulièrement d'un traité international. Son édicition et sa mise en application ont nécessité des négociations, la signature du texte par les représentants des parties en présence puis une révision constitutionnelle⁴ ; cette procédure n'est pas sans rappeler celle prévue par l'article 54 de la Constitution pour l'approbation des traités⁵.

Considérer l'Accord de Nouméa comme un traité international serait toutefois lourd de conséquences. Une telle hypothèse soulèverait en effet la question épineuse de la souveraineté externe du peuple kanak. C'est peut-être précisément pour cette raison qu'aucune réflexion n'a été engagée en France sur la nature juridique de cet accord, alors que la question fait débat depuis plus d'un demi-siècle déjà au Canada, en Australie ou encore aux Etats-Unis⁶. Au Canada, le soin de définir la nature et la

¹ CC, décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *précit.* Sur le phénomène de la « constitutionnalité par renvoi » à des textes extérieurs à la Constitution et, notamment, à l'Accord de Nouméa, voir ROBLOT-TROIZIER (Agnès), *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 119-134.

² C'est précisément le critère utilisé par le Professeur Chapus pour distinguer l'acte administratif unilatéral « destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicition », du contrat « destiné à régir les relations réciproques de ses auteurs » (CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15^{ème} éd., 2001, p. 492).

³ Sur les critères du contrat administratif, voir notamment CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15^{ème} éd., 2001, pp. 544-572.

⁴ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *précit.*

⁵ Tout au moins des traités qui, en vertu de l'article 53 de la Constitution, doivent être ratifiés pour engager la France.

⁶ Voir notamment BROWNLIE (Ian), *Treaties and Indigenous Peoples*, Oxford, Clarendon, 1992, 105 p. ; GRAMMOND (Sébastien), *Les traités entre l'Etat canadien et les peuples autochtones*, Québec, Editions Yvon Blais Inc., 1995, 226 p. ; PRUCHA (Francis), *American Indian Treaties. The History of a Political Anomaly*, Berkeley, University of California Press, 1997, 562 p.

portée des « traités autochtones » signés entre les habitants originels et les autorités (françaises, britanniques, puis canadiennes) a été confié au juge. Dès 1956, la Cour suprême refuse de reconnaître aux traités de paix et d'alliance un caractère international, considérant qu'un traité international est « un acte de l'Exécutif établissant des relations entre deux ou plusieurs Etats dont l'indépendance est reconnue, agissant en vertu de pouvoirs souverains »¹. La tentation est alors grande de considérer ces traités autochtones comme de simples actes administratifs. Cette propension se retrouve dans l'Accord de Nouméa, dont le préambule précise que « Les traités passés, au cours de l'année 1854 et les années suivantes, avec les autorités coutumières, ne constituent pas des accords équilibrés mais, de fait, des actes unilatéraux »². La jurisprudence canadienne s'est toutefois quelque peu modifiée depuis lors ; en 1990, la Cour suprême affirme que les traités autochtones constituent des actes *sui generis*³ soumis à des conditions de formation et à des méthodes d'interprétation empruntées au droit international⁴. Cette requalification jurisprudentielle des traités autochtones est directement liée à l'évolution du statut des peuples autochtones dans le droit canadien : depuis la révision de 1982, la Constitution canadienne protège les droits issus de traités autochtones contre l'extinction unilatérale et sans compensation de la part des gouvernements fédéral et provinciaux⁵. Sur ce point, la situation des peuples autochtones au Canada et du peuple kanak en France est donc comparable : désormais, les droits acquis par accords avec l'Etat⁶ présentent une valeur constitutionnelle et ne peuvent donc plus être éteints par le législateur⁷. C'est précisément cette garantie qui confère à la

¹ Cour suprême du Canada, 1956, *Francis v. The Queen*, RCS, p. 625.

² Point 1 du préambule de l'Accord de Nouméa (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039).

³ Cour suprême du Canada, 1990, *Sioui*, RCS, Vol. 1, p. 1025.

⁴ Dans son opinion sur l'arrêt *Sioui*, le juge en chef Dickson précise que « tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines [...]. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes » (*Ibid.*).

⁵ Articles 25 et 35 §1 de la loi constitutionnelle de 1982. La conférence constitutionnelle de 1983 a conduit à l'ajout de l'article 35 §2 qui constitutionnalise les droits acquis par les Autochtones en vertu d'accords conclus dans la période récente ou dont la conclusion est à venir : « Il est entendu que sont compris parmi les droits issus des traités, dont il est fait mention au paragraphe 1, les droits existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être acquis ».

⁶ Au Canada, les accords autochtones peuvent être conclus avec l'Etat fédéral comme avec les provinces fédérées, *a fortiori* les deux si les accords portent sur des revendications territoriales.

⁷ A cet égard, les Constitutions française et canadienne devancent les prescriptions du droit international en la matière. En effet, la Convention 169 de l'OIT ne contient aucune disposition expresse relative aux accords entre Etats et peuples autochtones, bien que certaines de ses dispositions protègent implicitement les droits issus de tels accords. En revanche, le projet de Déclaration universelle de l'ONU sur les droits des peuples autochtones prévoit en son article 36 que « Les peuples autochtones ont le droit d'exiger que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des Etats ou leurs successeurs soient reconnus, honorés, respectés et appliqués par les Etats conformément à leur esprit et à leur but originels. Les différends qui ne peuvent être réglés par d'autres

reconnaissance constitutionnelle du peuple kanak son caractère inédit, dont les autres populations autochtones de France sont loin de pouvoir se targuer – même s'il était avéré qu'elles jouissent d'une reconnaissance constitutionnelle indirecte.

B. Des reconnaissances constitutionnelles indirectes

Si la personnalisation juridique d'une entité conduit à lui attribuer des droits propres, il est loisible de supposer, *a contrario*, que si un groupe se voit reconnaître des droits spécifiques, il bénéficie par là même, indirectement, de la personnalité juridique. Dès lors, la question de la reconnaissance constitutionnelle de groupes minoritaires ne peut se suffire de la seule recherche de mentions expresses dans le texte fondamental. Elle requiert que soient également pris en compte les groupes non reconnus, dont les membres jouissent néanmoins de droits constitutionnels particuliers. Les destinataires respectifs des articles 76 et 75 de la Constitution sont les exemples topiques de cette reconnaissance indirecte, les premiers bénéficiant d'un droit de vote exclusif, les seconds obéissant à des statuts coutumiers spécifiques. De fait, en attribuant à certains habitants de Nouvelle-Calédonie le droit de participer au scrutin d'autodétermination, le constituant ne dessine-t-il pas les contours d'un peuple de Nouvelle-Calédonie, distinct du peuple kanak ? En maintenant l'existence de statuts personnels de droit coutumier, le constituant n'entérine-t-il pas implicitement l'existence de minorités autochtones sur le territoire français ? La réponse à ces questions relève, une fois de plus, du positionnement politico-juridique choisi. Les hypothèses d'une reconnaissance implicite d'un peuple de Nouvelle-Calédonie (1) et d'une reconnaissance hypothétique de minorités autochtones (2) n'en conservent pas moins leur intérêt.

1. La reconnaissance implicite d'un peuple de Nouvelle-Calédonie

Aux termes du droit international, un peuple se définit par son droit à la libre disposition¹. Les textes internationaux ne précisent pas selon quelles modalités ce droit à l'autodétermination doit s'exercer mais la Cour internationale de Justice a néanmoins affirmé le principe de l'obligation de consulter le peuple colonisé en cas d'accession à l'indépendance². Sur ce point, la France se conforme au droit international, en appliquant aux situations d'autodétermination l'article 53 alinéa 3 de

moyens doivent être soumis aux instances internationales compétentes choisies d'un commun accord par toutes les parties concernées ».

¹ Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré explicitement par la Charte des Nations Unies (art. 1^{er} § 2), est toutefois réservé aux peuples revendiquant leur indépendance et soumis à une domination coloniale, à une occupation étrangère ou à un régime raciste (AG, Rés. 1514 (XV), 14 décembre 1960). Dans ce cadre, le Comité de décolonisation de l'ONU est saisi du cas de la Nouvelle-Calédonie. A cet égard, voir GOESEL-LE BIHAN (Valérie), « La Nouvelle-Calédonie et l'Accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, n° 44, 1998, pp. 24-75.

² CIJ, AC, 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, *Rec.*, 1975, p. 33.

la Constitution, en vertu duquel « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable *sans le consentement des populations intéressées* »¹.

C'est précisément cette notion de « populations intéressées » qui légitime la mise en œuvre de suffrages restreints lors des scrutins d'autodétermination. Pour autant, aucun texte général ne définit précisément ce que recouvre une telle notion ni quels critères pourraient être utilisés pour en dessiner les contours. S'agissant d'un processus de décolonisation, il paraîtrait logique d'assimiler les « populations intéressées » au peuple disposant du droit à l'autodétermination. Rapportée au cas de la Nouvelle-Calédonie, cette supposition conduirait à amalgamer les populations intéressées au peuple kanak, dont l'existence a été officialisée par l'Accord de Nouméa. Au reste, la concomitance entre la reconnaissance du peuple kanak et l'organisation de la future consultation sur l'accession de l'île à la pleine souveraineté tendrait à conforter ce lien implicite.

Le droit positif infirme néanmoins cette supposition. Les dispositions limitant le corps électoral appelé à participer à la consultation du 8 novembre 1998² et au futur référendum d'autodétermination révèlent qu'il serait inexact d'opérer un lien réciproque et exclusif entre le peuple kanak et l'exercice du droit à l'autodétermination. S'agissant de la consultation du 8 novembre 1998 sur l'Accord de Nouméa, l'article 76 alinéa 2 de la Constitution indique que « 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 », lequel fait référence aux « électeurs inscrits sur les listes électorales du territoire à la date de cette consultation [le 8 novembre 1998] et qui y ont leur domicile depuis la date du référendum approuvant la présente loi [le 6 novembre 1988] »³. Ainsi, le législateur considère que sont « intéressées » par l'avenir de la Nouvelle-Calédonie les personnes pouvant justifier de dix ans de domicile en Nouvelle-Calédonie en 1998. Il apparaît clairement qu'en établissant cette seule condition de résidence, l'Etat a choisi de ne pas limiter le scrutin au seul peuple kanak – bien que la plupart des Kanaks remplissent, à l'évidence, cette condition.

¹ L'article 53 alinéa 3 n'inclut les situations d'autodétermination qu'en vertu de l'interprétation constructive du Conseil constitutionnel, qui a considéré que ces dispositions « doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un Etat étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un Etat indépendant ou y être rattaché » (décision n° 75-59 DC, 30 décembre 1975, *Rec.*, p. 26 ; *RDP*, 1976, p. 557, note L. Favoreu ; *AJDA*, 1976, p. 249, note C. Franck ; *Dalloz*, 1976, p. 537, note L. Hamon ; *RGDIP*, 1976, p. 1001, note D. Nguyen Quoc).

² La consultation du 8 novembre 1998 n'était pas un scrutin d'autodétermination puisqu'elle portait uniquement sur l'adoption de l'Accord de Nouméa. Initialement, elle avait néanmoins été organisée comme tel par la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (*JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087) dont l'article 2 alinéa 1^{er} prévoyait la tenue d'un référendum sur le maintien ou non du territoire dans la République entre le 1^{er} mars 1998 et le 31 décembre 1998.

³ Loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988, *précit.*

Le lien entre peuple kanak et scrutin d'autodétermination réapparaît toutefois incidemment à l'article 218 de la loi organique du 19 mars 1999¹ qui indique, en application de l'Accord de Nouméa², que feront partie des électeurs appelés à participer au référendum d'autodétermination prévu d'ici 2018 les personnes possédant ou ayant possédé le statut civil coutumier. L'appartenance à la minorité autochtone et, par suite, au peuple kanak, détermine ainsi directement l'exercice du droit de vote et devient par là même un critère autorisé de discrimination électorale – nonobstant la prohibition posée par l'article 1^{er} de la Constitution et le découplage théorique traditionnel entre droit civil et droit constitutionnel. Pour autant, les électeurs mélanésiens ne sont pas les seuls susceptibles de participer à la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté. L'article 218 de la loi organique ouvre également le scrutin aux électeurs nés ou ayant un parent né en Nouvelle-Calédonie et y ayant « le centre de leurs intérêts matériels et moraux », ainsi qu'aux électeurs pouvant justifier d'une certaine durée de résidence dans l'île³.

Au demeurant, cette définition restrictive du corps électoral qui fait intervenir droit du sang, droit du sol et durée de résidence heurte plusieurs principes constitutionnels, dont celui de l'universalité du suffrage garanti à l'article 3 de la Constitution. Le juge constitutionnel n'a pourtant pas censuré cette disposition, estimant que l'article 218 de la loi organique était conforme à l'Accord de Nouméa et « se born[ait] ainsi à mettre en œuvre l'article 77 de la Constitution »⁴. Il est vrai que, par le passé, plusieurs référendums d'autodétermination avaient déjà été réservés aux électeurs justifiant d'une certaine durée de résidence dans le territoire concerné⁵, sans que le Conseil constitutionnel ne censure cette condition⁶. Aucun n'avait toutefois, jusque là, donné

¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

² Voir le point 2.2.1 de l'Accord de Nouméa (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039).

³ Il s'agit notamment des électeurs remplissant les conditions requises pour participer à la consultation du 8 novembre 1998 et des électeurs justifiant d'une durée de vingt ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie à la date de la consultation d'autodétermination.

⁴ CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons. 54, *Rec.*, p. 51.

⁵ Ainsi, la consultation du 19 mars 1967 en Côte française des Somalis (prévue par la loi n° 66-949 du 22 décembre 1966, *JORF*, 23 décembre 1966, p. 11304), celle du 28 décembre 1976 dans le même territoire rebaptisé Territoire français des Afars et des Issas (organisée par la loi n° 76-1221 du 28 décembre 1976, *JORF*, 29 décembre 1976, p. 7530), celle du 13 septembre 1987 en Nouvelle-Calédonie (organisée par la loi n° 87-369 du 5 juin 1987, *JORF*, 6 juin 187, p. 6143) ont été réservées aux électeurs résidant depuis au moins trois ans sur le territoire. Le référendum du 8 novembre 1998 qui a abouti à l'approbation de l'Accord de Nouméa a été réservé aux électeurs domiciliés en Nouvelle-Calédonie depuis le référendum du 6 novembre 1988, en vertu de l'article 2 de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (*JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087). En revanche, aucune restriction de l'électorat n'a été opérée pour les référendums du 1^{er} juillet 1962 sur l'indépendance de l'Algérie (loi référendaire n° 61-44 du 14 janvier 1961, *JORF*, 15 janvier 1961, p. 578), du 22 décembre 1974 sur l'indépendance des Comores (loi n° 74-965 du 23 novembre 1974, *JORF*, 24 novembre 1974, p. 11771) ou du 8 février 1976 sur l'indépendance de Mayotte (loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975, *JORF*, 3 janvier 1976, p. 131).

⁶ Le juge constitutionnel n'a pas été saisi des lois du 22 décembre 1966 et du 28 décembre 1976 (*précit.*). S'il avait été saisi de la loi référendaire du 9 novembre 1988 (*précit.*), il se serait déclaré incompétent en vertu de sa jurisprudence constante (CC, décisions n° 61-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p. 27 ; n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Rec.*, p. 94 ; *Dalloz*, *Chron.*, 1996, p. 17, note N. Van

lieu à des restrictions électorales fondées sur l'origine ethnique. Sur ce point, le titre XIII de la Constitution neutralise toute contestation. En témoignent clairement les jurisprudences administrative et judiciaire. Saisis de la question de la restriction du corps électoral en Nouvelle-Calédonie pour le scrutin d'autodétermination du 8 novembre 1998¹, le Conseil d'Etat² et la Cour de Cassation³ ont refusé de contrôler la conventionnalité de ces mesures, constatant que la composition du corps électoral de Nouvelle-Calédonie résultait de l'article 76 de la Constitution ; or, « la suprématie conférée aux engagements internationaux [par l'article 55 de la Constitution] ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁴. La limitation du corps électoral de Nouvelle-Calédonie bénéficie ainsi d'une immunité constitutionnelle qui interdit tout contrôle juridictionnel national.

Les requérants déboutés par le Conseil d'Etat et par la Cour de Cassation ont toutefois saisi, par la suite, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies. Dans une décision du 15 juillet 2002 qui est singulièrement passée inaperçue, le Comité a estimé que « les critères de définition des corps électoraux pour les consultations de 1998 et à compter de 2014 ne sont pas discriminatoires, mais reposent sur des motifs de différenciation objectifs, raisonnables et compatibles avec les dispositions du Pacte [international sur les droits civils et politiques] »⁵. Le Comité onusien se fonde notamment sur le fait que ces consultations s'inscrivent dans le cadre d'un processus d'autodétermination et doivent donc « permettre de recueillir l'avis, non de l'ensemble

Tuong) ; il est d'ailleurs probable que le recours au référendum de l'article 11 de la Constitution pour adopter cette loi ait eu précisément pour objet de la faire échapper au contrôle de constitutionnalité. En revanche, le Conseil constitutionnel a été amené à examiner la loi du 5 juin 1987 (*précit.*) et n'en a pas censuré l'article 3 limitant l'électorat (CC, décision n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Rec.*, p. 34 ; *Dalloz*, *Jurisp.*, 1988, p. 289 ; note F. Luchaire ; *AJJC*, 1987, p. 603, note B. Genevois).

¹ Le Conseil d'Etat avait été saisi d'une requête visant à l'annulation du décret n° 98-733 du 20 août 1998 organisant la consultation du 8 novembre 1998 (*JORF*, 22 août 1998, p. 12844), en application de l'article 2 de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (*précit.*), à laquelle fait désormais référence l'article 76 de la Constitution. La Cour de Cassation, quant à elle, avait été saisie d'une requête tendant à l'annulation de la décision de la Commission administrative qui avait refusé l'inscription du requérant sur la liste des électeurs admis à participer à la consultation du 8 novembre 1998 prévue à l'article 76 de la Constitution.

² CE, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *AJDA*, 1998, p. 1039, concl. Ch. Maugué.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 1999, inédit. Voir ÉOCHE-DUVAL (Christophe), « Un Etat peut-il restreindre un corps électoral sans enfreindre les droits de l'homme ? A travers l'exemple de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », *RTDH*, n° 40, octobre 1999, pp. 947-984

⁴ CE, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *précit.* ; *LPA*, n° 146, 23 juillet 1999, p. 11, note E. Aubin ; *RFDA*, 1998, p. 1094, note D. Alland ; *RFDA*, 1999, p. 57, note L. Dubouis ; *RFDA*, 1999, p. 67, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RDP*, 1999, p. 919, note J.-F. Flauss ; *JDI*, 1999, p. 675, note J. Dehaussy ; *RTDC*, 1999, p. 232, note N. Molfessis et R. Libchaber ; *CCC*, n° 7, 1999, p. 87, note Ch. Maugué. Voir également LONG (Marceau) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 104, pp. 773-781.

⁵ Comité des droits de l'homme de l'ONU, 15 juillet 2002, *Mme Gillot et al. c. France*, § 13.18 (jurisp. CCPR/C/75/D/932/2000). En l'espèce, le Comité devait déterminer si les restrictions apportées au corps électoral néo-calédonien pour les scrutins d'autodétermination constituaient une violation de l'article 25 du Pacte qui stipule que « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables [...] b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs [...] ».

de la population nationale, mais des personnes “intéressées” à l’avenir de la Nouvelle-Calédonie »¹. Dès lors, « [l]es limitations au corps électoral sont légitimées par la nécessité de s’assurer d’un ancrage identitaire suffisant »². S’agissant des distinctions opérées sur le fondement de la naissance, des liens familiaux ou de la possession du statut kanak, le Comité écarte les arguments des requérants qui affirmaient que ces critères spécifiques tendaient à « établir des droits distincts pour des groupes ethniques ou d’ascendance nationale différents ». Pour le Comité, de tels critères sont valables, dès lors que « l’identification des électeurs parmi les résidents français de Nouvelle-Calédonie ne repose [...] pas uniquement sur les attaches particulières au territoire (telles que la naissance et les liens familiaux) mais aussi, à défaut, sur la durée de résidence »³.

Apparaît donc, dans le droit constitutionnel français, le contour d’un « peuple de Nouvelle-Calédonie » jouissant du droit à l’autodétermination selon les conditions posées par l’article 218 de la loi organique du 19 mars 1999, jugées conformes au droit international. Ce peuple englobe le peuple kanak défini par l’Accord de Nouméa mais ne s’y limite pas, ce qui témoigne de la volonté de refonder « un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie »⁴ et non, comme l’affirme le Professeur Gohin, de « définir le périmètre d’une population autochtone bientôt repliée sur elle-même »⁵.

Au-delà du cas de la Nouvelle-Calédonie, il serait possible de voir dans cette disposition organique à valeur constitutionnelle une nouvelle approche des « populations intéressées » visées par l’article 53 alinéa 3 de la Constitution. Il est vrai que l’imprécision du constituant sur ce point laisse au législateur toute latitude pour déterminer librement quelles sont les populations intéressées au cas par cas. Néanmoins, le seul critère utilisé jusqu’alors pour circonscrire ces populations était la condition de résidence. L’article 218 de la loi organique du 19 mars 1999 introduit une définition à la fois plus large et plus précise des « populations intéressées », qui peuvent désormais s’apprécier au regard d’éléments objectifs (durée de résidence) mais également subjectifs (hérédité, statut coutumier, intérêts matériels et moraux). Il n’est pas sûr qu’une telle définition soit reprise dans d’autres situations d’autodétermination, mais elle crée un précédent dont l’impact politique ne doit pas être sous-estimé. En toute hypothèse, elle conforte la distinction entre les « populations intéressées » de l’article 53 alinéa 3 et les « populations d’outre-mer »

¹ *Ibid.*, § 13.3.

² *Ibid.*, § 13.16. Dans le même sens, le Comité estime que les seuils fixés relativement à la condition de durée de résidence (dix et vingt ans) « n’apparaissent pas disproportionnés vis-à-vis d’un processus de décolonisation impliquant la participation des résidents qui, au-delà de leur appartenance ethnique ou politique, ont contribué et contribuent à l’édification de la Nouvelle-Calédonie à travers leurs attaches suffisantes à ce territoire » (§ 14.7).

³ *Ibid.*, § 13.12.

⁴ Aux termes du préambule de l’Accord de Nouméa du 5 mai 1998 (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039).

⁵ GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l’outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, p. 81.

des articles 72-3 et 74 de la Constitution qui, en vertu de la décision du 12 février 2004, ne peuvent se définir qu'au regard de leur lieu de résidence ¹.

Ainsi, en délimitant l'électorat amené à participer au futur scrutin d'autodétermination, le législateur a identifié implicitement un peuple de Nouvelle-Calédonie qui, curieusement, ne coïncide ni avec le peuple kanak, ni avec l'ensemble des citoyens de Nouvelle-Calédonie ². Cette superposition de communautés qui ne présentent ni tout-à-fait les mêmes caractéristiques, ni tout-à-fait les mêmes droits, complexifie à l'évidence l'organisation juridique de la Nouvelle-Calédonie mais résulte du compromis politique de Nouméa qui est parvenu jusqu'à présent à maintenir la paix dans l'île.

2. La reconnaissance hypothétique de minorités autochtones

L'adoption de l'Accord de Nouméa a ouvert la voie à une interrogation déconcertante pour les défenseurs jacobins d'une République une et indivisible : le droit public français peut-il reconnaître des groupes dont les membres partageraient à la fois une descendance, une histoire, une culture et des traditions communes ? Autrement dit, le droit public français peut-il reconnaître, outre-mer notamment, des minorités nationales ? Deux décisions déjà anciennes du Conseil constitutionnel pouvaient le laisser supposer. Dans la décision du 12 janvier 1983, le Conseil a jugé que le fait d'étendre à l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie un régime de représentation proportionnelle n'était pas contraire à la Constitution, « compte tenu de la situation géographique et de la *diversité ethnique* de ce territoire » ³. Dans la décision du 8 août 1985, il a par ailleurs considéré que le législateur pouvait tenir compte, pour la délimitation des circonscriptions électorales dans un territoire d'outre-mer, « de tous les éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique *des populations* » ⁴. L'emploi du pluriel témoignait à l'évidence d'une prise en compte par le Conseil constitutionnel de la diversité des groupes coexistant sur un même territoire. Il semblerait donc que la jurisprudence constitutionnelle ait reconnu subrepticement l'existence de groupes ethniques au sein même des populations

¹ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel. La distinction est d'autant plus nette que le Conseil constitutionnel, dans cette décision, censure précisément les dispositions visant les personnes « nées en Polynésie française » ou « dont l'un des parents est né en Polynésie française » – alors que l'origine et l'hérédité font partie des critères autorisés de délimitation des « populations intéressées » en Nouvelle-Calédonie.

² Voir *infra*, pp. 336ss.

³ CC, décision n° 82-151 DC, 12 janvier 1983, *Rec.*, p. 29 (les italiques ont été ajoutées par nos soins) ; *AJDA*, 1983, p. 120 ; note F. Luchaire ; *RDP*, 1983, p. 333, note L. Favoreu.

⁴ CC, décision n° 85-196, 8 août 1985, *Rec.*, p. 63 (les italiques ont été ajoutées par nos soins) ; *RA*, 1985, p. 572, note R. Etien ; *Pouvoirs*, n° 36, 1986, p. 179, note P. Avril et J. Gicquel ; *RDP*, 1986, p. 395, note L. Favoreu ; *AJJC*, 1985, p. 423, note B. Genevois ; *AJDA*, 1985, p. 605, note L. Hamon ; *Dalloz*, 1986, p. 45, note F. Luchaire. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 36, p. 603.

d'outre-mer¹. Un décret du 16 mars 1967 les prenait d'ailleurs en compte sans équivoque, en imposant dans les corps de gendarmerie des TOM la présence d'« auxiliaires ayant la connaissance de chacune des langues et de la coutume des principales régions ethniques »².

La décision du 12 février 2004³ a toutefois mis un coup d'arrêt à cette jurisprudence. Désormais, les « populations d'outre-mer » mentionnées par la Constitution désignent non seulement les Autochtones mais aussi les individus qui ont choisi de vivre outre-mer à la suite de la colonisation. Si les populations autochtones ultra-marines sont soumises à un traitement spécifique, c'est donc en raison de leur lieu de résidence, non du fait de différences ethniques ou culturelles. Cette interprétation jurisprudentielle est à l'évidence cohérente avec le refus répété des autorités étatiques de reconnaître l'existence de populations autochtones sur le territoire français. Pour autant, certaines dispositions constitutionnelles semblent la contredire. Il en est ainsi du titre XIII de la Constitution qui, par le biais de l'Accord de Nouméa, distingue au sein de la population de Nouvelle-Calédonie le peuple kanak, porteur d'une identité ethnoculturelle propre⁴. Il en est de même de l'article 75 qui consacre le maintien, dans le droit français, des statuts personnels coutumiers. Certains auteurs considèrent cette disposition constitutionnelle comme fondatrice d'un droit des minorités autochtones en France⁵. Ainsi, pour Alain Boyer, l'article 75 « consacre le respect du droit des minorités en droit positif »⁶, tandis que pour Régis Lafargue, il « constitue la reconnaissance d'un droit communautaire »⁷. De fait, le bénéficiaire d'un statut coutumier se transmettant essentiellement par filiation permet de distinguer aisément les individus appartenant à un groupe autochtone et soumis, dès lors, à un régime juridique différent. L'accord de Nouméa a certainement renforcé

¹ En ce sens, voir MICHALON (Thierry), « Le statut des minorités périphériques de la République », *Actes*, n° 69, janvier 1990, pp. 3-12.

² Décret n° 67-213 du 16 mars 1967, *JO*, 18 mars 1967, p. 2620.

³ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux.

⁴ Il faut ici réfuter l'interprétation défendue par le Professeur Gohin au sujet de l'article 72-3 alinéa 1^{er} issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, qui « reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer ». Pour cet auteur, « par révision implicite, [ce nouvel article] liquide la notion de "peuple kanak" qui aura fait une brève et inutile apparition dans le droit constitutionnel français, entre 1998 et 2003 ; il démontre incidemment que la réforme du droit de la Nouvelle-Calédonie n'est pas intouchable » (GOHIN (Olivier), « Rapport de synthèse », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 202). Une telle analyse fait peu de cas de la persistance, dans le préambule de la Constitution, du principe de libre détermination des peuples.

⁵ En ce sens, voir également ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, p. 189.

⁶ BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, p. 382.

⁷ LAFARGUE (Régis), « Distinction du droit à la différence en droit civil et en droit pénal », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 441.

cette thèse en permettant le retour au statut coutumier, tout en insistant sur les spécificités de l'« identité kanake ».

Il serait donc tentant de voir dans l'article 75 de la Constitution le fondement d'une reconnaissance implicite des minorités autochtones en France. Cette interprétation ne résiste toutefois pas à l'analyse. En premier lieu, elle contredit l'intention du constituant originaire : comme l'indique Olivier Guillaumont, « l'article 75 de la Constitution s'inscrit à l'origine dans la tradition assimilatrice de la France. Y trouver aujourd'hui le fondement de la constitutionnalisation des notions de peuple autochtone ou minoritaire impliquerait de ce fait une mutation extraordinaire »¹. En second lieu, et c'est probablement là l'argument le plus troublant, le lien entre appartenance autochtone et statut coutumier n'est pas réciproquement établi. En effet, si les personnes bénéficiant d'un statut personnel forment des peuples autochtones, quelle est alors la place au regard de l'autochtonie des personnes qui ont renoncé à leur statut personnel² ? Quelle est également la place des personnes ne bénéficiant pas officiellement d'un statut coutumier, à l'instar des Amérindiens de Guyane ? Au regard de ces deux exemples, il apparaît clairement que l'identité entre les personnes autochtones et les personnes bénéficiant d'un statut coutumier est loin d'être absolue. Dès lors, « l'article 75 ne permet pas à lui seul une constitutionnalisation de la notion de peuple autochtone ou minoritaire »³.

En l'état actuel du droit et de la jurisprudence, il apparaît donc que seul le peuple kanak fasse aujourd'hui l'objet d'une véritable reconnaissance constitutionnelle en tant que groupe présentant implicitement les caractéristiques d'une minorité nationale. La personnalisation juridique de collectivités minoritaires n'est toutefois pas l'apanage du constituant ; il est arrivé au législateur comme au pouvoir réglementaire d'intervenir pour permettre, à l'occasion, la reconnaissance infra-constitutionnelle de groupes minoritaires.

§ 2. La reconnaissance infra-constitutionnelle de groupes minoritaires

Au regard de la philosophie unitariste prônée par les autorités étatiques, il serait logique que la législation française soit exempte de toute référence à des communautés, groupes ou minorités. Or, une simple recherche par occurrences révèle rapidement que ces termes ne sont pas absents des textes législatifs et réglementaires actuellement en vigueur. Ainsi, l'article 33 de la loi d'orientation sur l'outre-mer du

¹ GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 4, 2001, p. 1583.

² L'argument a été avancé par le Professeur Luchaire, in LUCHAIRE (François), « Droit des populations autochtones françaises », *Droit et Cultures*, n° 1, 1999, p. 142.

³ GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 4, 2001, p. 1585.

13 décembre 2000¹, qui reprend les termes de l'article 8j de la Convention sur la diversité biologique², indique que « l'Etat et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales fondées sur leurs modes de vie traditionnels ». Si cette disposition ne permet pas d'identifier les « communautés autochtones et locales » concernées, il en est d'autres qui sont à l'origine de la personnalisation juridique de groupes minoritaires, à l'exemple des clans en Nouvelle-Calédonie (A) et des communautés amérindiennes en Guyane (B).

A. La reconnaissance des clans en Nouvelle-Calédonie

Outre le fait de faciliter son identification, l'attribution à un groupe minoritaire de la personnalité juridique présente une double utilité : elle lui permet d'être titulaire de droits collectifs mais aussi de pouvoir agir de manière autonome pour défendre ces droits. C'est précisément le double objectif qu'ont poursuivi les autorités locales de Nouvelle-Calédonie dans les années 1980 à l'égard des clans traditionnels³. La délibération n° 116 du 14 mai 1980 de l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie organise ainsi l'attribution des terres domaniales aux clans et leur reconnaît des prérogatives en matière financière⁴. En vertu de cette délibération, les clans ont donc vocation à être titulaires du droit de propriété sur des terres dont il est d'ailleurs précisé qu'ils peuvent les louer ou les prêter. Il est vrai que le texte ne reconnaît pas expressément la personnalité juridique des clans mais une jurisprudence de principe admet que certains groupements puissent être dotés de la personnalité juridique hors de tout texte la leur attribuant explicitement⁵. Partant, le juge civil estime que les clans peuvent agir en justice⁶ et le juge administratif accueille les requêtes des clans et chefferies dès lors qu'ils ont un intérêt à agir⁷.

En revanche, les autorités nationales ont été plus réticentes à conférer la personnalité juridique aux clans traditionnels. L'ordonnance du 15 octobre 1982

¹ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 (*JORF*, 14 décembre 2000, p. 19760)

² La Convention sur la diversité biologique, adoptée lors du Sommet de la Terre de Rio de Janeiro en 1992, est entrée en vigueur le 29 décembre 1993. La France y est partie depuis le 1^{er} juillet 1994, date du dépôt de son instrument de ratification (autorisée par la loi n° 94-477 du 10 juin 1994, *JORF*, 11 juin 1994, p. 8450). Sur cette convention, voir HERMITTE (Marie-Angele), « La Convention sur la Diversité Biologique », *AFDI*, 1992, pp. 844-870.

³ Voir ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, avril-juin 1994, p. 308.

⁴ *JONC*, 2 juin 1980, p. 952.

⁵ En ce sens, voir Cass. civ., 28 janvier 1954, *Dalloz*, 1954, p. 217, note G. Levasseur ; *JCP*, 1954, II, n° 7978, concl. Lemoine ; *Droit social*, 1954, p. 161, note P. Durand.

⁶ CA Nouméa, 9 avril 1987, *Clans Mararheu et autres c. clan Nerho* ; *JCP*, 1987, II, 20880, note J.-L. Vivier. Cet arrêt infirme le jugement du tribunal civil de Nouméa du 22 avril 1985 aux termes duquel les requêtes avaient été rejetées, les clans requérants étant dépourvus de personnalité juridique.

⁷ Voir notamment TA Nouvelle-Calédonie, 10 novembre 2005, *Chefferie N'umia Kambwa Wecho Pweyta*, req. n° 05290.

relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie¹ utilise à cet égard un subterfuge juridique, en instituant les « groupements de droit particulier local ». Ces groupements, dont la constitution doit être déclarée auprès des autorités locales², regroupent des membres d'un même clan en vue d'invoquer et d'exercer en commun des droits fonciers coutumiers. Leur fonctionnement interne est entièrement régi par les coutumes du clan. A l'égard de l'extérieur, les groupements de droit particulier local ont vocation à être des opérateurs économiques classiques. Leur composition et leurs règles de fonctionnement interdisent toutefois toute assimilation à de simples associations de droit commun. Il s'agit en effet d'une structure administrative conçue spécifiquement pour les besoins des populations autochtones ; il serait difficilement imaginable que ce statut soit revendiqué par une famille d'origine métropolitaine³. Dès lors, il paraît légitime de considérer le groupement de droit particulier local comme la personnalisation juridique du clan traditionnel.

Le recours à ce type de construction juridique permet à l'Etat de conférer des droits spécifiques aux institutions traditionnelles de Nouvelle-Calédonie, sans pour autant les reconnaître directement. L'intérêt d'un tel expédient est évident et justifie que ce procédé juridique soit également utilisé en Guyane.

B. La reconnaissance des communautés autochtones en Guyane

Les revendications de reconnaissance sont loin d'être l'apanage des populations des territoires devenus collectivités d'outre-mer. Elles sont relayées par les élites politiques et intellectuelles des DOM qui réclament depuis longtemps la reconnaissance de l'identité propre des populations de ces départements. Comme l'affirmait Aimé Césaire dans un discours prononcé en 1971, « les peuples des quatre territoires de la Réunion, de la Guyane, de la Guadeloupe, de la Martinique constituent, par leur cadre géographique, leur développement historique, leurs composantes ethniques, leur culture, leurs intérêts économiques, des entités nationales [...] qui doivent être constituées dans le cadre juridique d'un Etat autonome »⁴. Cette représentation de la « nation » s'avère manifestement fort éloignée de la conception politique présentée par Renan comme étant le fondement de la nation française ; il s'agit bien plus d'une conception « culturaliste »⁵, voire « généalogique »¹, que l'on retrouve aujourd'hui

¹ Ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982, *JORF*, 17 octobre 1982, p. 3110.

² Selon la procédure prévue par le décret n° 89-570 du 16 août 1989 (*JORF*, 18 août 1989, p. 10359).

³ En ce sens, voir GARDE (François), « Les Autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 5.

⁴ Cité in WILLIAM (Jean-Claude), « Aimé Césaire : les contrariétés de la conscience nationale », in CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin) dir., *1946-1996 : Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, l'Harmattan, 1997, p. 332.

⁵ JOS (Emmanuel), « Identité culturelle et identité politique, le cas martiniquais », in CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin) dir., *op. cit.*, p. 335.

dans la composition du peuple kanak. De telles revendications avaient fort peu de chances d'aboutir, au regard de la politique d'assimilation menée par la métropole dans les départements d'outre-mer. Si les populations de Réunion, de Guyane, de Guadeloupe et de Martinique sont désormais reconnues aux termes de l'article 72-3 alinéa 1^{er} de la Constitution, leur délimitation repose sur l'assise territoriale des départements concernés et non sur leurs caractéristiques historiques, ethniques ou culturelles².

Pour autant, au sein de la population guyanaise, les autorités ont clairement distingué la situation juridique des communautés amérindiennes, bien que les textes les concernant évitent d'utiliser expressément les termes « autochtones » ou « amérindiens ». Ainsi, l'arrêté préfectoral du 22 novembre 1952 crée un service des *populations primitives* ; l'arrêté préfectoral du 17 décembre 1970 institue quant à lui un Comité de coordination des actions en faveur des *populations tribales*³. La loi du 21 février 2007 constitue à cet égard un aggiornamento en établissant un Conseil consultatif des *populations amérindiennes et bushinenge*⁴. La création de cette institution participe de la reconnaissance directe des populations autochtones de Guyane, sans toutefois leur accorder une véritable personnalité juridique. Pour cela, il faut se référer à une série de textes qui reconnaît l'existence de droits d'usage et de droits traditionnels de propriété au profit de « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt »⁵. Administrativement, ces « communautés » sont structurées en associations relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901⁶. En pratique, elles correspondent peu ou prou aux tribus amérindiennes ayant conservé leur mode de gestion collective du sol. Sous la forme d'associations, les communautés autochtones de Guyane se trouvent donc revêtues d'une véritable personnalité juridique⁷.

¹ GIRAUD (Michel), « De la négritude à la créolité : une évolution paradoxale à l'ère départementale », in CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin) dir., *op. cit.*, p. 394.

² Voir *supra*, pp. 302ss.

³ Ces textes sont mentionnés in ZILLER (Jacques), *Les DOM-TOM*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1996, p. 92.

⁴ Loi n° 2007-224 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3220.

⁵ Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 (*JORF*, 16 avril 1987, p. 4316) et décret n° 92-46 du 16 janvier 1992 modifiant le code du domaine de l'Etat (*JORF*, 17 janvier 1992, p. 811) ; ordonnance n° 2005-867 du 28 juillet 2005 portant actualisation et adaptation du droit domanial, du droit foncier et du droit forestier applicables en Guyane (*JORF*, 29 juillet 2005, p. 12379) ; loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux (*JORF*, 15 avril 2006 ; p. 5682) ; ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques (*JORF*, 22 avril 2006, p. 6024) ; décret n° 2007-266 du 27 février 2007 créant le parc national dénommé « Parc amazonien de Guyane » (*JORF*, 28 février 2007, p. 3757).

⁶ *JORF*, 2 juillet 1901, p. 4025.

⁷ Un avant-projet de loi soumis au Secrétariat d'Etat des DOM-TOM en 1984 visait à attribuer la personnalité juridique aux collectivités amérindiennes et noires-réfugiées de Guyane. Le texte n'a toutefois jamais eu de suite (voir MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 109-115).

L'inventaire des procédés juridiques utilisés par le législateur français pour éviter de reconnaître directement l'existence de communautés autochtones paraît n'avoir qu'un intérêt théorique. La vie quotidienne des populations autochtones sur leurs terres est en effet indépendante de structures administratives qui n'ont aucun équivalent en droit coutumier. Néanmoins, en dépit de leur caractère fictif, ces constructions juridiques permettent aux collectivités autochtones de bénéficier de droits collectifs et d'un accès à la justice auxquels elles n'auraient jamais pu prétendre sans cela.

Il apparaît donc, au final, que le législateur comme le constituant se réfugie dans des circonvolutions juridiques pour préserver le mythe de l'unité du peuple français. Pour autant, la négation des minorités est beaucoup moins systématique qu'elle ne le paraît de prime abord : non seulement l'existence de populations d'outre-mer est reconnue mais encore, au sein de ces populations, les collectivités autochtones sont prises en considération. Cette identification ouvre alors la voie à la différenciation juridique de groupes minoritaires.

SECTION 2. LA DIFFÉRENCIATION JURIDIQUE DE GROUPES MINORITAIRES

L'identification juridique de groupes minoritaires témoigne de l'émergence d'un véritable droit à la différence en droit public français. Pour autant, ce droit à la différence peut-il légitimer une différence de droits ? La majorité de la doctrine s'y oppose¹, en fondant son argumentation sur le principe d'égalité². De fait, si l'égalité devant la loi autorise les différenciations juridiques commandées par des différences de situation³, c'est uniquement dans la mesure où il s'agit de différences objectives de situation⁴. Ainsi, les habitants des DOM peuvent être soumis à un traitement juridique différent dès lors que ce dernier est justifié par la situation géographique particulière

¹ En ce sens, voir notamment KOUBI (Geneviève), « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 263-281 ; LE POURHIET (Anne-Marie), « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme », in ROULAND (Norbert) dir., *op. cit.*, pp. 251-261.

² C'est par la décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 que le Conseil constitutionnel confère valeur constitutionnelle au principe d'égalité, en se référant pour la première fois explicitement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (*Rec.*, p. 25 ; FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 20, p. 276). Voir MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, pp. 65-68.

³ Aux termes d'une jurisprudence constante du juge constitutionnel (décision n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Rec.*, p. 31 ; *RDP*, 1979, p. 1691, note L. Favoreu) et du juge administratif (CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Leb.*, p. 274 ; *AJDA*, 1974, p. 298, note M. Franc et M. Boyon ; *RDP*, 1974, p. 467, note M. Waline ; *RA*, 1974, p. 440, note F. Moderne).

⁴ Pour des exemples de différences de situation autorisant, selon la jurisprudence, une différence de traitement juridique, voir MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, pp. 165-178 ; ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 7^{ème} éd., 2006, pp. 443-447.

de ces départements¹. En revanche, le juge ne saurait accepter de différenciation juridique sur la base de différences subjectives, *a fortiori* ethniques ou culturelles². Comme le résume le Professeur Marcou, « établir des droits au titre d'une prétendue "spécificité", c'est attaquer les fondements mêmes de la liberté politique. Aucun "particularisme" ne peut justifier des "droits" particuliers »³.

Une fois encore, l'analyse du droit positif tend à désavouer ces affirmations universalistes. A partir des années 1980, l'Etat a mis en œuvre des politiques d'égalité des chances orientées vers la lutte contre les discriminations qui frappent certaines catégories de citoyens en raison de leur appartenance ethnique, religieuse ou culturelle. L'outre-mer a été particulièrement concerné par ces politiques, se présentant dès lors comme « un laboratoire particulièrement instructif pour l'étude du rapport égalité-différence »⁴. Dans ces collectivités, l'Etat a institué une « égalité différentielle » au profit des populations autochtones par le biais de droits dérogatoires destinés à compenser, voire à corriger certaines inégalités résultant généralement de la période coloniale⁵. De telles mesures conduisent implicitement à considérer l'appartenance ethnique comme support de droits spécifiques.

Cette évolution du droit public n'est pas sans incidence sur l'exercice de la citoyenneté, entendue comme la jouissance d'un certain nombre de droits politiques, civiques, civils et sociaux⁶. En vertu de la conception universaliste de la citoyenneté, tous les citoyens français disposent des mêmes droits, doivent remplir les mêmes obligations et obéir aux mêmes lois, quels que soient leur origine, leur sexe, leur religion ou leurs caractéristiques économiques et sociales. La citoyenneté française est conçue comme transcendant les différences, et commandant directement l'égalité de droits et de traitement des individus⁷. L'attribution de droits différenciés à certains citoyens en raison de leur appartenance identitaire met donc à l'épreuve cette citoyenneté républicaine, qui perd le caractère uniforme et égalitaire que lui prête habituellement le droit français. L'enjeu est d'autant moins négligeable que l'octroi de

¹ En ce sens, voir CE, 9 février 1983, *Esdras, Leb.*, p. 48 ; RDP, 1983, p. 830, concl. D. Labetoulle.

² Sur les discriminations interdites par le juge, voir MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, pp. 75-92.

³ MARCOU (Gérard), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 60-61.

⁴ LE POURHIET (Anne-Marie), « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 256.

⁵ Fustigeant ce passage de l'« égalité universelle » à l'« équité catégorielle », voir LE POURHIET (Anne-Marie), « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », in MORENA (Frédérique de la) dir., *Actualité de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 419-425.

⁶ Pour une discussion sur la teneur souvent indéterminée de ces droits et, par suite, sur la difficulté à définir le concept de citoyenneté, voir LOCHAK (Danièle), « La citoyenneté : un concept juridique flou », in COLAS (Dominique) et al., *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, pp. 179-207.

⁷ CHEVALLIER (Jacques), « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, avril 1999, pp. 4-5.

droits dérogatoires à certaines catégories de citoyens (§ 1) conduit à l'apparition de citoyennetés différenciées (§ 2) au sein de la République.

§ 1. L'octroi de droits dérogatoires

L'égalité proclamée en France depuis la Révolution est une égalité formelle, d'ordre juridique¹. Or, si la proclamation de l'égalité de droit peut servir l'égalité de fait, elle peut aussi laisser subsister et se développer les inégalités de fait, comme dans les collectivités ultra-marines où les populations autochtones se trouvent stigmatisées. Dans ce contexte, l'exigence de non-discrimination traditionnellement déduite du principe d'égalité demeure nécessaire : le fait d'appartenir à une ethnie, à une culture ou à une confession minoritaire ne doit pas se traduire par des désavantages consacrés par le droit. Toutefois, la persistance des inégalités de fait peut aussi exiger des mesures supplémentaires visant à (r)établir une égalité réelle entre les citoyens ; il s'agirait non plus d'appliquer le principe d'égalité, mais bien de mettre en œuvre celui de fraternité². Dans ce cas, le fait d'appartenir à une catégorie défavorisée pourrait justifier des avantages spécifiques, dérogatoires au droit commun³.

L'attribution de droits dérogatoires n'est pas sans effet sur l'ordonnement juridique de l'Etat : elle conduit à limiter le champ d'application des règles de droit commun, en leur substituant des règles particulières de portée plus restreinte⁴. Cette solution, qui conduit à contester non seulement la portée mais aussi le contenu du droit étatique, se justifie par le fait que la règle dérogatoire est censée être mieux adaptée à la situation spécifique qu'elle régit. De fait, la dérogation permet une adaptation du droit étatique aux situations locales et/ou minoritaires⁵. Par ce

¹ En témoigne la formulation de l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux *en droits*. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » (italiques ajoutées par nos soins). Sur la conception révolutionnaire du principe d'égalité, voir CAPORAL (Stéphane), *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Paris, Economica, 1995, 339 p. Sur la mise en œuvre de ce principe, voir PELLISSIER (Gilles), *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, 143 p.

² FABRE (Michel-Henry), « Le concept de République dans les Constitutions françaises », in MATHIEU (Bertrand), VERPEAUX (Michel) dir., *La République en droit français*, Paris, Economica, 1992, p. 45.

³ Ainsi, pour Yaël Attal-Galy, la recherche de l'égalité réelle conduit l'Etat à recourir à des procédés juridiques dérogatoires au droit commun, ayant pour effet de saisir les sujets de droit non plus dans leur individualité mais en fonction de leurs spécificités (ATTAL-GALY (Yaël), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, Paris, LGDJ, 2003, 638 p.).

⁴ Voir LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 9.

⁵ En ce sens, le pouvoir de dérogation est exercé en vertu du principe d'adaptation du droit aux faits, dont découle le principe de mutabilité des règles de droit. Ce principe est également à la source du pouvoir d'abrogation du législateur, consacré à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel (décisions n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Rec.*, p. 110 ; n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Rec.*, p. 204 ; n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Dalloz*, 1999, p. 234). Le principe de mutabilité des règles de droit a été reconnu pour la loi comme pour les actes réglementaires (voir CE, 17 mars 1911, *Blanchet, Leb.*, p. 322) et n'est battu en brèche que dans l'hypothèse où une norme de rang supérieur interdit l'usage du pouvoir de modification (abrogation ou dérogation).

mécanisme, le législateur permet à certaines situations spécifiques d'échapper à un traitement général inadapté, pour être soumises à des règles plus adéquates. En effet, il arrive « que certaines situations comprises dans l'hypothèse d'une règle générale ne supportent pas ou ne supportent plus d'être traitées de manière homogène. Il est un temps où l'uniformité ne convient plus et où l'intérêt général réclame de la particularisation de manière à donner aux cas disparates le traitement qui leur revient. Ainsi, lorsque la particularité devient disparité, afin d'échapper à la rigueur qui confine à l'injustice, la règle doit se ramifier de manière telle que pour des situations comprises au départ dans une même hypothèse, des régimes différents soient imaginés »¹.

A priori, l'institution de mesures préférentielles en faveur de certaines catégories de la population remet en cause « l'héritage révolutionnaire de l'idée d'égalité [ainsi que] l'idée corrélatrice de la citoyenneté »². Pourtant, de telles mesures ont progressivement été introduites en France à partir des années 1990, sous la forme de discriminations positives (A). Parmi celles-ci, l'établissement d'un accès privilégié à l'emploi local en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française témoigne d'une prise en compte spécifique des populations autochtones (B).

A La mise en œuvre de discriminations positives

Le concept de discrimination positive se fonde sur une conception libérale de la justice sociale, tendant à rééquilibrer les chances dont dispose chaque individu dans la société, en neutralisant les handicaps – objectifs ou subjectifs – que leur appartenance à un groupe discriminé fait peser sur eux. Cette conception particulière de la justice sociale, d'origine américaine, a été théorisée par John Rawls, pour qui la justice sociale implique non plus seulement l'égalité mais aussi l'équité³ et vise, « au-delà de l'égalité des chances, à réaliser immédiatement une égalité de résultat »⁴. Un tel objectif justifie la mise en place de politiques accordant à certains individus ou à certains groupes des droits dérogatoires au droit commun pour compenser les différences originelles de situation. Ces politiques s'inscrivent ainsi dans le cadre d'un

¹ LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 107-108.

² JOUANJAN (Olivier), « Egalité », in ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane) dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003, p. 589.

³ John Rawls formule ainsi une « théorie de la justice comme équité », in RAWLS (John), *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1997 (éd. originale 1971), pp. 9-15. Sur le concept d'équité et sa mise en œuvre en France, voir notamment la thèse de FOULETIER (Marjolaine), *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, 2003, 445 p.

⁴ Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, Coll. Etudes et Documents, 1997, p. 86.

« différencialisme correcteur »¹ tendant à des modifications structurelles en faveur des populations minorisées.

Plusieurs Etats ont d'ores et déjà mis en œuvre le principe d'une discrimination positive en faveur de leurs minorités nationales². La politique de l'*affirmative action* aux Etats-Unis en est un exemple topique³. Au Canada, l'article 15 § 2 de la Charte des droits et libertés autorise « les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ». Plus qu'une faculté, l'action positive en faveur de ces minorités a été reconnue comme une véritable obligation à la charge des autorités étatiques : selon la Cour suprême⁴, un traitement égalitaire qui ne se préoccuperait pas de la différenciation des personnes appartenant à la majorité et de celles appartenant à une minorité violerait le droit à l'égalité consacré par la Constitution⁵.

Les autorités françaises ont été beaucoup plus réticentes à donner force juridique au principe d'équité par le biais de « discriminations compensatoires »⁶. Au reste, la décision *Quotas par sexe* rendue par le Conseil constitutionnel en 1982⁷ avait été interprétée par la majorité de la doctrine comme excluant la possibilité de discriminations positives⁸. Pourtant, par la suite, le juge constitutionnel n'a pas censuré les lois introduisant des mesures préférentielles au profit de catégories de personnes défavorisées du fait de leur âge ou de leur situation socio-économique⁹,

¹ L'expression est empruntée à BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, p. 169.

² Pour une analyse comparée des discriminations positives, voir RENAULD (Bernadette), « Les discriminations positives : plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, 1997, pp. 425-460.

³ Voir notamment SABBAGH (Daniel), *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003, 452 p.

⁴ Cour suprême du Canada, 2000, *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, RCS, Vol. 1, p. 3.

⁵ Voir ELBAZ (Mikhaël), MURBACH (Ruth), « Des préférences, des différences et des sacrifices : l'action positive et le pluralisme juridique au Canada », in BELLEY (Jean-Guy) dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1996, pp. 69-93.

⁶ AUTIN (Jean-Louis), « Les discriminations compensatoires entre principe d'égalité et droit à la différence. Une contradiction de normes ? », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 107-118.

⁷ Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Rec.*, p. 66 ; *Dalloz*, 1984, p. 469, note L. Hamon ; *AJDA*, 1983, p. 74, note J. Boulouis. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 31, pp. 514-529.

⁸ En ce sens, voir le commentaire que le Doyen Favoreu avait fait sur cette décision dans les premières éditions des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Pour exemple, voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 7^{ème} éd., 1993, p. 286.

⁹ CC, décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Rec.*, p. 59 ; *Droit social*, 1989, p. 701, note X. Prétot ; *AJDA*, 1989, p. 796, note F. Benoît-Rohmer.

d'un handicap¹ ou de leur localisation géographique². Pour le Conseil, non seulement ces discriminations positives³ ne transgressent pas le principe d'égalité, mais ce sont précisément de telles discriminations qui permettent d'assurer la mise en œuvre du principe⁴. Le Conseil d'Etat défend la même approche dans son rapport public de 1996, où il indique que « le principe d'égalité n'atteint réellement son but que s'il est aussi le vecteur de l'égalité des chances. Celle-ci doit être promue plus activement pour enrayer l'aggravation des inégalités économiques, sociales et culturelles. Une telle action peut passer par une différenciation des droits dès lors que l'intérêt général résultant de l'objectif de réduction des inégalités rend juridiquement possible une dérogation raisonnable apportée au principe d'égalité des droits »⁵. Ainsi, par exemple, « la situation particulière des départements et territoires d'outre-mer a depuis longtemps justifié un traitement juridique spécifique. Celui-ci a même pu prendre la forme de discriminations positives lorsqu'il s'agit de compenser certaines difficultés afférentes à ces territoires éloignés »⁶.

Ces mesures préférentielles sont conformes aux principes républicains dans la mesure où elles reposent sur la prise en compte des seules caractéristiques socio-économiques de leurs bénéficiaires. En revanche, elles demeurent interdites lorsqu'elles « font appel à l'un des critères prohibés par la Constitution comme la

¹ CC, décision n° 94-357 DC, 25 janvier 1995, *Rec.*, p. 179 ; *Revue de droit sanitaire et social*, 1995, p. 579, note E. Alfandari ; *RFDC*, 1995, p. 384, note E. Oliva ; *LPA*, n° 68, 7 juin 1995, p. 10, note B. Matthieu.

² CC, décisions n° 86-207 DC des 25/26 juin 1986, *Rec.*, p. 61 ; n° 89-270 DC du 29 décembre 1989, *Rec.*, p. 129 ; n° 94-350 DC du 20 décembre 1994, *Rec.*, p. 134 ; n° 91-291 DC du 6 mai 1991, *Rec.*, p. 40 ; n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Rec.*, p. 183. Voir MADIOT (Yves), « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, pp. 946-960.

³ Ces mesures prennent généralement la forme de politiques de redistribution, recourant aux techniques classiques de péréquation fiscale, de tarification modulée des prestations de service public, ou encore de transferts de ressources entre différentes catégories de population.

⁴ CC, décision n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, *précit.*, cons. 29. Voir ROUSSEAU (Dominique), « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995, pp. 876-883 ; MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, n° 10, septembre-octobre 1997, pp. 906-924 ; LEVADE (Anne), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 55-71.

⁵ Conseil d'Etat, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La Documentation française, 1996, p. 113. Pour une critique virulente de ce raisonnement, voir LE POURHIET (Anne-Marie), « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, mars-avril 2001, pp. 166-177.

⁶ Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 95. Les articles 73 et 74 de la Constitution sont donc porteurs de discriminations positives, en prévoyant des régimes législatifs adaptés à la « situation particulière » des départements et collectivités d'outre-mer. En revanche, le bénéfice d'un statut personnel de droit coutumier en vertu de l'article 75 ne constitue pas une discrimination positive, bien qu'il institue une différenciation juridique de traitement favorisant une catégorie déterminée de personnes. En effet, l'octroi de statuts coutumiers ne vise pas à compenser une inégalité de fait, qui réside dans les conséquences engendrée par la situation coloniale. De plus, le constituant n'affirme pas expressément qu'il entend favoriser une catégorie de personnes, qui n'est que généralement désignée. Ainsi, les statuts coutumiers et les discriminations positives procèdent d'une même tendance visant à instituer des situations particulières dans un esprit de plus grande justice mais, juridiquement, ces deux constructions ne se confondent pas.

race, l'origine, la religion, les croyances ou le sexe »¹. Ainsi, les discriminations positives ne peuvent avoir pour destinataires des catégories de population définies en fonction de leur origine ou de leurs caractéristiques ethniques². Fonder une discrimination, même positive, sur ces critères traditionnellement prohibés conduirait à mettre en œuvre une politique d'*affirmative action* à l'américaine incompatible avec les principes universalistes du droit public français³ et dont les effets, par ailleurs, restent incertains⁴.

Cette conception restrictive des discriminations positives⁵ est cohérente avec le refus de reconnaître l'existence de minorités nationales en France. Néanmoins, dans les cas où ces minorités répondent aux critères sociaux, économiques et/ou géographiques retenus pour la mise en œuvre de politiques différentialistes, elles se trouvent être, de fait, les destinataires privilégiées de ces politiques. Dès lors, « la discrimination positive territoriale permet d'atteindre, sans les nommer expressément et, surtout, sans les désigner exclusivement, des groupes qui, aux Etats-Unis, seraient sans aucun doute appréhendés comme des minorités ethniques ou raciales »⁶. Les exemples de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française sont particulièrement révélateurs. Dans ces collectivités, l'Etat a mis en œuvre un régime de préférence territoriale qui institue des discriminations positives au profit, *de facto*, des populations autochtones⁷. La discrimination positive territoriale devient ainsi discrimination positive ethnique⁸. L'objectif implicitement visé est d'assurer une compensation au bénéfice de certains groupes qui ont été stigmatisés pour des raisons raciales ou

¹ FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 310, p. 528.

² C'est précisément pour cette raison que Franck Abikhzer estime que les discriminations positives sont « inaccomplies » en France car elles sont délestées de leur aspect identitaire (ABIKHZER (Franck), « La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire », *RRJ*, 2005, pp. 2081-2096).

³ CALVES (Gwenaële), « L'*affirmative action* dans la tradition juridique américaine », in DANIEL (Christine), LE CLAINCHE (Christine) dir., *Définir les inégalités*, Paris, DREES, 1999, p. 54.

⁴ Sur la mise en œuvre de l'*affirmative action* aux Etats-Unis, voir SABBAGH (Daniel), *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003, 452 p.

⁵ Voir DAVID (Franck), *La notion de discrimination positive en droit public français*, thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2001, 611 p. ; BARLES (Sébastien), *Les mesures positives (actions et discriminations positives) en droit français ou l'insertion de politiques publiques différenciées et différentialistes au sein de l'universalisme républicain*, thèse de doctorat, Université Vincennes Saint-Denis, 2002, 3 Vol., 1197 p.

⁶ CALVES (Gwénaële), « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 31.

⁷ C'est ainsi que la Nouvelle-Calédonie expérimente, en vertu des Accords de Matignon de 1988 et de Nouméa de 1998, des programmes préférentiels visant à dégager une élite professionnelle mélanésienne dans des secteurs réputés prioritaires pour le développement. Le programme « Cadres Avenir » a ainsi succédé au programme « 400 cadres » (sur ces programmes, voir le site du Ministère de l'outre-mer : <http://www.outre-mer.gouv.fr>)

⁸ Ce que n'interdit *a priori* ni le droit international, ni le droit européen. Ainsi, le préambule du protocole n° 12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, interdisant toute forme de discrimination, affirme que « le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective ».

culturelles par le passé, du fait de la colonisation. La principale mesure engagée dans cette perspective réside dans l'établissement d'un accès privilégié à l'emploi local au profit des minorités mélanésiennes et polynésiennes.

B. L'établissement d'un accès privilégié à l'emploi local

La mise en œuvre de discriminations positives en matière d'accès à l'emploi est une innovation déjà ancienne. Les premières mesures prévoyant un accès privilégié des populations autochtones à la fonction publique locale avaient été prises en Algérie dès la fin des années 1950¹. Abandonné après la décolonisation, ce dispositif a été réactivé par la loi du 6 septembre 1984 portant statut de la Nouvelle-Calédonie². Le titre V de la loi, relatif à l'accès à la fonction publique du territoire, comprenait en effet deux dispositions qui, aux termes de la requête adressée au Conseil constitutionnel, s'apparentaient à des discriminations positives et méconnaissaient « le principe de l'égal accès aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »³. La première prévoyait des modalités de recrutement spécifiques des agents de catégories C et D, qui pouvaient être recrutés sans concours (art. 131) ; la seconde établissait un mode de recrutement préférentiel des agents de catégories A et B en prévoyant que, pendant une période transitoire de trois ans, deux-tiers de ces agents devraient provenir du personnel ayant suivi une formation au Centre de formation du personnel administratif (CFPA) de la Nouvelle-Calédonie et le dernier tiers de la fonction publique du territoire (art. 137). Les critiques adressées par les requérants à l'article 131 semblaient infondées, dans la mesure où la possibilité d'un recrutement sans concours ne remplissait pas les critères d'une mesure discriminatoire : elle n'était destinée à aucun groupe particulier et, de surcroît, ne fixait aucune obligation de résultat. En revanche, l'article 137 visait clairement à favoriser la population autochtone ayant été formée par le CFPA du territoire, au détriment des candidats métropolitains. Certes, le texte ne réservait pas explicitement cet avantage aux seuls Kanaks afin de ne pas tomber sous le coup de la prohibition alors posée par l'article 2 de la Constitution ; en pratique, pourtant, imposer que les deux-tiers des agents passent par ce centre local de formation revenait à instaurer un quota de près de 70 % en faveur de la population néo-calédonienne⁴.

Dans sa décision du 30 août 1984, le Conseil a considéré qu'aucun de ces deux articles ne méconnaissait le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois

¹ Sur ce point, voir SILVERA (Victor), « L'accès à la fonction publique des Français musulmans d'Algérie », *AJDA*, 1958, pp. 121-122.

² Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984, *JORF*, 7 septembre 1984, p. 2840.

³ Pour les requérants, les dispositions de la loi contrevenaient également à l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946, en vertu duquel « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

⁴ En ce sens, voir MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997, p. 921.

publics¹. Si l'argumentation relative à l'article 131 de la loi était attendue², celle justifiant la constitutionnalité de l'article 137 appelle quelques précisions. Aux termes de sa décision, le juge constitutionnel estime que l'article 137 est conforme à la Constitution dans la mesure où « les dispositions critiquées confient à une commission de sélection présidée par un magistrat de l'ordre administratif le soin de proposer les candidats les plus aptes qui, seuls, peuvent être nommés »³. La garantie d'une procédure méritocratique de recrutement conduit ainsi le juge à autoriser une discrimination positive fondée sur l'origine des individus, critère de distinction pourtant explicitement prohibé par la Constitution. Il est probable qu'une telle disposition ait été validée parce qu'elle ne mentionnait pas explicitement le critère sur lequel elle se fondait. Pourtant le dispositif ne trompait personne : par son article 137, la loi tenait à l'écart du recrutement des agents publics en Nouvelle-Calédonie la majorité des métropolitains qui auraient souhaité se présenter à ces concours⁴.

Cette faille dans l'universalisme républicain s'est trouvée approfondie avec la conclusion de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998⁵ et l'adoption de la loi organique du 19 mars 1999⁶. Ces deux textes favorisent en effet la multiplication des discriminations positives en faveur de la population locale. Ainsi, l'Accord de Nouméa affirme que « l'accession des Kanaks aux responsabilités demeure insuffisante et doit être accrue par des mesures volontaristes » ; dans cette perspective, le texte prévoit de « favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie »⁷. Mettant en œuvre ces orientations générales, la loi organique du 19 mars 1999 dispose que « dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié [...] ». La Nouvelle-Calédonie

¹ Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Rec.*, p. 69 ; *RDJ*, 1986, p. 395, note L. Favoreu.

² Pour le Conseil constitutionnel, « aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours et qu'aucune disposition de la loi ne saurait être interprétée comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'ainsi le moyen tiré du principe de l'égal accès aux emplois publics ne saurait être retenu » (*Ibid.*).

³ Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, cons. 13, *Rec.*, p. 69.

⁴ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence », *RFDC*, n° 18, 1994, p. 277.

⁵ *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁶ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁷ L'article 3.1.1 de l'Accord dispose que « la Nouvelle-Calédonie mettra en place, en liaison avec l'Etat, des mesures destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants. La réglementation sur l'entrée des personnes non établies en Nouvelle-Calédonie sera confortée. Pour les professions indépendantes, le droit d'établissement pourra être restreint pour les personnes non établies en Nouvelle-Calédonie. Pour les salariés du secteur privé et pour la fonction publique territoriale, une réglementation locale sera définie pour privilégier l'accès à l'emploi des habitants ». L'accord prévoit en outre des dispositions particulières en matière de formation, qui devront tendre « à la poursuite du rééquilibrage et à l'accession des Kanaks aux responsabilités dans tous les secteurs d'activités ».

peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accès à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence. La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays ». Cette disposition ouvre manifestement la voie au développement des discriminations positives, en mettant en œuvre le « principe d'une préférence calédonienne à l'emploi et à l'établissement »¹.

A l'évidence, ces mesures sont en violation directe des dispositions constitutionnelles prohibant toute discrimination en droit du travail et toute atteinte à la liberté de circulation². Elles ont toutefois été validées par le Conseil constitutionnel, qui a estimé qu'elles trouvaient leur fondement dans l'Accord de Nouméa³. Ce faisant, le juge a entériné la possibilité d'instituer des discriminations positives en matière d'emploi au profit de la population mélanésienne. Il pourrait être rétorqué qu'aucune référence ethnique ou culturelle n'est explicitement mentionnée à l'article 24 de la loi organique, celle-ci évoquant seulement les personnes résidant depuis une certaine durée en Nouvelle-Calédonie. Cependant, « la lecture du préambule [de l'Accord de Nouméa] infirme ce raisonnement. Il y est clairement fait état d'un régime différencié en faveur de la population autochtone. La discrimination est ainsi officiellement fondée sur l'appartenance ethnique »⁴. En outre, comme le remarque Fred Constant, « quelle serait la portée d'une citoyenneté différenciée qui n'aurait aucun contenu social alors qu'elle est censée être le rouage essentiel d'une société démocratique à la fois plus égale et plus juste ? Quel pourrait être le profit d'une reconnaissance symbolique du "peuple kanak" (ou de toute autre entité) si celle-ci n'était pas adossée à une politique d'égalité des chances ? »⁵.

De fait, ces mesures préférentielles permettent à la fois de corriger les discriminations dont sont *de facto* victimes les Mélanésiens et de donner à la population locale les moyens de gérer une éventuelle indépendance⁶. S'agissant de l'objectif de correction des discriminations, ce rééquilibrage n'aurait pu être atteint au moyen de mesures universalistes ignorant les différences entre citoyens. Fort de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998⁷, le législateur s'est donc autorisé à

¹ Selon l'expression de FABERON (Jean-Yves), « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, 1999, p. 361.

² Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 5 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

³ CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 ; *AJDA*, 1999, p. 324, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 1999, p. 500, note O. Gohin ; *RFDC*, 1999, p. 328, note J. Pini ; *RDP*, 1999, p. 1005, note A.-M. Le Pourhiet.

⁴ ROSSINYOL (Garsenda), « Les accords de Nouméa du 5 mai 1998 : un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie », *RDP*, 2000, p. 465.

⁵ CONSTANT (Fred), « La citoyenneté entre égalité et identité », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 65.

⁶ En ce sens, voir ROSSINYOL (Garsenda), *op. cit.*, p. 464.

⁷ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

établir des distinctions fondées sur l'origine, nonobstant le bouleversement juridique qu'une telle initiative impliquait. S'agissant de l'objectif de formation de la population locale, l'autorisation législative de multiplier les discriminations positives en faveur des Kanaks vise essentiellement à faire en sorte que la Nouvelle-Calédonie dispose d'une fonction publique compétente dans l'hypothèse où elle accède à l'indépendance à l'issue d'un prochain référendum d'autodétermination.

La question des discriminations positives en matière d'emploi dépasse toutefois le cadre de la Nouvelle-Calédonie. En 1992, une délibération de l'assemblée territoriale de Polynésie française avait en effet organisé une « océanisation » de la fonction publique locale, en exigeant un minimum de cinq années de résidence sur le territoire pour pouvoir accéder aux emplois concernés¹. Comme en Nouvelle-Calédonie, cette disposition ne visait pas textuellement les Autochtones mais ceux-ci étaient, de fait, les premiers concernés². Le juge s'est toutefois opposé à cette condition de résidence : par deux fois, le tribunal administratif de Papeete a déclaré cette mesure illégale³. L'un de ces jugements a été confirmé en 1995 par le Conseil d'Etat, qui a estimé qu'en instituant une condition de cinq années de résidence sur le territoire, la délibération de l'Assemblée territoriale « s'est fondée sur des considérations étrangères aux critères résultant de la capacité des candidats et a ainsi méconnu le principe d'égal accès aux emplois publics »⁴.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003⁵ a toutefois mis un terme à cette jurisprudence, en introduisant dans le texte fondamental une disposition s'inspirant notoirement du système de préférence locale institué en Nouvelle-Calédonie. Le nouvel article 74 alinéa 10 de la Constitution dispose en effet que, pour les collectivités territoriales dotées de l'autonomie, la loi organique définissant le statut de ces collectivités peut déterminer les conditions dans lesquelles « des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ». S'il n'est pas explicitement question de discriminations positives, il était à supposer que la Polynésie souhaiterait pour « sa population » des mesures aussi exigeantes que celles adoptées en faveur des personnes installées durablement en Nouvelle-Calédonie. Le statut de la Polynésie française du 27 février 2004⁶ donne corps à ces suppositions, en

¹ Délibération n° 92-122-AT du 20 août 1992, *JOPF*, 10 septembre 1992, p. 1766.

² Sur ce point, voir LECHAT (Philippe), « La préférence territoriale en Polynésie française : éléments de réflexion », *Annales du Centre universitaire de Piraé (Tahiti)*, n° 5, 1990-1991, pp. 73-87.

³ Voir TA Papeete, 12 décembre 1991, *Mme Moreau c. Assemblée territoriale de la Polynésie française* ; TA Papeete, 29 juin 1993, *Haut-Commissaire de la République c. Assemblée territoriale de la Polynésie française*.

⁴ CE, 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, inédit.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁶ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183. Voir ORAISON (André), « Le principe de la "préférence régionale" reconnu en Polynésie française par la loi organique du 27

permettant aux institutions territoriales d'établir des mesures préférentielles en matière d'emploi¹ en faveur des personnes justifiant d'une durée de résidence suffisante en Polynésie ou mariées à ces résidents de longue durée².

Le juge a toutefois apporté deux limites à l'instauration de mesures préférentielles. En premier lieu, les discriminations positives doivent être, aux termes de la Constitution, « justifiées par les nécessités locales » ; le Conseil constitutionnel a déduit de cette précision que les mesures dérogatoires ne pouvaient intervenir que « dans la mesure strictement nécessaire à l'application du statut d'autonomie »³. C'est sur la base de cette interprétation restrictive que le Conseil d'Etat, saisi pour avis sur un projet de loi du pays néo-calédonienne⁴, a estimé que ce projet portant discrimination à l'emploi dans les fonctions publiques était contraire à l'article 6 de la Déclaration de 1789 ainsi qu'à l'article 25 § 3 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966⁵. Ce contrôle préalable du conseiller du gouvernement limite ainsi la marge d'action des autorités locales ; il est d'ailleurs révélateur qu'aucune loi du pays n'ait encore été adoptée en matière d'emploi local, en Nouvelle-Calédonie pas plus qu'en Polynésie. En second lieu, les discriminations positives ne sont admises qu'en Nouvelle-Calédonie et dans les collectivités dotées de l'autonomie. S'agissant des autres collectivités territoriales, la jurisprudence administrative traditionnelle s'applique, en vertu de laquelle aucune différence ne peut être faite entre les candidats, qu'ils soient originaires de la collectivité ou non. C'est ainsi que dans un arrêt du 24 octobre 1990, le Conseil d'Etat a annulé une circulaire ministérielle qui imposait que, dans chaque DOM, les emplois publics vacants soient réservés en priorité aux candidats originaires du département ou dont le conjoint en est originaire⁶.

Les discriminations positives sont ainsi limitées, en l'état actuel du droit, à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française. Dans ces deux collectivités, néanmoins, l'Etat a mis en œuvre un régime de préférence territoriale s'apparentant à ce que certains ont appelé une « politique d'indigénisation »⁷. L'insertion dans le droit français de discriminations implicitement fondées sur l'origine ethnique

février 2004 sur la base de l'article 74 de la Constitution (La consécration par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 d'un principe anti-républicain !) », *RRJ*, n° 114, 2006, pp. 1431-1437.

¹ La loi prévoit également des mesures préférentielles en matière de transferts de biens fonciers. Sur ce point, voir *infra*, pp. 384ss.

² Le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions, sur le fondement de l'article 74 alinéa 10 de la Constitution (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, cons. 30 à 32, *Rec.*, p. 41).

³ « CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *précit.* Cette interprétation reprend celle déjà opérée pour la mise en œuvre de l'accord de Nouméa par le juge constitutionnel dans sa décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999 (*Rec.*, p. 51) en matière de restrictions à l'emploi local en Nouvelle-Calédonie.

⁴ En vertu de l'article 108 alinéa 1^{er} de la loi organique du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197).

⁵ CE Ass., avis n° 372.237 du 17 novembre 2005, non publié.

⁶ CE, 24 octobre 1990, *Ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace c. Vignon*, inédit.

⁷ MOUTOUH (Hugues), *Recherche sur un droit des groupes en droit public français*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 1997, p. 262.

constitue, de fait, une brèche de taille dans l'universalisme républicain¹. Elle s'oppose aux principes fondamentaux du droit constitutionnel mais elle contrevient également aux traités communautaires qui garantissent la liberté de circulation et d'installation des ressortissants de l'Union européenne sur l'ensemble du territoire de l'Union². Ce n'est donc pas seulement la citoyenneté républicaine mais bien aussi la citoyenneté européenne qui se trouvent affectées par l'établissement de droits différenciés, porteurs de citoyennetés différenciées.

§ 2. L'apparition de citoyennetés différenciées

La citoyenneté fait traditionnellement référence au statut juridique des personnes physiques composant le corps politique souverain dans l'Etat. En ce sens, elle se manifeste par la jouissance d'un certain nombre de droits politiques, civiques, civils et sociaux. La tradition républicaine défend une conception universelle de la citoyenneté, en vertu de laquelle tous les membres de la communauté politique ont vocation à être citoyens par-delà leurs différences et donc à disposer des mêmes droits, sans discrimination. Or, depuis 1998, cette conception universaliste est remise en cause par l'apparition d'une citoyenneté néo-calédonienne dans l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998³.

Si la création de cette nouvelle citoyenneté locale a été présentée, à juste titre, comme une évolution majeure du droit public français, l'idée d'une « révolution juridique » doit toutefois être écartée. En effet, la reconnaissance d'une citoyenneté spécifique ne constitue pas une nouveauté qui viendrait ébranler l'édifice juridique national : à plusieurs reprises par le passé, la citoyenneté française a admis des « citoyennetés complémentaires »⁴ telles que la citoyenneté de l'Union française en 1946⁵ ou la citoyenneté de la Communauté française en 1958¹. Aujourd'hui encore

¹ Le Professeur Le Pourhiet assimile ces mesures préférentielles à de véritables « passe-droits » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1022). Voir également LE POURHIET (Anne-Marie), « Discriminations positives ou injustices ? », *RFDA*, 1998, pp. 519-525.

² Les COM relevant de l'article 74 de la Constitution et la Nouvelle-Calédonie constituent, selon le droit communautaire, des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) qui, en raison des « relations particulières » qu'ils entretiennent avec la France, bénéficient d'un régime spécifique d'association régi par le titre IV du Traité instituant la Communauté européenne. Toutefois, ce régime d'association (précisé par la décision d'association outre-mer, adoptée le 27 novembre 2001) ne permet pas de limiter la liberté d'établissement garantie à tous les citoyens de l'UE sans l'accord de la Commission européenne.

³ *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁴ AUTIN (Jean-Louis), « La pluri-citoyenneté », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 435.

⁵ Aux termes de la Constitution de 1946, la citoyenneté de l'Union française appartenait aux nationaux français, aux ressortissants des territoires d'outre-mer et aux ressortissants des territoires et Etats associés à la France. Elle permettait aux ressortissants des TOM et des territoires et Etats associés d'accéder aux droits et libertés garantis par le préambule de la Constitution de 1946, lequel n'incluait pas, toutefois, le droit de suffrage en France. A cet égard, voir BORELLA (François), « Nationalité et

s'ajoute à la citoyenneté française une citoyenneté de l'Union européenne résultant notamment de l'article 17 du Traité sur l'Union européenne². L'existence de « citoyennetés accessoires »³ à la citoyenneté française n'est donc pas une nouveauté⁴.

La véritable innovation de la citoyenneté calédonienne réside dans la différenciation juridique qu'elle introduit *entre les citoyens français*. En effet, cette citoyenneté locale relève de ce que les spécialistes de philosophie politique appellent la « citoyenneté différenciée », porteuse de droits spécifiques pour certains individus ou certains groupes⁵. Pour les partisans du multiculturalisme, la citoyenneté différenciée est une solution aux revendications identitaires, dans la mesure où elle permet de concilier le bénéfice de droits universels identiques pour tous et de droits particuliers réservés à certains⁶. Par suite, la consécration d'une citoyenneté néo-calédonienne semble modifier la conception de la citoyenneté républicaine, celle-ci cédant progressivement du terrain à une « citoyenneté multiculturelle »⁷ reflétant l'appartenance à un groupe culturel déterminé.

Dans ce nouveau cadre conceptuel, la citoyenneté néo-calédonienne n'est pas la seule à devoir être prise en compte. Dès lors que la notion de citoyenneté est liée à la jouissance de droits spécifiques, d'autres « citoyennetés différenciées » peuvent être recensées au sein de la République, bien qu'elles ne soient pas officiellement

citoyenneté », in COLAS (Dominique) et al., *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, p. 225.

¹ La citoyenneté de la Communauté française était prévue par l'ancien article 77 de la Constitution, abrogé en 1995. L'alinéa 3 de cet article indiquait que « tous les citoyens [de la Communauté] sont égaux en droit, quelles que soient leur origine, leur race ou leur religion. Ils ont les mêmes devoirs ». Il s'agissait là d'une pétition de principe en l'absence de référence à un corpus commun de libertés publiques, le droit de suffrage s'exerçant dans chaque Etat membre de la Communauté selon les conditions définies par cet Etat.

² Article 17 TUE : « Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».

³ Le Professeur Gohin qualifie ces citoyennetés d'« accessoires dans la mesure où leur détention suppose, au préalable, que la citoyenneté française, à titre principal, soit et demeure acquise » (GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, p. 73).

⁴ A cet égard, voir DIMIER (Véronique), « De la citoyenneté de l'Union française (1946) à la citoyenneté de l'Union européenne (1992) : la Nation et la République française en débat », *Revue politique et parlementaire*, n° 1013, 2001, pp. 116-133.

⁵ Cette notion a été surtout développée par les auteurs anglo-saxons ; de fait, la citoyenneté différenciée est généralement expérimentée dans les Etats fédéraux multiculturels, le Canada en tête, dont les citoyens disposent à la fois de la citoyenneté de l'Etat fédéral et de celle de l'Etat fédéré dont ils relèvent. Voir notamment KYMLICKA (Will), *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 24-25.

⁶ Le Professeur Kymlicka distingue plusieurs sortes de droits particuliers : les « droits à l'autonomie gouvernementale » qui conduisent à transférer un certain pouvoir à une unité politique contrôlée par une minorité nationale, les « droits polyethniques » qui se manifestent par des droits dérogatoires accordés à une minorité pour exprimer ses particularités, et les « droits spéciaux de représentation politique » qui consistent à garantir la représentation d'une minorité nationale dans les institutions étatiques. Ces différents droits conditionnent trois types de citoyennetés différenciées qui peuvent parfois se combiner. KYMLICKA (Will), *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 107-115.

⁷ Selon l'expression de KYMLICKA (Will), *op. cit.*, 357 p.

reconnues. Ainsi, la citoyenneté multiculturelle à la française se caractérise par la création constitutionnelle d'une citoyenneté néo-calédonienne (A) et par l'établissement implicite de citoyennetés différenciées (B).

A. La création constitutionnelle d'une citoyenneté néo-calédonienne

L'Accord de Nouméa énonce la nécessité de « poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie » afin de permettre « au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun »¹. Dans cette perspective, l'article 77 alinéa 4 de la Constitution révisée le 20 juillet 1998² confie au législateur organique le soin de déterminer « les règles relatives à la citoyenneté » néo-calédonienne. La loi organique du 19 mars 1999³ établit donc une citoyenneté locale qui se surajoute aux citoyennetés française et européenne⁴. Construction sans précédent en droit français, cette citoyenneté néo-calédonienne a été fort critiquée dès sa mise en œuvre, tant au regard de son contenu fort discuté (1) que de sa régularité incertaine (2).

1. Le contenu discuté de la citoyenneté néo-calédonienne

Les nombreuses critiques, parfois très virulentes⁵, à l'encontre de la citoyenneté néo-calédonienne s'appuient généralement sur l'idée que cette « citoyenneté » locale inédite pervertit la notion même de citoyenneté, telle qu'elle est perçue en France. A dire vrai, un tel argument ne paraît pas infondé, dès lors que l'on s'attache aux bénéficiaires et à la portée de cette citoyenneté.

L'article 4 de la loi organique du 19 mars 1999 dispose qu'« il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188 »⁶, lesquelles tiennent notamment à dix ans de domicile en Nouvelle-Calédonie⁷. Au demeurant, il n'y a donc pas de correspondance entre le peuple kanak, notion retenue par le préambule de l'Accord de Nouméa, et la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, pas plus qu'il n'y a

¹ Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

² Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

³ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁴ Sur l'application de la citoyenneté européenne aux pays et territoires d'outre-mer, voir ZILLER (Jacques), « L'Union européenne et l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, 2995, pp. 145-157.

⁵ Voir GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, pp. 69-82 ; LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, pp. 1005-1035.

⁶ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.*

⁷ Il paraît peu opportun de mentionner ici l'ensemble des conditions posées par l'article 188, qui relèvent de la procédure électorale. Pour plus de précisions sur ces conditions, voir HYEST (Jean-Jacques), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 77 de la Constitution*, Rapport n° 145, Sénat, 10 janvier 2007, pp. 14-20.

de concordance entre le bénéfice de cette citoyenneté et la jouissance du statut coutumier. La citoyenneté néo-calédonienne n'est pas une citoyenneté kanake. Il n'y a pas non plus de correspondance parfaite entre les électeurs conduits à participer au futur scrutin d'autodétermination selon les conditions fixées à l'article 218 de la loi organique, et les citoyens de Nouvelle-Calédonie appelés à voter lors des élections locales aux termes de l'article 188 de la même loi. Certes, les deux corps électoraux se recoupent généralement mais les divergences entre les conditions posées par l'article 218 et celles résultant de l'article 188 conduisent – curieusement – certains électeurs susceptibles de participer au scrutin d'autodétermination à ne pas bénéficier de la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie.

La formulation de la loi organique laissait toutefois une certaine incertitude quant à la date à partir de laquelle le délai de dix ans devait être calculé. Lors de l'examen de la loi organique¹, le Conseil constitutionnel a estimé que la disposition prévoyant une obligation de domicile de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection devait se comprendre comme accordant la qualité d'électeur à tout citoyen qui, *le jour de l'élection au Congrès et aux assemblées de province*, justifiait de dix années de domicile en Nouvelle-Calédonie, « quelle que soit la date de son établissement en Nouvelle-Calédonie ». Par cette interprétation constructive, le juge tentait de limiter les effets restrictifs sur le droit de suffrage que pouvaient engendrer l'octroi d'une citoyenneté néo-calédonienne et le choix d'un corps électoral « gelé » à la date du 8 novembre 1998². Cette interprétation a été reçue par les indépendantistes comme une remise en cause de l'Accord de Nouméa, les conduisant à exiger, sous la menace d'un boycott des élections locales, une réforme constitutionnelle levant la réserve du Conseil³. L'article 77 de la Constitution a donc été modifié le 23 février 2007⁴, afin de n'autoriser à participer aux élections locales que les seules personnes établies depuis au moins dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date du 8 novembre 1998. Cette « cristallisation néo-calédonienne »⁵, dont on peut déplorer l'absence de fondement

¹ CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 ; *AJDA*, 1999, p. 324, note J.-E. Schoettl ; *RFDC*, 1999, p. 328, note J. Pini.

² A cet égard, voir GOHIN (Olivier), « Le droit de vote en Nouvelle-Calédonie », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, pp. 387-397.

³ Et constituant dès lors ce que le Doyen Vedel a appelé un « lit de justice » (VEDEL (Georges), « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173) ou ce que le Professeur Blanquer qualifie de « validation constitutionnelle » (BLANQUER (Jean-Michel), « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel? », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 227-238).

⁴ Loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007, *JORF*, 24 février 2007, p. 3354. La modification de l'article 77 de la Constitution en vue du « gel » du corps électoral de Nouvelle-Calédonie était prévue dès janvier 2000 mais l'ajournement *sine die* de la réunion du Congrès par le Président de la République a fait avorter cette première tentative de révision.

⁵ VERPEAUX (Michel), « La révision de l'article 77 de la Constitution ou la "cristallisation néo-calédonienne" », *JCP*, n° 10, 7 mars 2007, pp. 3-5. Voir également GOHIN (Olivier), « La Nouvelle-Calédonie à l'épreuve d'un suffrage toujours plus restreint », *JCP-ACT*, 2006, n° 1107.

juridique¹, se traduira par une diminution du nombre d'électeurs admis à participer aux élections provinciales à compter de 2009². Il est vrai que ce gel devrait être provisoire, dans la mesure où le futur référendum d'autodétermination y mettra fin, quelle qu'en soit l'issue. En effet, soit une redéfinition de la citoyenneté néo-calédonienne devra être opérée dans le cadre de l'accession du territoire à la pleine souveraineté, soit une réorganisation de la collectivité au sein de la République devra être entreprise, impliquant une nouvelle approche de la citoyenneté néo-calédonienne dont le contenu pourrait alors être limité.

A la lumière de la nouvelle version de l'article 77 de la Constitution, la citoyenneté créée par la loi organique du 19 mars 1999 présente donc un ancrage uniquement territorial, matérialisé par une durée minimale de résidence dans l'archipel³. Pour autant, dans les faits, la création de cette citoyenneté locale n'est pas sans rapport avec la protection de l'identité mélanésienne. En témoignent les droits attachés à la citoyenneté néo-calédonienne : la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie est source de droits spécifiques en matière d'accès à l'emploi et d'exercice du droit de vote. S'agissant de l'accès à l'emploi, les discriminations positives précédemment mentionnées⁴ concernent directement les citoyens de Nouvelle-Calédonie, qui bénéficient de ce fait d'un accès privilégié, voire réservé, à l'emploi local. L'objectif implicite est d'opérer une « mélanisation » de la fonction publique comme du secteur privé, en vue d'une future indépendance. S'agissant de l'exercice des droits politiques, la jouissance de la citoyenneté néo-calédonienne ouvre droit à la participation aux élections du Congrès du territoire et des assemblées de province⁵. Si les élections municipales restent ouvertes à l'ensemble des citoyens français⁶, les autres scrutins locaux se trouvent ainsi réservés aux citoyens justifiant d'une durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, en vertu de l'article 188 de la loi organique du 19

¹ Contrairement aux restrictions apportées à l'électorat appelé à participer au scrutin d'autodétermination qui reposent, pour leur part, sur le principe de libre disposition des peuples.

² Cette réduction portera sur 712 électeurs lors du scrutin de 2009 et sur 4722 électeurs lors du scrutin de 2014. Compte tenu des projections opérées, ce seront environ 8330 électeurs arrivés en Nouvelle-Calédonie entre 1999 et 2009 qui ne pourront pas participer aux élections provinciales de 2019. A cet égard, voir HUEST (Jean-Jacques), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 77 de la Constitution*, Rapport n° 145, Sénat, 10 janvier 2007, p. 31. Si, de prime abord, cette restriction du droit de vote présente un faible poids politique au regard du nombre total d'électeurs, il s'agit néanmoins de plusieurs milliers de personnes qui se voient ainsi privées de leur droit de vote à certaines élections locales.

³ A cet égard, voir les explications de François Garde, représentant du Secrétaire d'Etat à l'outre-mer, in FABERON (Jean-Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Paris, La Documentation française, Centre des Hautes Etudes sur l'Afrique et l'Asie moderne, 1999, pp. 104-132.

⁴ Voir *supra*, pp. 329ss.

⁵ L'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*précit.*), auquel se réfère l'article 4 relatif à la citoyenneté néo-calédonienne, définit les conditions à satisfaire pour faire partie du corps électoral destiné précisément à élire le Congrès et les assemblées de province. Ces dispositions sont la transcription législative du point 2 du document d'orientation annexé à l'Accord de Nouméa, en vertu duquel la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie fonde notamment « les restrictions apportées au corps électoral pour les élections aux institutions du pays et pour la consultation finale ».

⁶ Tout comme les élections législatives et présidentielles qui n'admettraient aucune restriction du corps électoral sur une base locale, au regard de leur enjeu national.

mars 1999. Cette condition paraît *a priori* objective mais le but sous-jacent est de permettre aux électeurs mélanésiens – réputés indépendantistes – de devenir progressivement majoritaires dans l'électorat, en retirant leur droit de vote aux citoyens français nouvellement installés en Nouvelle-Calédonie, qui représentaient déjà plus de 7 % des électeurs aux élections locales de 1999¹.

La citoyenneté néo-calédonienne apparaît donc comme une « citoyenneté contradictoire »², à la fois « facteur d'union » et « vecteur d'exclusion »³. D'un côté, en effet, sa création a renforcé la formation d'une identité néo-calédonienne et généré un sentiment d'appartenance à une communauté disposant de droits politiques et sociaux spécifiques. De l'autre, sa mise en œuvre entraîne une « ségrégation en droits »⁴ au détriment des citoyens français non citoyens de la Nouvelle-Calédonie, privés de droits politiques qu'ils tiennent pourtant de leur citoyenneté française. Cette double caractéristique de la citoyenneté néo-calédonienne témoigne d'une logique communautariste vilipendée par nombre d'auteurs : pour le Professeur Le Pourhiet, la citoyenneté néo-calédonienne « n'a évidemment pour objet que de justifier, sous un vocabulaire ennobli et républicanisé, les discriminations ethniques revendiquées par les élites calédoniennes dans l'exercice des droits politiques et l'accès à l'emploi local »⁵. En cela, la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie serait juridiquement irrégulière.

2. La régularité incertaine de la citoyenneté néo-calédonienne

Au regard du contenu de la citoyenneté créée par l'Accord de Nouméa, sa conformité à certaines dispositions supra-législatives pourrait être mise en doute. Il est vrai qu'*a priori*, les restrictions inédites apportées par le législateur au corps électoral pour la désignation du Congrès et des assemblées de province paraissent contraires à la Constitution⁶. En effet, les dispositions de l'article 188 de la loi organique conduisent à priver certains citoyens français résidant en Nouvelle-Calédonie de leur droit de vote. Si ce droit peut leur être retiré pour les scrutins d'autodétermination au nom du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, il est plus difficilement justifiable qu'il leur soit retiré pour la désignation d'assemblées dont les décisions les concernent dans leur vie quotidienne. La différence de traitement entre les habitants de Nouvelle-Calédonie bénéficiant de la citoyenneté locale et les habitants de Nouvelle-Calédonie

¹ HYEEST (Jean-Jacques), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 77 de la Constitution*, Rapport n° 145, Sénat, 10 janvier 2007, p. 21.

² GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, pp. 73-74.

³ LOCHAK (Danièle), « La citoyenneté européenne : facteur d'union ou vecteur d'exclusion ? », in KOUBI (Geneviève) dir., *De la citoyenneté*, Actes du colloque de Nantes (3-5 novembre 1993), Paris, Litec, 1995, pp. 51-58.

⁴ GOHIN (Olivier), *op. cit.*, 2002, p. 78.

⁵ LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1023.

⁶ En ce sens, voir LE POURHIET (Anne-Marie), *op. cit.*, pp. 1005-1035.

ne pouvant y prétendre entraîne ainsi une discrimination en matière électorale¹ qui s'oppose à l'évidence aux principes d'égalité et d'universalité du suffrage proclamés à l'article 3 de la Constitution².

Le juge constitutionnel avait pourtant lui-même indiqué que ces principes s'appliquaient à toute élection politique³, qu'il s'agisse de l'élection de conseillers municipaux⁴ ou des membres de l'assemblée territoriale d'un TOM⁵. Les enjeux de cette question dépassent d'ailleurs le seul cadre territorial puisqu'aux termes de la loi organique du 19 mars 1999, « un sénateur est élu en Nouvelle-Calédonie »⁶. Or, en vertu de l'article L 441 du code électoral⁷, le collège sénatorial de Nouvelle-Calédonie est composé des députés de Nouvelle-Calédonie, des membres des assemblées de province et des délégués des conseils municipaux ou de leurs suppléants. Si les députés et les conseillers municipaux sont élus au suffrage universel, ce n'est pas le cas des membres des assemblées de province. Dès lors, participe à l'exercice de la souveraineté nationale un sénateur élu par des membres d'une assemblée territoriale elle-même désignée sur la base de discriminations entre citoyens français – et donc contrairement au principe du suffrage universel. Enfin, la réduction du corps électoral en Nouvelle-Calédonie viole les principes constitutionnels du consentement à l'impôt et du contrôle démocratique de l'utilisation des fonds publics, posés aux articles 13 et 14 de la Déclaration de 1789. De fait, les citoyens français installés depuis moins de dix ans dans l'île se trouvent contraints d'acquiescer des impôts et des taxes perçus au profit d'institutions locales à la désignation desquelles ils n'ont pas le droit de participer. Les fondements d'inconstitutionnalité de la loi

¹ PACTET (Pierre), « La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie », in *Le droit constitutionnel. Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 202.

² Les seules exceptions valables au principe de l'égalité du suffrage sont celles tenant à l'âge, à la nationalité, à l'incapacité, à l'inéligibilité et aux incompatibilités de mandats (CC, décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Rec.*, p. 66). Toute autre restriction à l'électorat et à l'éligibilité est contraire à la Constitution. Voir MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, pp. 105-109.

³ Le Conseil constitutionnel a également appliqué l'article 3 de la Constitution à l'élection des Conseils de Prud'hommes (CC, décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979, *Rec.*, p. 23). En revanche, il se refuse à l'appliquer aux élections autres que celles se rapportant « à l'exercice des droits politiques ou à la désignation des juges » ; ainsi, pour la désignation des représentants des assurés sociaux, le législateur peut « réserver l'initiative des candidatures à certaines organisations en raison de leur nature et de leur représentativité au plan national » (CC, décision n° 82-148 du 14 décembre 1982, *Rec.*, p. 73).

⁴ CC, décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Rec.*, p. 66 ; *Dalloz*, 1984, p. 469, note L. Hamon ; *AJDA*, 1983, p. 74, note J. Boulouis.

⁵ CC, décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Rec.*, p. 63. Voir GENEVOIS (Bruno), « De l'égalité de suffrage à l'égalité de représentation », *AJJC*, 1985, pp. 419-424.

⁶ Art. 229-III LO. A l'issue de la réforme du Sénat intervenue en 2003 (loi organique n° 2003-696 du 30 juillet 2003, *JORF*, 31 juillet 2003, p. 13016) portant progressivement à 346 le nombre de sénateurs, deux sièges de sénateurs seront à pourvoir dans la circonscription de Nouvelle-Calédonie en 2010. Voir AVRIL (Pierre), GICQUEL (Jean), *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 3^{ème} éd., 2004, pp. 61-66.

⁷ Issu de l'ordonnance n° 2000-350 du 19 avril 2000 portant actualisation et adaptation du droit électoral applicable en outre-mer (*JORF*, 22 avril 2000, p. 6147).

organique du 19 mars 1999 sont donc au demeurant pléthoriques¹ et l'on aurait pu s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel la censure, en application du contrôle strict qu'il exerce traditionnellement lorsqu'est en cause l'exercice du droit de vote². Or, le Conseil entérine l'article 188 de la loi organique, estimant que la limitation de l'électorat en Nouvelle-Calédonie « respecte l'Accord de Nouméa »³. Il est donc probable qu'avant la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998⁴, une telle disposition aurait été contraire au texte fondamental.

La constitutionnalisation de l'Accord de Nouméa paralyse ainsi le contrôle du juge constitutionnel, comme elle paralyse le contrôle du juge ordinaire. En effet, saisie d'une requête contestant la conventionnalité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999⁵, la Cour de Cassation reprend le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Sarran* du 30 octobre 1998⁶ et par sa 2^{ème} chambre civile dans l'arrêt *Levacher* du 17 février 1999⁷, en indiquant que la valeur constitutionnelle des dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 – qui incorpore les dispositions de l'Accord de Nouméa ayant lui-même valeur constitutionnelle – interdit tout contrôle de conventionnalité⁸. Sur le fond, les juges nationaux ne se sont donc jamais prononcés sur la conformité à la Constitution et sur la compatibilité avec les engagements internationaux de la France, de la disposition législative restreignant le droit de suffrage en Nouvelle-Calédonie.

Saisie à son tour, la Cour européenne des Droits de l'Homme n'a pas apporté de réponse plus concluante que les juridictions nationales⁹ : dans l'arrêt *Py c. France* du

¹ Le Professeur Le Pourhiet parle à cet égard d'« une véritable capitulation républicaine » : « l'énormité des violations de principes constitutionnels de fond, reflétant le système de valeurs universelles de la République française, ne laisse pas de choquer et de conduire à s'interroger sur la démarche suivie, sur son utilité et sur les risques à venir pour la Nation française tout entière » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDJ*, 1999, p. 1008).

² A cet égard, voir ROUX (André), TERNEYRE (Philippe), « Principe d'égalité et droit de suffrage en France », *AJJC*, 1989, pp. 249-264.

³ CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 ; *AJDA*, 1999, p. 324, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 1999, p. 500, note O. Gohin ; *RFDC*, 1999, p. 328, note J. Pini.

⁴ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

⁵ L'inscription de Mlle Fraisse sur la liste électorale spéciale de la commune de Nouméa avait été refusée par la Commission administrative, en application des articles 188 et 189 de la loi organique du 19 mars 1999. La requérante contestait ce refus, en affirmant que ces dispositions étaient contraires au Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, au Traité de l'Union européenne et au premier protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

⁶ CE, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *AJDA*, 1998, p. 1039, concl. Ch. Maugué.

⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 1999 ; *RTDH*, n° 40, octobre 1999, p. 947, note C. Eoche-Duval.

⁸ « La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté » (Cass. Ass. plénière, 2 juin 2000, *Bull. Ass. plén.*, n° 4 ; *Dalloz*, n° 42, 2000, p. 965, note B. Mathieu et M. Verpeaux).

⁹ La CEDH était saisie de la requête d'un ressortissant français exclu du droit de vote à l'occasion de l'élection en 1999 des membres du Congrès de la Nouvelle-Calédonie ; le requérant dénonçait la violation par la France du droit à des élections libres, garanti par l'article 3 du protocole n° 1 à la Convention.

11 janvier 2005¹, la Cour se fonde sur l'existence de « nécessités locales » propres à la Nouvelle-Calédonie² pour admettre la compatibilité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 avec les dispositions conventionnelles³. Plus précisément, la Cour tire argument du fait que la condition de résidence de dix ans a été un élément central de l'apaisement des violences identitaires en Nouvelle-Calédonie et qu'elle a été adoptée dans un contexte d'évolution du territoire vers l'autodétermination. Ce dernier argument paraît toutefois fort critiquable : comme l'indique à juste titre le Professeur Flauss, « les raisons qui justifient, le cas échéant, la condition de résidence de dix ans pour la participation à un scrutin d'autodétermination ne sont pas *ipso facto* pertinentes en ce qui concerne l'élection d'une assemblée législative appelée à siéger deux ou trois lustres avant que soit organisé le scrutin d'autodétermination »⁴. Le raisonnement qui a été tenu en 2002 par le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU⁵ conforte la critique du Professeur Flauss à l'encontre de l'arrêt *Py c. France*. En l'espèce, le Comité était saisi des dispositions législatives restreignant le droit de suffrage lors des scrutins d'autodétermination uniquement. Le Comité avait alors estimé que « les restrictions au corps électoral résultant des critères retenus pour les scrutins de 1998 et à compter de 2014 respectent le critère de proportionnalité dans la mesure où celles-ci sont limitées *ratione loci* aux seuls scrutins locaux d'autodétermination et donc sans incidences sur la participation aux élections générales tant législatives, présidentielles, européennes que municipales ainsi qu'aux scrutins référendaires »⁶. Or, les restrictions électorales que la CEDH devait examiner en 2005 ne concernaient pas des scrutins d'autodétermination, mais bien des scrutins visant à élire des représentants locaux qui seront eux-mêmes amenés, par la suite, à participer à la désignation de représentants nationaux. L'argument de l'autodétermination paraît donc ici fort peu pertinent. Il faut croire qu'en l'espèce, la Cour s'est prudemment réfugiée derrière l'argument accommodant des « nécessités locales » pour éviter

¹ CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France* ; *AJDA*, 2005, p. 551, note J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2006, p. 139, note A. Roblot-Troizier et J.-G. Sorbara.

² L'article 56 alinéa 3 de la CESDH stipule que dans les territoires notifiés par les Etats parties, « les dispositions de la présente convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales ». Or, l'instrument français de ratification de la CESDH comporte une déclaration interprétative en vertu de laquelle « la présente convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des "nécessités locales" auxquelles l'article 63 de la Convention fait référence ». Voir KARAGIANNIS (Syméon), « L'aménagement des droits de l'homme outre-mer : la clause des 'nécessités locales' de la Convention européenne », *Revue belge de droit international*, 1995, pp. 224-305.

³ « La Cour estime [...] que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des nécessités locales de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant » (CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, *précit.*, § 64).

⁴ FLAUSS (Jean-François), « Actualité de la Cour européenne des Droits de l'Homme (août 2004 - janvier 2005) », *AJDA*, 2005, p. 551.

⁵ Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, 15 juillet 2002, *Mme Gillot et al. c. France* (jurisp. CCPR/C/75/D/932/2000).

⁶ *Ibid.*, § 13.17.

d'examiner le bien-fondé des restrictions apportées à la composition de l'électorat néo-calédonien pour les scrutins locaux. Le débat, sur ce point, reste donc ouvert ¹.

Forte de cette immunité juridique, la création de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie est un signe supplémentaire du renforcement du pluralisme juridique en France, en ce qu'elle vise à accorder des droits différents aux citoyens français remplissant les conditions requises pour l'obtenir. Pour autant, ce n'est pas parce que l'Etat reconnaît officiellement en 1998 la citoyenneté néo-calédonienne que les habitants de Nouvelle-Calédonie bénéficiant de cette citoyenneté différenciée jouissent soudainement de nouveaux droits. Il faut ici inverser la relation de causalité : ce ne sont pas les droits spécifiques qui sont générés par la citoyenneté locale, mais bien la citoyenneté locale qui est créée en raison de l'existence de droits spécifiques. En témoignent notamment les droits de protection de l'emploi et du patrimoine foncier local, qui préexistaient à l'établissement de la citoyenneté néo-calédonienne. Ainsi, s'ils ont été formalisés en 1998, les contours et la substance de la citoyenneté néo-calédonienne avaient été esquissés depuis plusieurs décennies par les autorités de l'Etat et par les institutions locales. Dès lors, même si elles ne sont pas officiellement établies, il est possible de considérer qu'il existe en France d'autres citoyennetés différenciées, que l'on pourrait regrouper sous l'appellation de « citoyennetés d'outre-mer ».

B. L'établissement implicite de citoyennetés d'outre-mer

Après la mise en place de la citoyenneté néo-calédonienne, il était dans l'intention du constituant de créer une citoyenneté polynésienne. Le projet de loi constitutionnelle voté par l'Assemblée nationale le 10 juin 1999 et par le Sénat le 12 octobre 1999 insérait en effet dans la Constitution un nouvel article 78 qui devait notamment définir « les règles relatives à la citoyenneté polynésienne et aux effets de celle-ci en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité

¹ La doctrine est loin d'être unanime quant à la conventionnalité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999. Pour le Professeur Flauss, hors de l'hypothèse des « nécessités locales », la condition de résidence de dix ans ne répond pas à l'exigence de proportionnalité à laquelle doit satisfaire toute restriction au droit de vote (FLAUSS (Jean-François), *op. cit.*, p. 551). En revanche, dans leurs conclusions sur l'arrêt *Fraisse*, le Premier Avocat général près la Cour de Cassation et le Conseiller rapporteur se fondent sur l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* rendu le 2 mars 1987 par la CEDH pour estimer que les limitations apportées à la composition du corps électoral néo-calédonien ne sont pas disproportionnées (<http://www.courdecassation.fr>). Sur ce débat, voir également CHAUCHAT (Mathias), « L'accord de Nouméa condamné par le droit international ? », *Dalloz*, chron., 1998, pp. 419-424 ; ÉOCHE-DUVAL (Christophe), « Un Etat peut-il restreindre un corps électoral sans enfreindre les droits de l'homme ? A travers l'exemple de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », *RTDH*, n° 40, octobre 1999, pp. 947-984 ; FLAUSS (Jean-François), « Droits politiques en Nouvelle-Calédonie et traités de protection des Droits de l'Homme : à propos de la condition de résidence de dix ans imposée en Nouvelle-Calédonie pour l'élection du Congrès du territoire », *RRJ*, 2000, pp. 681-688.

économique, et d'accès à la propriété foncière »¹. La citoyenneté néo-calédonienne n'était donc pas destinée à rester une exception mais bien à devenir un précédent en matière de citoyenneté différenciée². L'abandon purement circonstanciel du projet de révision constitutionnelle a toutefois signé la mort de cette « citoyenneté de pays »³ ; la loi constitutionnelle du 28 mars 2003⁴, pas plus que le statut de la Polynésie française du 27 février 2004⁵, ne font référence à une quelconque citoyenneté locale.

Les tergiversations du constituant et du législateur en matière de citoyenneté polynésienne témoignent d'une certaine indécision à l'égard de la notion même de citoyenneté. Il est vrai que celle-ci se présente comme un concept juridique « flou, bien difficile à cerner et plus encore à mettre en œuvre »⁶. La citoyenneté connaît en effet une définition plus ou moins large, selon qu'elle porte uniquement sur les droits civiques en permettant de participer au gouvernement de la cité en qualité d'électeur ou d'élu, ou qu'elle inclue également des droits civils, voire des droits sociaux. En conférant la citoyenneté française aux ressortissants des territoires d'outre-mer sans qu'aucun abandon de leur statut civil particulier ne leur soit demandé en contrepartie, la loi du 7 mai 1946⁷ optait clairement pour la première conception, restrictive, de la citoyenneté⁸. Depuis lors, la citoyenneté ne recouvre que des droits politiques, les droits civils relevant du statut personnel⁹. La création de la citoyenneté néo-

¹ Voir FABERON (Jean-Yves), « Le projet de révision constitutionnelle relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie adopté par les assemblées parlementaires en 1999 », *RFDC*, n° 46, 2001, pp. 381-396.

² Ce qui donne sens aux revendications des mouvements autonomistes corses, qui réclament la création d'une citoyenneté régionale calquée sur la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie. Cette citoyenneté corse conduirait à l'établissement d'un corps électoral spécial et à l'attribution de droits particuliers, notamment en matière d'emploi. En ce sens, voir l'interview de Jean-Guy Talamoni, in *Le Monde*, 1^{er} février 2000.

³ FLOSSE (Gaston), « La citoyenneté de pays : l'exemple de la Polynésie française », in FABERON (Jean-Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes du colloque des 9-10 novembre 1998, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 171-180.

⁴ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁵ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183.

⁶ LOCHAK (Danièle), « La citoyenneté : un concept juridique flou », in COLAS (Dominique) et al., *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, p. 206. Le concept de citoyenneté émerge dans le droit français à la période révolutionnaire, sans que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne dise, à aucun moment, ce qu'il faut entendre par ce terme auquel le texte fait pourtant référence à huit reprises.

⁷ Loi n° 46-940 du 7 mai 1946, *JORF*, 8 mai 1946, p. 3888.

⁸ Ce choix du législateur, confirmé ensuite par l'article 80 de la Constitution de 1946, ne s'est pas fait sans difficulté. Les travaux parlementaires révèlent que de nombreux députés considéraient le statut de droit privé comme inséparable du statut du citoyen et ne pouvaient donc se résoudre à étendre la citoyenneté française aux Autochtones qui n'étaient pas soumis au droit civil métropolitain. Jusqu'à l'adoption de la loi du 7 mai 1946, les textes qui organisaient l'accès individuel des ressortissants des TOM à la citoyenneté française subordonnaient d'ailleurs cette accession à la renonciation expresse des intéressés à leurs statuts privés traditionnels. A cet égard, voir HESSE (Jean-Philippe), « Citoyenneté et indigénat », in KOUBI (Geneviève) dir., *De la citoyenneté*, Actes du colloque de Nantes (3-5 novembre 1993), Paris, Litec, 1995, pp. 69-78 ; SAADA (Emmanuelle), « Une nationalité par degré. Civilité et citoyenneté en situation coloniale », in WEIL (Patrick), DUFOIX (Stéphane) dir., *L'esclavage, la colonisation, et après...*, Paris, PUF, 2005, pp. 193-227.

⁹ Comme l'explique le Professeur Lampué, « la citoyenneté ainsi généralisée n'est plus un statut complet, gouvernant l'ensemble de la vie publique et privée. Elle est un statut partiel ne comportant que des règles de droit public et peut-être même seulement les principes généraux dominant ces règles,

calédonienne vient toutefois contrarier cette conception, dans la mesure où cette nouvelle citoyenneté locale conjugue les dimensions civique et civile. Réapparaît ainsi une approche extensive de la citoyenneté, où « les droits civils et sociaux forment le substrat juridique et économique indispensable à l'exercice effectif, réel, des droits politiques consubstantiels à la citoyenneté »¹. C'est sur cette définition extensive que prenait également pied la citoyenneté polynésienne, qui aurait recouvert des droits civils et sociaux spécifiques.

Si l'abandon formel du projet de citoyenneté polynésienne a affaibli cette conception élargie de la citoyenneté, elle ne l'a pas fait disparaître pour autant. Au contraire, il est possible de voir dans l'article 74 alinéa 10 de la Constitution² l'esquisse implicite d'une citoyenneté d'outre-mer³ qui ne se limite plus à la seule Polynésie française mais concerne désormais l'ensemble des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie. Certes, la Constitution ne consacre pas expressément cette citoyenneté différenciée, mais elle autorise les collectivités concernées à créer en faveur de leur population un ensemble de droits spécifiques « en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier » qui s'apparente à une citoyenneté locale. Ainsi, si la citoyenneté polynésienne n'est pas une notion reconnue par le droit positif, elle n'en existe pas moins *de facto*⁴, dans la mesure où la loi organique du 27 février 2004⁵ prévoit l'octroi de droits civils et sociaux spécifiques – prenant la forme de discriminations positives – aux personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence en Polynésie ou d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières⁶. Cette citoyenneté locale implicite n'a toutefois pas la même finalité que la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie. En établissant une discrimination électorale, la citoyenneté néo-calédonienne consacre des droits politiques dans la perspective de l'accession du territoire à la pleine

c'est-à-dire essentiellement les principes des droits et libertés publics. Pour le surplus, la citoyenneté peut recouvrir plusieurs statuts ; dès lors, le corps des citoyens, devenu composite, se divise en groupes correspondant à des systèmes juridiques dissemblables : il y a des citoyens de statut ordinaire ou de droit commun [...], il y a aussi des citoyens de statut local ou citoyens ayant conservé leur statut personnel » (LAMPUÉ (Pierre), « La citoyenneté de l'Union française », *RJPUF*, n° 3, 1950, pp. 307-308).

¹ DOLLAT (Patrick), « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA*, 2005, p. 70.

² Tel qu'issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

³ Dans le même sens, voir DOLLAT (Patrick), « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA*, 2005, p. 70.

⁴ Un raisonnement similaire pourrait être tenu en faveur d'une citoyenneté de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, dont les populations bénéficient de droits spécifiques en matière de transferts de propriété au terme de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121).

⁵ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183.

⁶ Rappelons que ce sont précisément ces critères qui déterminent l'appartenance à une « population d'outre-mer » au sens des articles 72-3 et 74 de la Constitution (CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41). Voir *supra*, p. 304.

souveraineté¹. En revanche, la citoyenneté polynésienne présente une finalité sociale (protection de l'emploi) et économique (protection du patrimoine) mais ne crée pas de droits politiques spécifiques².

En conservant cette approche extensive qui conduit à lier à la citoyenneté un ensemble sécable et évolutif de droits politiques, civils et sociaux, il serait possible de discerner d'autres citoyennetés d'outre-mer résultant implicitement de l'application de statuts dérogatoires, qu'il s'agisse de statuts territoriaux en vertu de l'article 74 de la Constitution, ou de statuts personnels en vertu de l'article 75. Patrick Dollat défend ainsi l'idée de citoyennetés d'outre-mer découlant de la mise en œuvre de régimes législatifs et réglementaires spécifiques, du fait de l'application du principe de spécialité dans les collectivités d'outre-mer³. Cette conception de la citoyenneté présente de fortes similitudes avec celle prévalant dans les Etats fédéraux. De fait, l'existence – même implicite – de citoyennetés d'outre-mer « participe d'un mouvement de transformation ou de mutation de la République française au bénéfice d'une organisation politique et constitutionnelle de nature "fédérative" »⁴. L'extension de la possibilité de dérogations aux départements d'outre-mer et l'existence de régimes dérogatoires dans certaines collectivités de métropole (Corse, Alsace-Moselle) remettent toutefois en cause la pertinence de cette hypothèse. Lier la citoyenneté à l'existence de régimes institutionnels ou normatifs dérogatoires conduit en effet à une multiplication des citoyennetés locales dont l'hétérogénéité vide de toute substance la notion même de citoyenneté.

D'autres auteurs développent également l'idée de citoyenneté d'outre-mer, mais en la liant à la reconnaissance de statuts civils particuliers. Dès lors, pour le Professeur Mourgeon, la citoyenneté n'est plus une notion « objective et globale » reposant sur l'appartenance à une société politique étatique, mais devient une notion « subjective et fragmentaire » attachée à un individu, dont elle constitue un statut juridique particulier⁵. Une telle conception conduirait à considérer l'obéissance à un ordre juridique spécifique comme le critère de la citoyenneté⁶. Le pluralisme juridique générerait ainsi automatiquement une pluralité de citoyennetés. Pour intéressante qu'elle soit sur le plan théorique, cette hypothèse paraît doublement hasardeuse. En premier lieu, elle conduirait à reconnaître une citoyenneté kanake (différente de la

¹ L'Accord de Nouméa prévoit expressément que la « citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie » se transforme en « nationalité de la Nouvelle-Calédonie » si les électeurs choisissent l'indépendance (point 5 du préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039).

² En ce sens, voir les explications de FLOSSE (Gaston), « La citoyenneté de pays : l'exemple de la Polynésie française », in FABERON (Jean-Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes du colloque des 9-10 novembre 1998, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 172-173.

³ DOLLAT (Patrick), « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA*, 2005, p. 70.

⁴ DOLLAT (Patrick), *op. cit.*, p. 79.

⁵ MOURGEON (Jacques), « Citoyenneté et ordre juridique », in KOUBI (Geneviève) dir., *De la citoyenneté*, Actes du colloque de Nantes (3-5 novembre 1993), Paris, Litec, 1995, p. 21.

⁶ MOURGEON (Jacques), *op. cit.*, pp. 22 et 24.

citoyenneté de Nouvelle-Calédonie), une citoyenneté mahoraise ou encore une citoyenneté wallisienne, mais nierait l'existence d'une citoyenneté amérindienne ou même – paradoxalement – d'une citoyenneté polynésienne. En second lieu, si la citoyenneté est liée au statut civil, il ne saurait plus être question de reconnaître la qualité de citoyens français aux personnes conservant un statut coutumier. L'unité de la Nation devrait donc être assurée par la création d'une nouvelle citoyenneté, inédite, qui se superposerait alors à la citoyenneté française pour les personnes régies par le statut civil de droit commun et à la citoyenneté locale pour les personnes soumises à un statut dérogatoire – toutes ces citoyennetés étant elles-mêmes chapeautées par la citoyenneté européenne. Cette construction, qui n'est pas sans rappeler la citoyenneté de l'Union française mise en place en 1946¹, conduirait à une superposition de citoyennetés qui emporteraient, pour chacune d'entre elles, des droits spécifiques. Un tel schéma serait pour le moins complexe.

La « citoyenneté d'outre-mer » est donc un concept à utiliser avec d'autant plus de parcimonie qu'il ne bénéficie pas (encore ?) d'une consécration officielle. La reconnaissance avortée de la citoyenneté polynésienne rend compte des difficultés à intégrer une notion susceptible d'affecter l'unité du peuple français et d'affaiblir la citoyenneté nationale en introduisant des discriminations entre les citoyens de la République. Pour l'heure, la « citoyenneté de pays » reste implicite et seule la consécration constitutionnelle de la citoyenneté néo-calédonienne permet d'affirmer l'existence en France d'une « pluri-citoyenneté » qui segmente les droits des citoyens². Cette divisibilité de la citoyenneté française est souvent perçue, non sans raison, comme une menace pour la cohésion de la Nation³. Néanmoins, il est possible d'affirmer, à la suite du Professeur Constant, qu'« une orientation multiculturelle des politiques de citoyenneté pourrait être davantage un facteur de progrès qu'un vecteur de régression démocratique »⁴. En effet, la reconnaissance – même implicite – d'une citoyenneté différenciée au sein de la République permet la prise en compte de situations particulières, de particularismes originels ou locaux, sans distendre pour autant le lien effectif d'attachement, ou de rattachement, au peuple français. Dans cette perspective, la création d'une citoyenneté de Nouvelle-Calédonie, voire de citoyennetés d'outre-mer, pourrait conduire à concevoir la citoyenneté française comme une « citoyenneté de superposition »⁵ et non comme une citoyenneté

¹ Voir LAMPUÉ (Pierre), « La citoyenneté de l'Union française », *RJPUF*, n° 3, juillet-septembre 1950, pp. 305-336.

² Voir AUTIN (Jean-Louis), « La pluri-citoyenneté », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 435.

³ En ce sens, voir GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, pp. 69-82.

⁴ CONSTANT (Fred), « La citoyenneté entre égalité et identité », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 56.

⁵ DOLLAT (Patrick), « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA*, 2005, pp. 69-87.

segmentée. Au risque de bouleverser le droit public français, cette citoyenneté de superposition autorise désormais la reconnaissance d'une pluralité de statuts juridiques, dans le but ultime de préserver la cohésion de la Nation¹.

Ce renouvellement de la citoyenneté française, multiculturelle et différenciée, constitue une remise en cause de la ligne de démarcation entre les sphères publique et privée. L'émergence d'une citoyenneté différenciée implique en effet que l'expression des particularismes – et notamment des particularismes minoritaires – ne soit plus refoulée dans la sphère privée mais ait désormais sa place dans l'espace public, par le biais de droits différenciés². Ainsi, la « différence » se voit reconnaître la qualité de mesure pour déterminer les formes d'une dérogation éventuelle à une règle de droit générale. La « différence » devient la source d'un droit étatique plural, marqué par la multiplication des règles dérogatoires et la particularisation des règles de droit³.

Conclusion du chapitre 1

Dans un discours sur l'admission des femmes au droit de cité prononcé le 3 juillet 1790, Condorcet posait l'alternative suivante : « Ou aucun individu de l'espèce humaine n'a de véritables droits ou tous ont les mêmes »⁴. Si cette affirmation généreuse résume l'universalisme et l'égalitarisme républicains, elle ne résiste toutefois pas à l'épreuve des faits. Derrière l'affichage universaliste, la France se trouve emportée dans le mouvement général de prise en compte des identités collectives. De fait, on observe depuis quelques décennies « un changement incontestable dans l'attitude des pouvoirs publics »⁵ qui se manifeste par la reconnaissance institutionnelle de certaines collectivités minoritaires et par l'octroi de droits différents à certaines catégories de citoyens français. Progressivement, la France évolue « d'une conception de la nation basée sur la fusion et l'unicité stato-nationale, [...] vers une problématique nationale fondée sur la diversité culturelle, sociale et morale, incluant même des spécificités juridiques, voire un pluralisme juridique »⁶.

Il semble toutefois nécessaire de mesurer l'ampleur et la portée de cette ouverture aux différences identitaires. Si l'Etat consacre juridiquement l'existence de collectivités qui s'apparentent *de facto* à des minorités nationales, cette reconnaissance ne constitue pas pour autant une « évolution communautariste » de la

¹ DOLLAT (Patrick), *op. cit.*, p. 74.

² Sur ce point, voir CONSTANT (Fred), « La citoyenneté entre égalité et identité », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 58-59.

³ BECHILLON (Denys de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 28-33.

⁴ Cité in LE COUR GRANDMAISON (Olivier), « Condorcet : citoyenneté, république et démocratie », in KOUBI (Geneviève) dir., *De la citoyenneté*, Actes du colloque de Nantes (3-5 novembre 1993), Paris, Litec, 1995, p. 6.

⁵ CONSTANT (Fred), *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs politique, 1998, p. 92.

⁶ YACOUB (Joseph), *Les minorités dans le monde : Faits et analyses*, Paris, Desclée de Brouwer, 1998, p. 267.

République¹. Le communautarisme, présenté à juste titre comme un « nouveau tribalisme »², se caractérise en effet par sa prétention à opposer à la relation citoyenne une autre allégeance qui se veut prioritaire ; il remet ainsi en cause le principe même d'une société politique transcendant les spécificités culturelles, religieuses ou ethniques³. Or, en dépit des évolutions pluralistes du droit étatique, la tradition universaliste reste encore bien présente. La France semble explorer une voie médiane entre assimilation et différencialisme, qui marque beaucoup plus la progression du multiculturalisme que du communautarisme. Comme l'indique Olivia Bui-Xuan, « tout se passe dès lors comme si, en matière de reconnaissance d'identités collectives infra-étatiques, les autorités publiques oscillaient désormais entre universalisme traditionnel et différencialisme reconnaissant, comme si elles souhaitaient ouvrir l'espace public aux différences culturelles, tout en maîtrisant l'angle d'ouverture »⁴.

Il est vrai que jusqu'à présent, l'Etat avance prudemment vers la reconnaissance des groupes minoritaires, hormis dans le cas spécifique de la Nouvelle-Calédonie. Il pourrait néanmoins être amené à accélérer cette évolution pluraliste, sous la double influence du droit européen et du droit communautaire. Au niveau du Conseil de l'Europe, la France est en effet soumise à des pressions croissantes visant à la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires et de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales⁵. L'adhésion à ces traités nécessiterait une révision préalable de la Constitution⁶ qui ne semble pas encore être à l'ordre du jour, mais cette simple éventualité conduirait la France à mener une véritable politique de reconnaissance de ses minorités nationales. Au niveau de l'Union européenne, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe donne corps à un droit des minorités fondé sur une distinction des individus selon leurs « origines ethniques »⁷. Le refus opposé par le peuple français à la ratification

¹ Contrairement à ce qu'affirment de nombreux auteurs de tous bords. Voir notamment TAGUIEFF (Pierre-André), *La République enlisée. Pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, Editions des Syntes, 2005, 346 p. ; MACE-SCARON (Joseph), *La tentation communautaire*, Paris, Plon, 2001, 131 p.

² WALZER (Michael), « Le nouveau tribalisme », *Esprit*, novembre 1992, pp. 44-57.

³ Sur ce point, voir JAFFRELOT (Christophe), « L'Etat face aux communautés », *Cultures et conflits*, n° 15-16, 1994, pp. 3-6 ; KYMLICKA (Will), « Liberalism and Communitarianism », *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 18, n° 2, 1988, pp. 181-203.

⁴ BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, pp. 6-14.

⁵ En ce sens, voir le rapport du Commissaire du Conseil de l'Europe aux droits de l'homme : GIL-ROBLES (Alvaro), *Rapport 2006 sur le respect effectif des droits de l'homme en France*, Rapport au Comité des Ministres et à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 15 février 2006, p. 7.

⁶ CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « La République contre Babel : A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* », *RDP*, 1999, pp. 985-1000.

⁷ Trois articles du traité sont ici en cause. L'article I-2 indique que « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités [...] ». L'article II-81 alinéa 1^{er} interdit « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les

du traité repousse pour l'heure l'application de ces dispositions à la France mais la renégociation de la « Constitution européenne » ne manquera pas de remettre la question minoritaire à l'ordre du jour. Comme le suggérait M. Braibant au sujet de la Charte européenne des droits fondamentaux qui consacre également la notion de minorités nationales, « nous [les Français] devons commencer à réfléchir sérieusement sur une solution à apporter à ce problème »¹. Cette solution résiderait peut-être dans l'octroi de droits identitaires aux individus et aux groupes minoritaires.

convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, *l'appartenance à une minorité nationale*, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Enfin, l'article II-82 dispose que « L'Union respecte la *diversité culturelle, religieuse et linguistique* ». Ces dispositions sont suspectées d'ouvrir la voie à la reconnaissance des minorités nationales et à l'établissement de droits collectifs à leur profit, dans les Etats parties au traité. En ce sens, voir BOLLMANN (Yvonne), « Diversité culturelle et principe ethnique dans le Traité constitutionnel européen » et LE POURHIET (Anne-Marie), « Constitution européenne : des droits fondamentaux contraires aux droits de l'homme », sur le site de l'Observatoire du communautarisme <http://www.communautarisme.net>.

¹ BRAIBANT (Guy), « La Charte des droits fondamentaux », *Droit social*, janvier 2001, p. 73.

- CHAPITRE 2 -

L'ATTRIBUTION PONCTUELLE DE DROITS IDENTITAIRES

La prévalence de la conception libérale et universaliste des droits fondamentaux depuis la Révolution a conduit les autorités françaises à dépouiller les différences culturelles de tout effet dans l'espace public : la pratique d'une religion ou l'utilisation d'une langue régionale sont renvoyées à l'exercice privé des libertés publiques par les citoyens¹. Les revendications minoritaires ont toutefois révélé que cette protection individuelle des différences était insuffisante pour maintenir les caractéristiques identitaires des minorités nationales : à elle seule, la non-discrimination ne permet pas d'assurer la protection spécifique que requièrent la conservation et le développement des identités minoritaires². Pour ce faire, il est nécessaire de reconnaître de nouveaux droits, que l'on peut qualifier de « droits identitaires » en ce qu'ils impliquent « l'affirmation politique d'une identité culturelle et les mesures nécessaires pour protéger ou promouvoir cette identité »³.

Contrairement à d'autres Etats⁴, la France s'est montrée très hostile à l'insertion dans le droit positif du concept de droits identitaires, conçus comme des droits collectifs spécifiques à certaines minorités et visant à préserver les caractéristiques – culturelles, religieuses, linguistiques – de ces minorités⁵. Cette hostilité résulte

¹ Les déclarations des différents gouvernements français sont invariables sur ce point : la France « ne peut reconnaître l'existence de groupes ethniques, qu'il s'agisse ou non de minorités. En ce qui concerne les religions et les langues, autres que la langue nationale, le gouvernement français estime que ces deux domaines relèvent non du droit public mais de l'exercice privé des libertés publiques par les citoyens. Le rôle du gouvernement se limite à garantir aux citoyens l'exercice libre et complet de ces libertés dans le cadre défini par la loi et le respect des droits de l'individu » (cité in CAPOTORTI (Francesco), *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 24 juin 1977, p. 37 (E/CN.4/sub.2/384/Rev.1).

² BOKATOLA (Isse Omanga), « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques », *RGDIP*, 1993, p. 749.

³ KYMLICKA (Will), « Individual and Community Rights », in BAKER (Judith) ed., *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 18, traduction libre.

⁴ Ainsi, pour la Cour suprême du Canada, rien ne s'oppose à ce que la Constitution cherche « à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité » (Cour suprême du Canada, 20 août 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, RCS, Vol. 2, p. 217, point 74). Outre le Canada, le Mexique (Constitution révisée en 1992), la Colombie (Constitution de 1991), l'Australie (*Native Title Act* de 1993), la Hongrie (loi du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques) ou encore l'Estonie (loi du 25 octobre 1993 sur l'autonomie culturelle des minorités nationales) ont octroyé des droits identitaires à leurs minorités nationales.

⁵ La reconnaissance de ces droits identitaires est pourtant une obligation internationale. En effet, la doctrine a longtemps été d'avis que l'article 27 du Pacte international de 1966 accordant certains droits aux individus minoritaires, consacrait le devoir pour l'Etat de ne pas entraver la jouissance de ces droits mais ne donnait pas aux individus minoritaires le droit d'exiger de l'Etat l'adoption de mesures positives. Dans son observation n° 23(50) du 6 avril 1994, le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU

essentiellement de trois suppositions. Tout d'abord, la reconnaissance de droits identitaires reviendrait à octroyer des droits directement aux minorités nationales et donc à admettre l'existence juridique de celles-ci. Ensuite, l'attribution de droits identitaires favoriserait le relativisme culturel et la parcellisation de la nation en une mosaïque de communautés juxtaposées. Enfin, « on ne peut écarter l'éventualité de conflits entre les droits des hommes et ceux des groupes auxquels ils s'intègrent »¹ ; en ce sens, les droits identitaires nuiraient à l'exercice des droits de l'homme et à la mise en œuvre des libertés individuelles. C'est précisément pour ces raisons que le Conseil constitutionnel considère que les principes d'égalité des citoyens et d'unicité du peuple français « s'opposent à ce que soient reconnus des *droits collectifs* à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »².

Pour justifié qu'il soit, ce raisonnement résulte d'une confusion inadéquate entre droits identitaires, droits collectifs et droits de groupe³. La formulation du Conseil constitutionnel laisse entendre que les « droits collectifs » seraient des droits de nature communautaire, attribués aux groupes minoritaires en tant que tels. Or, un droit n'est pas considéré comme collectif au regard de son titulaire, mais en vertu de son mode d'exercice : un droit n'est pas collectif parce qu'il est détenu par un groupe, mais parce qu'il ne peut s'exercer que si plusieurs personnes s'accordent pour utiliser ensemble le droit qui appartient à chacune d'elles (à l'exemple de la liberté syndicale ou du droit d'association)⁴. Dès lors, la notion de droits collectifs regroupe les droits

a infirmé cette lecture, en indiquant que l'article 27 du Pacte impliquait l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures positives de protection en faveur des individus minoritaires, afin que ceux-ci puissent préserver leur culture et leur langue, et pratiquer leur religion en commun avec les autres membres de leur groupe. Bien que partie au Pacte, la France a opposé une réserve à l'application de l'article 27 et n'est donc pas liée par ses prescriptions.

¹ RIVÉRO (Jean), « Les droits de l'homme : droits individuels ou droits collectifs ? », in *Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels*, Actes du colloque de Strasbourg (13-14 mars 1979), Paris, LGDJ, 1980, p. 22.

² CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71 (les italiques ont été ajoutés par nos soins). Ce considérant fait remarquablement écho au célèbre discours du Comte de Clermont-Tonnerre devant l'Assemblée Constituante le 23 décembre 1790 : « Il faut tout refuser aux Juifs comme nation, et tout accorder aux Juifs comme individus ; il faut refuser la protection légale au maintien des prétendues lois de leur corporation judaïque ; il faut qu'ils ne fassent plus dans l'Etat ni corps politique, ni ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens ».

³ Cette confusion fréquente tient principalement à l'imprécision de la notion de « droits collectifs ». A cet égard, voir HARTNEY (Michael), « Some Confusions Concerning Collective Rights », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, pp. 293-314 ; KOUBI (Geneviève), « Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et droits de groupe », in *Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 105-118.

⁴ Le droit collectif s'oppose ainsi au droit individuel que chacun peut mettre en œuvre personnellement selon sa seule volonté. Cette classification reprend celle adoptée par le Conseil d'Etat dans un avis du 13 août 1947 qui rattache aux « libertés individuelles » celles dont la personne peut jouir isolément, comme la liberté d'aller et venir ou le droit à la sûreté, et leur oppose les libertés collectives qui, « n'étant pas limitées à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de coparticipants ou l'appel au public », comme la liberté de réunion, la liberté d'association, la liberté syndicale, la liberté de la presse, la liberté d'expression, la liberté religieuse ou la liberté de l'enseignement. Voir

collectifs *stricto sensu* que les individus exercent en commun avec les autres membres de leur communauté, et les droits de groupe dont peuvent se prévaloir les collectivités non étatiques en tant que telles¹. Les droits identitaires, en tant que droits collectifs spécifiques, peuvent donc appartenir soit à des individus minoritaires, soit à des groupes minoritaires : l'amalgame systématique entre droits identitaires et droits de groupes doit donc être définitivement réfuté.

De manière générale, les Etats – la France ne faisant pas exception – sont plus enclins à octroyer des droits collectifs à des individus qu'à des groupes. Il est vrai qu'accorder des droits identitaires à des individus permet de compléter le système des droits fondamentaux en ajoutant aux droits civils et sociaux, des droits culturels ; la reconnaissance de tels droits se fait alors sans turbulence pour le système juridique étatique² et sans menace pour l'exercice individuel des droits de l'Homme³. Le risque est toutefois, dans cette hypothèse, de porter atteinte à l'égalité entre citoyens, dans la mesure où les droits collectifs attribués à des individus peuvent n'être attribués qu'aux individus appartenant à certaines collectivités préalablement déterminées. La question de l'appartenance minoritaire – jusqu'ici proscrite en droit français – resurgit alors, révélant toute la difficulté de légiférer au sujet de droits dont la substance est posée en termes de différences culturelles.

En dépit de ces difficultés, la tradition juridique française s'est, une fois encore, progressivement adaptée aux contraintes nées de la prise en compte des diversités culturelles⁴. S'il ne paraît ni justifié, ni réaliste de parler de « rupture juridique » dans la mesure où la consécration des droits identitaires en France reste fragile en comparaison de la place qu'occupent ces droits dans d'autres Etats plus ouverts au multiculturalisme, il n'en demeure pas moins que la législation française autorise désormais la protection des spécificités culturelles de certaines minorités. Toutes les collectivités minoritaires ne bénéficient pas, pour autant, des mêmes droits identitaires : certaines minorités jouissent d'une protection linguistique, tandis que d'autres disposent d'une réglementation spécifique en matière religieuse. A l'évidence, les droits reconnus portent sur des caractéristiques par lesquelles la minorité concernée se distingue davantage du reste de la population et qui paraissent dès lors essentielles au maintien de son identité. Les collectivités autochtones se trouvent donc dans une situation encore plus spécifique que les autres collectivités minoritaires, dans la mesure où leur identité ne relève pas uniquement de

ROUSSEAU (Dominique), « Collective and Individual Rights », *Contemporary European Affairs*, Vol. 4, n° 4, 1991, pp. 27-33.

¹ KOUBI (Geneviève), *op. cit.*, p. 105.

² KYMLICKA (Will), « Démocratie libérale et droits des cultures minoritaires », in GAGNON (France), McANDREW (Marie), PAGE (Michel) dir., *Pluralisme, citoyenneté et éducation*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 25.

³ A cet égard, voir DE WITTE (Bruno), « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, pp. 122-123.

⁴ En ce sens, voir ROULAND (Norbert), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 402-416.

caractéristiques culturelles mais se trouve également liée à la terre qu'elles occupent ou qu'elles ont occupée par le passé¹. A cet égard, les autorités françaises ont entrepris de reconnaître au profit de certaines populations autochtones des droits fonciers que l'on peut légitimement classer parmi les droits identitaires mais qui se distinguent des droits culturels en ce qu'ils sont attribués aux groupes eux-mêmes. Ainsi, la recherche d'une conciliation entre le respect des principes libéraux et l'expression du droit à la différence a donné lieu à l'octroi de droits culturels aux individus minoritaires (section 1) et de droits fonciers aux collectivités autochtones (section 2).

SECTION 1. L'ATTRIBUTION DE DROITS CULTURELS AUX INDIVIDUS MINORITAIRES

La notion de droits culturels fait l'objet depuis plus d'un demi-siècle de recherches et de débats doctrinaux qui achoppent sur l'édition d'une définition consensuelle². Les droits culturels sont pourtant reconnus par le droit international³ mais leur nature et leur contenu continuent de susciter la controverse⁴. Ils peuvent en effet se décliner en deux catégories, selon l'acception que l'on retient de la culture. Si la culture est conçue comme un ensemble de connaissances et de créations, un patrimoine reflétant la vie d'une collectivité, alors le droit culturel s'analyse comme le droit de tout individu à la culture. Il constitue dans cette hypothèse un droit fondamental garanti dans tout Etat démocratique sous la forme de la liberté d'expression, du droit à l'éducation ou encore de l'égal accès aux ressources culturelles⁵. Si, en revanche, la culture est comprise comme un mode de vie, un ensemble de valeurs, de traditions et

¹ Rappelons à cet égard la définition du rapport Martinez-Cobo, aux termes duquel les populations autochtones « sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques » (MARTINEZ-COBO (José), *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Vol. 5, New York, Nations Unies, 1987, § 379, p. 31 (Doc. E/CN.4/sub.2/1986/7/Rev.4).

² KOUBI (Geneviève), « Les droits culturels : un nouveau concept ? », in *Savoir innover en droit : concepts, outils, systèmes*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 241-251 ; SCHNAPPER (Dominique), « Comment reconnaître les droits culturels ? », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 253-269.

³ Ainsi, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 énonce en son article 22 que « Toute personne [...] est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ». Le Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît le droit à l'éducation, ainsi que le droit « de participer à la vie culturelle, de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications, [et] de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

⁴ En ce sens, voir NIEC (Halina) dir., *Pour ou contre les droits culturels*, Ed. de l'Unesco, 2000, 334 p.

⁵ Le droit à la culture est ainsi garanti en France par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui proclame la liberté d'expression, et par l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction [...] et à la culture ». Voir PONTIER (Jean-Marie), RICCI (Jean-Claude), BOURDON (Jacques), *Droit de la culture*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, pp. 41-45.

de croyances¹, le droit culturel devient le droit de la culture, c'est-à-dire la « liberté de développer avec d'autres son appartenance culturelle »². Dans ce cas, le droit culturel attribué à l'individu n'a de sens que s'il l'exerce en communauté : le droit individuel se double alors d'un droit collectif.

Cette seconde acception, qui sous-tend une approche multiculturaliste de la société, fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine : pour certains auteurs, de tels droits culturels entraîneraient une limitation des droits de l'Homme et seraient un facteur d'aliénation pour l'individu obligé d'intégrer les normes culturelles du groupe³. Cette position paraît toutefois trop radicale : les droits culturels entendus comme des droits à l'identification culturelle peuvent constituer un renforcement des droits de l'Homme dès lors qu'ils ne prévalent pas sur les droits individuels des personnes appartenant à la minorité. Cela suppose toutefois que les droits culturels ne soient pas compris comme des droits de groupe, mais bien comme le droit de chaque individu à jouir de sa propre culture au sein du système étatique dans lequel il se trouve⁴.

A l'évidence, une telle approche intéresse tout particulièrement les minorités nationales : la reconnaissance de droits culturels, entendus comme des « droits de leur culture », leur permettrait en effet d'affirmer et de protéger leurs spécificités⁵. C'est au reste ce que prévoit l'article 27 du Pacte international de 1966 sur les droits civils et politiques, en reconnaissant aux personnes appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique le 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 ». Dans ce cas, toutefois, les droits culturels perdent leur caractère universel pour devenir des droits différenciés attachés à l'expression des

¹ Telle est la définition retenue par l'Unesco. Ainsi, la *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, adoptée en 1982, définit la culture comme « l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeur, les traditions et les croyances ». Cette définition est reprise dans la *Déclaration universelle sur la diversité culturelle* adoptée le 16 novembre 2001.

² CHEROT (Jean-Yves), « L'Etat pluriculturel : approche introductive de droit constitutionnel », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 24.

³ En ce sens, voir KOUBI (Geneviève), « Les droits culturels : un nouveau concept ? », in *Savoir innover en droit : concepts, outils, systèmes*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 241-251.

⁴ Un avant-projet de protocole à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, proposé en 1996 au Conseil de l'Europe qui ne l'a toutefois pas retenu, proposait une définition des droits culturels qui apparaîtrait particulièrement pertinente : « Toute personne a le droit, aussi bien seule qu'en commun, au respect et à l'expression de ses valeurs et traditions culturelles dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux exigences de la dignité humaine, aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ».

⁵ A cet égard, voir l'étude de SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *Droit des personnes appartenant à des minorités de jouir de leur propre culture. Perspective anthropologique*, ONU, Conseil économique et sociale, 1997 (Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/1997/WP.7).

différences culturelles et attribués à certains groupes déterminés¹. C'est précisément pour cette raison que les droits culturels demeurent « sous-développés »². De manière compréhensible, les Etats hésitent à proclamer et garantir des droits qui pourraient constituer une menace à l'identité culturelle nationale, provoquer la fragmentation sociale et politique et, au pire, engendrer des projets autonomistes, voire sécessionnistes³.

La France, évidemment, est loin de faire exception. En témoignent les réserves apportées à l'article 27 du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques, qui limitent l'établissement de droits culturels minoritaires spécifiques. Pour Antoine Leonetti, le fondement juridique de cette attitude réside dans l'article 1^{er} de la Constitution, qui empêcherait la reconnaissance de cultures particulières⁴. L'argument ne paraît toutefois pas décisif. En effet, il ne prend pas en compte la reconnaissance constitutionnelle de statuts personnels coutumiers qui tendent à la préservation de cultures ultra-marines spécifiques : l'article 75 de la Constitution, « en garantissant les statuts personnels, confirme aussi un droit à la spécificité culturelle »⁵. De surcroît, en indiquant que « *La Nation* garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte [...] à la culture », le préambule de 1946 ne confère pas l'exclusivité de la définition de la culture à l'Etat mais laisse notamment aux collectivités territoriales la possibilité d'y participer. L'intérêt d'une telle faculté se conçoit sans peine pour les collectivités disposant d'ores et déjà d'un statut différencié, qui s'affirment ainsi comme potentiellement porteuses de cultures locales distinctes de la culture nationale⁶. Ainsi,

¹ CHEROT (Jean-Yves), « L'Etat pluriculturel : approche introductive de droit constitutionnel », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 26.

² « Alors qu'ils sont apparus en Europe en même temps que les droits civils et politiques, les droits culturels sont restés les moins définis dans les démocraties occidentales. Ceci est d'autant moins compréhensible qu'il est théoriquement convenu que la puissance d'une démocratie réside dans le développement de sa culture pour tous » (MEYER-BISCH (Patrice), « L'idée de démocratie culturelle », in MEYER-BISCH (Patrice) dir., *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Fribourg, Ed. universitaires, 1993, p. 282)

³ ROCHER (Guy), « Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires », in COUTU (Michel) dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, pp. 25-41.

⁴ LEONETTI (Antoine), *Les autonomies administratives culturelles en Espagne au Royaume-Uni et en France*, thèse de doctorat, Université Paris I, 1997, p. 181.

⁵ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 182.

⁶ En ce sens, voir ROULAND (Norbert), « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, n° 46, 2000, p. 542. Cette analyse est confortée par la multiplication des structures publiques locales intervenant en matière culturelle, à l'exemple de l'Institut culturel de Bretagne chargé d'encadrer les travaux sur la culture et l'identité bretonne (<http://www.institutcultureldebretagne.com>) ou de l'Institut d'études occitanes chargé de superviser les initiatives culturelles et d'éditer des ouvrages en occitan (<http://ieo.oc.free.fr/ieopres.html>). Certaines collectivités disposent également de Conseils consultatifs en matière culturelle : dans les DOM, le Conseil de la culture, de l'éducation et de l'environnement donne son avis au Conseil régional sur les activités relatives aux langues et cultures régionales ; en Corse, le Conseil économique, social et culturel est obligatoirement consulté sur les projets de délibérations concernant l'action culturelle de la collectivité.

la loi du 22 janvier 2002 portant statut de la Corse¹ comporte une section consacrée à « l'identité culturelle » qui habilite notamment l'Assemblée de Corse à adopter un plan de développement de la langue et de la culture corses.

La France se révèle donc beaucoup moins réfractaire à la reconnaissance de droits culturels minoritaires que son discours officiel ne le laisse entendre. Il est vrai que la place de ces droits pourrait être aujourd'hui bien plus valorisée si certains projets portés par la gauche dans les années 1980 avaient abouti² mais, de fait, les droits octroyés aux membres de certaines collectivités minoritaires n'ont cessé de se multiplier, principalement en matière linguistique (A) et confessionnelle (B).

§ 1. Les droits linguistiques

La langue est l'un des plus puissants vecteurs de l'identité culturelle d'une collectivité humaine et de ses membres. La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises de manière explicite : « Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression [...]. C'est pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel un individu exprime son identité personnelle et son individualité »³. Parler une langue, surtout si elle est locale ou minoritaire, constitue ainsi un signe d'identification et d'appartenance à un groupe distinct de la majorité. C'est précisément pour cette raison que la sauvegarde de la langue constitue, pour les groupes minoritaires, un objectif prioritaire. Pour certains auteurs, ces groupes bénéficieraient à cet égard d'un « droit à la sécurité linguistique » qui pourrait se définir comme « la capacité de faire usage de sa langue et de la transmettre sans entraves »⁴.

¹ Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503.

² Ainsi, une proposition de loi constitutionnelle présentée en 1976 énonçait dans son article 12 que « la République française, une et indivisible, reconnaît et protège la diversité des cultures, des mœurs et des genres de vie. Chacun a le droit d'être différent et de se manifester comme tel ». La proposition de loi n° 2269 déposée par le Parti socialiste le 18 décembre 1980 s'intéressait, quant à elle, à « la place des langues et cultures des peuples de France ». La reconnaissance du droit à la différence figurait également parmi les 110 propositions de François Mitterrand. Arrivé au pouvoir, le nouveau Président de la République a chargé Henri Giordan d'élaborer un rapport sur la question : dans son rapport, l'auteur plaidait pour la mise en œuvre d'une « politique de reconnaissance des cultures minoritaires » et d'une « conception nouvelle de la hiérarchie des valeurs culturelles fondée sur le pluralisme » (GIORDAN (Henri), *Démocratie culturelle et droit à la différence*, Rapport au Ministre de la Culture, Paris, La Documentation française, 1982, p. 50). Les mesures adoptées par la suite n'ont pas été à la hauteur de ces ambitions mais ont néanmoins ouvert une brèche dans l'universalisme négateur des identités collectives. A cet égard, voir SAFRAN (William), « The French State and Ethnic Minority Cultures : Policy Dimensions and Problems », in RUDOLPH (Joseph), THOMPSON (Robert) eds., *Ethnoterritorial Politics, Policy and the Western World*, London, Lynne Rienner Publishers, 1989, pp. 115-157.

³ Cour suprême du Canada, 1988, *Ford c. Québec (P.G.)*, *RCS*, Vol. 2, pp. 748-749.

⁴ A cet égard, voir REAUME (Denise), « The Right to Linguistic Security : Reconciling Individual and Group Claims », in LEGER (Sylvie) ed., *Linguistic Rights in Canada : Collusions or Collisions ?*, Ottawa, University of Ottawa, Canadian Centre for Linguistic Rights, 1995, pp. 23-41.

Les enjeux des droits linguistiques, entendus comme des droits subjectifs accordés à un individu ou à un groupe et se rapportant à l'usage d'une langue¹, dépassent donc la portée de la liberté d'expression. Il ne s'agit pas seulement, pour les individus minoritaires, de pouvoir s'exprimer dans la langue qu'ils souhaitent, mais aussi de maintenir et de préserver les caractéristiques linguistiques qui fondent leur identité personnelle et collective. De ce fait, la question des droits linguistiques est l'une des questions les plus controversées dans les Etats multiculturels². La France ne fait pas exception, comme l'ont révélé les débats qui ont entouré la signature de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires en 1999³. De fait, en dépit de la politique d'éradication des langues régionales menée pendant la Révolution⁴ et dont il reste encore aujourd'hui beaucoup de scories, de nombreuses langues locales ont subsisté sur tout le territoire français. Le phénomène est particulièrement sensible en outre-mer où sont couramment parlées les langues créoles, les langues kanakes et les langues polynésiennes⁵. En métropole également, de nombreuses langues régionales restent usitées, bien que le français soit devenu la langue d'usage⁶.

¹ Les droits linguistiques se distinguent ainsi du droit linguistique qui, « entendu objectivement, comprend l'ensemble des normes juridiques ayant pour objet le statut et l'utilisation d'une ou de plusieurs langues » (TURI (Joseph), « Le droit linguistique ou les droits linguistiques », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 31, n° 2, 1990, p. 641).

² En témoignent notamment les exemples canadien, belge, espagnol ou italien.

³ La Charte a été adoptée par le Conseil de l'Europe le 5 novembre 1992 et signée par la France le 7 mai 1999. Elle n'a toutefois pas encore été ratifiée, le Conseil constitutionnel ayant estimé nécessaire une révision constitutionnelle préalable (CC, décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71 ; *AJDA*, 1999, p. 573, note J.-E. Schoettl).

⁴ Dès 1793, la Convention cherche à imposer de manière systématique l'usage exclusif du français, au détriment des langues régionales assimilées au conservatisme politique et à la réaction. La loi du 2 thermidor an II (20 juillet 1794) dispose ainsi que « nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire de la République, être écrit qu'en langue française » et interdit « l'enregistrement d'aucun acte, même sous seing privé, s'il n'est en langue française », sous peine de destitution et de six mois de prison pour qui les enregistrerait. Voir ROULAND (Norbert), « Les politiques juridiques de la France dans le domaine linguistique », *RFDC*, n° 35, 1998, pp. 520-529 ; ENCREVE (Pierre), « La langue de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 127-130.

⁵ La préservation des langues polynésiennes est particulièrement notable. Ces langues restent « couramment pratiquées, [...] enseignées à l'école, utilisées dans les conseils municipaux et à l'assemblée territoriales et [...] les juridictions elles-mêmes doivent s'en accommoder » (FABERON (Jean-Yves), « Indivisibilité de la République et diversité linguistique du peuple français : la place des langues polynésiennes dans le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDC*, n° 27, 1996, p. 610).

⁶ Le recensement des diverses langues régionales de France n'est pas aisé ; les linguistes eux-mêmes présentent des évaluations divergentes. Ainsi, Bernard Poignant compte au nombre des langues régionales l'alsacien-mosellan, le basque, le breton, le catalan, le corse, l'occitan, les créoles, les langues vernaculaires des territoires français du Pacifique (langues polynésiennes et mélanésiennes), les langues d'oïl et le franco-provençal (POIGNANT (Bernard), *Langues et cultures régionales*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 11-12), tandis que Bernard Cerquiglioni en recense 75 dont 55 outre-mer (CERQUIGLINI (Bernard), *Les langues de la France*, Rapport au Ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie et au Ministre de la Culture et de la Communication, Paris, La Documentation française, 1999, en ligne sur le site http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/lang-reg/rapport_cerquiglioni/langues-france.html).

Plusieurs organisations internationales se sont saisies de la question linguistique, pour tenter de fournir aux Etats des lignes générales de conduite en la matière¹. La question, liée à l'identité même de l'Etat et de la Nation, relève toutefois essentiellement de l'ordre juridique étatique : de fait, les droits linguistiques se trouvent encadrés par la réglementation sur l'emploi officiel des langues. A cet égard, les régimes linguistiques peuvent se classer en trois catégories. Certains Etats ont fait le choix de reconnaître plusieurs langues officielles nationales, consacrant ainsi constitutionnellement leur multilinguisme national². D'autres Etats ont consacré une langue nationale officielle, cohabitant avec une ou plusieurs langues régionales officielles et/ou administratives³. D'autres enfin, plus rarement, ne reconnaissent qu'une langue officielle, en autorisant éventuellement l'usage de langues régionales ou minoritaires dans le cadre des relations privées. La France illustre ce dernier cas, l'article 2 de la Constitution indiquant depuis 1992 que « la langue de la République est le français »⁴.

Pour autant, la République n'ignore pas les langues régionales. Plusieurs lois autorisent l'usage et l'enseignement de certaines de ces langues, et favorisent la promotion des activités culturelles dans des langues faisant désormais partie du « patrimoine linguistique de la Nation »⁵. Il est néanmoins révélateur que la France traite la question linguistique en prenant en considération les langues régionales et non leurs locuteurs – contrairement à des États comme l'Italie, dont la Constitution affirme en son article 6 que « la République protège les minorités linguistiques par des normes appropriées ». Dans la même perspective, la législation française reconnaît l'existence de « langues régionales » ou « locales » mais refuse la notion de « langues minoritaires »⁶. L'approche territoriale se trouve ainsi privilégiée au détriment de l'aspect personnel, de crainte que la reconnaissance des langues minoritaires n'entraîne la reconnaissance des collectivités revêtues du même qualificatif.

¹ La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires est, à ce jour, le texte international le plus abouti. Voir KOVACS (Peter), « La protection des langues des minorités ou la nouvelle approche de la protection des minorités ? Quelques considérations sur la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *RGDIP*, n° 2, juin 1993, pp. 411-418.

² On peut citer les exemples de la Belgique, du Canada ou de la Suisse. Voir DOMENICHELLI (Luisa), *Constitution et régime linguistique en Belgique et au Canada*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 153 p.

³ Une langue administrative s'entend d'une langue dont l'utilisation est admise pour certains actes à portée juridique. L'Allemagne, l'Autriche, le Royaume-Uni, l'Espagne ou encore l'Italie illustrent cette hypothèse de multilinguisme régional. Pour une étude du régime juridique des langues régionales en Espagne et en Italie, voir BERTILE (Véronique), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2005, pp. 183-414.

⁴ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *JORF*, 26 juin 1992, p. 8406. Voir DEBBASCH (Roland), « La reconnaissance constitutionnelle de la langue française », *RFDC*, n° 11, 1992, pp. 457-468.

⁵ Aux termes de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, *JORF*, 14 décembre 2000, p. 19760.

⁶ Bien qu'aux termes de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, ces dernières soient définies comme celles « pratiquées traditionnellement sur un territoire d'un Etat par des ressortissants de cet Etat qui constituent un groupe numériquement inférieur au reste de la population de l'Etat ». L'adjectif « minoritaire » renvoie donc ici à un aspect uniquement quantitatif ; il fait référence à une infériorité numérique de fait et non à une quelconque communauté de droit.

Cette « territorialisation des identités »¹ paraît toutefois artificielle. En effet, attribuer à certaines langues régionales un statut juridique revient à accorder directement des droits à leurs locuteurs : les langues ainsi reconnues se présentent comme des vecteurs de droits au bénéfice des individus les parlant². C'est donc bien à l'octroi de droits culturels à des individus minoritaires que participe la reconnaissance infra-constitutionnelle de langues régionales (A) dotées d'un régime juridique propre (B).

A. La reconnaissance infra-constitutionnelle de langues régionales

La France possède de nombreuses langues minoritaires mais elle reste pourtant l'un des seuls Etats à n'avoir jamais adopté un seul texte international protégeant la diversité linguistique. Cette intransigeance a pu se vérifier en juin 1992. Le 22 juin 1992, le Conseil de l'Europe adoptait la Convention européenne des langues régionales ou minoritaires. Le lendemain, le Congrès français réuni à Versailles modifiait l'article 2 de la Constitution en y ajoutant que « le français est la langue de la République »³. Ainsi, à quelques heures d'intervalle, l'Europe se dotait d'un texte reconnaissant des droits aux populations s'exprimant dans une langue non officielle à l'intérieur d'un Etat⁴, tandis que la France institutionnalisait une discrimination linguistique séculaire par l'adoption d'une disposition constitutionnelle qui rend désormais très improbable la ratification de la Charte européenne⁵.

Dans ce cadre, la place des langues régionales dans le droit français est une question politique sensible⁶. En dépit des nombreuses propositions de révisions en ce sens⁷, la Constitution reste muette sur le sujet : d'un point de vue constitutionnel, les

¹ L'expression est empruntée à ROULAND (Norbert), « Les politiques juridiques de la France dans le domaine linguistique », *RFDC*, n° 35, 1998, p. 537.

² En ce sens, voir RUET (Laurent), « Les fonctions juridiques de la langue », *JDI*, 1998, p. 714.

³ Plusieurs députés avaient soutenu un amendement visant à « compléter l'alinéa par les mots : “dans le respect des langues et cultures régionales de France” ». Cet amendement a été rejeté (*JO Débats*, Ass. Nat., 18 juin 1992, p. 2579).

⁴ Parmi de nombreux autres droits, la Charte consacre le droit « imprescriptible » à la pratique des langues régionales « dans la vie publique et privée ».

⁵ C'est d'ailleurs précisément sur l'article 2 de la Constitution que le Conseil constitutionnel s'est fondé pour déclarer la Charte européenne non conforme à la Constitution (CC, décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71 ; *AJDA*, 1999, p. 573, note J.-E. Schoettl). La ratification de la Charte par la France nécessite donc une révision constitutionnelle qui a jusqu'à présent été refusée par le Président de la République (CHAMBRAUD (Cécile), JEROME (Béatrice), « M. Chirac refuse à M. Jospin la révision constitutionnelle pour la protection des langues régionales », *Le Monde*, 25 juin 1999).

⁶ Voir BREILLAT (Dominique), « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : le cas français », *Revue juridique Thémis*, Vol. 35, 2001, pp. 697-737 ; GUILLOREL (Hervé), « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires dans le débat politique français », in GIORDAN (Henri), LOUARN (Tangi) dir., *Les langues régionales ou minoritaires dans la République*, Paris, IEO Éditions, 2003, pp. 45-59.

⁷ Entre 1958 et 2001, plus de quatre-vingts propositions de révisions constitutionnelles visant à la reconnaissance des langues régionales ont été déposées. Voir FRAISSEIX (Patrick), « La France, les langues régionales et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *RFDA*, 2001, p. 78.

langues régionales demeurent bien les « langues officieuses de la France »¹. Dans le silence du constituant, c'est le législateur qui s'est saisi de la question. La législation en la matière ne présente toutefois pas de réelle cohésion : les mesures adoptées apparaissent davantage comme des réponses ponctuelles à des revendications localisées, que comme des éléments d'une politique linguistique d'ensemble. La première loi mentionnant expressément certaines langues régionales et ouvrant la voie à leur enseignement dans le système éducatif public est la loi du 11 janvier 1951 relative à l'enseignement des langues et dialectes locaux², plus connue sous le nom de « loi Deixonne ». Cette loi, toujours en vigueur, vise en principe toutes les langues régionales mais, en pratique, sa mise en œuvre nécessite la reconnaissance préalable des langues effectivement concernées. Dans sa version initiale, l'article 10 de la loi ne prévoyait son application que pour le breton, le basque, le catalan et l'occitan ; par la suite, ses dispositions ont été étendues au corse en 1974³, au tahitien en 1981⁴, aux langues mélanésiennes en 1992⁵ et aux langues créoles en 2000⁶. Cette énumération donne un premier aperçu des langues régionales bénéficiant d'une reconnaissance législative et donc d'un statut juridique.

Dans les années 1980, les mesures visant à reconnaître et à développer l'usage de certaines langues d'outre-mer se sont multipliées. C'est ainsi que les langues créoles parlées dans les régions d'outre-mer ont été reconnues en tant que langues régionales par la loi du 2 août 1984 relative aux compétences de ces régions⁷ ; l'article 34 de la loi d'orientation sur l'outre-mer du 13 décembre 2000 conforte la portée de cette reconnaissance, en indiquant que « les langues régionales en usage dans les départements d'outre-mer font partie du patrimoine linguistique de la Nation. Elles bénéficient du renforcement des politiques en faveur des langues régionales afin d'en faciliter l'usage »⁸.

Les langues polynésiennes, pour leur part, ont fait l'objet d'une reconnaissance par étapes. Avant même que la question ne soit traitée par le pouvoir central, le Gouvernement de la Polynésie française avait proclamé, dans une décision du 28

¹ BENOÎT-ROHMER (Florence), « Les langues officieuses de la France », *RFDC*, 2001, pp. 3-29.

² Loi n° 51-46 du 11 janvier 1951, *JORF*, 13 janvier 1951, p. 483.

³ Décret n° 74-33 du 16 janvier 1974, *JORF*, 18 janvier 1974, p. 694.

⁴ Décret n° 81-553 du 12 mai 1981, *JORF*, 16 mai 1981, p. 1489.

⁵ Décret n° 92-1162 du 20 octobre 1992, *JORF*, 23 octobre 1992, p. 14767.

⁶ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, *JORF*, 14 décembre 2000, p. 19760.

⁷ Aux termes de l'article 21 de la loi, « le Conseil régional détermine, après avis du Comité de la culture, de l'éducation et de l'environnement, les activités éducatives et culturelles complémentaires relatives à la connaissance des langues et des cultures régionales, qui peuvent être organisées dans les établissements scolaires relevant de la compétence de la région » (loi n° 84-747 du 2 août 1984, *JORF*, 3 août 1984, p. 2559).

⁸ Loi n° 2000-1207 d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000, *JORF*, 14 décembre 2000, p. 19760. A cet égard, voir JOS (Emmanuel), « La loi d'orientation pour l'outre-mer : une impulsion en faveur d'un développement culturel centré sur la valorisation des identités », in ELFORT (Maud), FABERON (Jean-Yves), GOESEL-LE BIHAN (Valérie) dir., *La loi d'orientation pour l'outre-mer. Quelles singularités dans la France et l'Europe ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, pp. 331-346.

novembre 1980, que « la langue tahitienne est, conjointement avec la langue française, langue officielle du territoire de la Polynésie française »¹. Sous l'empire de cette décision – de 1980 à 1992 – la Polynésie a donc bénéficié de deux langues officielles, ce bilinguisme n'ayant suscité « aucun inconvénient majeur ni pour le développement des deux langues, bien au contraire, ni pour l'unité de la République »². La législation étatique n'est toutefois jamais allée aussi loin : la loi du 6 septembre 1984 reconnaît la langue tahitienne comme langue régionale de la Polynésie française³, et la loi organique du 12 avril 1996 indique en son article 115 que « le français étant la langue officielle, la langue tahitienne et les autres langues polynésiennes (le marquisien, le tuamotu ou le mangarévien) peuvent être utilisées »⁴. Saisi de cette dernière disposition, le Conseil constitutionnel a précisé dans une réserve d'interprétation que l'usage de la langue française s'imposait toutefois aux personnes morales de droit public, aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public, ainsi qu'aux usagers du service⁵. Si cette réserve s'inscrit dans la jurisprudence constante du juge constitutionnel, elle ne tient aucunement compte de la réalité linguistique en Polynésie : comme l'a rappelé le député Flosse lors de la discussion du projet de loi statutaire, la langue tahitienne est non seulement utilisée par les administrations locales, mais encore par les élus locaux comme par les usagers du service public de la justice⁶. La loi organique du 27 février 2004⁷ reprend pourtant la formulation du Conseil constitutionnel, en réaffirmant à l'alinéa 1^{er} de l'article 57 l'officialité de la langue française en Polynésie⁸. L'alinéa 2 ne manque toutefois pas de rappeler, dans une formule symbolique, que « la langue tahitienne est un élément fondamental de l'identité culturelle : ciment de cohésion sociale, moyen de communication quotidien, elle est reconnue et doit être préservée, de même que les autres langues polynésiennes, aux côtés de la langue de la République, afin de garantir la diversité culturelle qui fait la richesse de la Polynésie française ».

Curieusement, la question des langues mélanésiennes a été traitée de manière plus consensuelle que celle des langues polynésiennes. De fait, en Nouvelle-Calédonie, « la multiplicité [des langues locales] a eu pour conséquence de conférer à la langue

¹ Voir PELTZER (Louise), « Le tahitien, langue régionale de France ? », in CLAIRIS (Christos), COSTAOUEC (Denis), COYOS (Jean-Baptiste) dir., *Langues et cultures régionales de France. Etat des lieux, enseignement, politiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, p. 193.

² Selon les termes de l'ancienne ministre de la Culture de la Polynésie française, PELTZER (Louise), « La Polynésie française », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 206.

³ Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984, *JORF*, 7 septembre 1984, p. 2831.

⁴ Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, *JORF*, 13 avril 1996, p. 5695. Voir FABERON (Jean-Yves), « Indivisibilité de la République et diversité linguistique du peuple français : la place des langues polynésiennes dans le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDC*, n° 27, 1996, p. 607-617.

⁵ CC, décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43 ; *RDJ*, 1996, p. 953, note F. Luchaire.

⁶ *JO Débats Ass. nat.*, 2 février 1996, p. 549.

⁷ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183.

⁸ « Le français est la langue officielle de la Polynésie française. Son usage s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public ainsi qu'aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics ».

française le rôle fédérateur qu'elle n'a pas toujours dans d'autres DOM ou TOM »¹. Pour cette raison, la question linguistique a toujours été secondaire derrière les revendications relatives à la terre ou aux coutumes. L'Accord de Nouméa ne laisse toutefois pas la question sous silence, et proclame que « les langues kanak sont, avec le français, des langues d'enseignement et de culture en Nouvelle-Calédonie »². La loi organique du 19 mars 1999 reprend cette formulation et prévoit la création d'une Académie des langues kanakes, établissement local dont le Conseil d'administration est composé de locuteurs désignés par le Sénat coutumier et dont la mission est de fixer les règles d'usage et d'évolution des langues kanakes³. Aux termes de ces textes, la reconnaissance des langues mélanésiennes présente une singularité non négligeable : dans la mesure où elles sont mentionnées dans l'Accord de Nouméa, elles disposent d'un statut constitutionnel. Les langues kanakes sont ainsi, à ce jour, les seules langues régionales à bénéficier d'une reconnaissance constitutionnelle qui leur confère un statut particulier dans l'ordre juridique français.

La langue corse ne bénéficie pas de ce privilège, bien qu'elle soit devenue un véritable cheval de bataille pour les représentants locaux. En témoigne la motion sur « l'officialisation de la langue corse » adoptée par l'Assemblée territoriale le 26 juin 1992, soit le lendemain de la constitutionnalisation du français en tant que langue de la République⁴. L'article 1^{er} de la motion proclame que « la langue corse est officielle sur l'ensemble du territoire soumis à la juridiction de l'Assemblée de Corse » et son article 2 affirme que « le corse, langue du peuple corse, et le français, langue officielle de l'Etat, sont les deux langues officielles de l'Assemblée de Corse »⁵. Au regard de son inconstitutionnalité flagrante⁶, cette motion ne revêt aucune valeur juridique mais ses orientations ont néanmoins inspiré le législateur pour l'élaboration du dernier statut de la collectivité territoriale. La loi du 22 janvier 2002⁷ identifie clairement la langue corse comme vecteur de l'« identité culturelle » locale et donne compétence à l'Assemblée territoriale pour adopter « un plan de développement de l'enseignement

¹ LAVENTURE (Luc), « Réseau France Outre-mer sur les trois océans : la place des langues régionales », in CLAIRIS (Christos), COSTAOUEC (Denis), COYOS (Jean-Baptiste) dir., *Langues et cultures régionales de France. Etat des lieux, enseignement, politiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, p. 206.

² Point 1.3.3 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

³ Articles 215 et 240 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197. L'Académie des langues kanakes a été créée par la délibération n° 265 de l'Assemblée territoriale en date du 17 janvier 2007, *JONC*, 30 janvier 2007, p. 672.

⁴ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *JORF*, 26 juin 1992, p. 8406.

⁵ Motion citée in GUILLOREL (Hervé), « La langue corse : histoire et enjeux actuels », *Pouvoirs Locaux*, Vol. 47, n° 4, 2000, p. 73.

⁶ CHIORBOLI (Jean), « La langue corse à la fin du XX^e siècle. Officialisation et conflit de normes », in CLAIRIS (Christos), COSTAOUEC (Denis), COYOS (Jean-Baptiste) dir., *Langues et cultures régionales de France. Etat des lieux, enseignement, politiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, pp. 169-190.

⁷ Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, *JORF*, 23 janvier 2002, p. 1503.

de la langue et de la culture corses, dont les modalités d'application font l'objet d'une convention conclue entre la collectivité territoriale de Corse et l'Etat »¹.

Ces différents exemples sont particulièrement révélateurs des trois principales caractéristiques de la politique linguistique française. Cette politique, en premier lieu, est la combinaison de mesures ponctuelles visant expressément et uniquement certaines langues régionales. Jusqu'à présent, peu d'initiatives ont eu une portée générale, tendant à reconnaître l'ensemble des « langues de France ». La création en 2001 de la Délégation générale à la langue française et aux langues de France en vue de « préserver et valoriser les langues de France, à savoir les langues autres que le français qui sont parlées sur le territoire national et font partie du patrimoine culturel national »², présente à cet égard une portée essentiellement symbolique. Cette absence de reconnaissance générale prive de protection les nombreuses langues régionales qui ne sont pas prises en compte par la législation, à l'exemple des langues wallisienne et futunienne, des langues amérindiennes et noires-maronnes de Guyane, ou du shi-maoré parlé à Mayotte³.

En second lieu, la politique linguistique française est une politique essentiellement décentralisée. La reconnaissance officielle d'une langue régionale figure souvent dans le statut de la collectivité locale concernée, qui est amenée à intervenir pour promouvoir, avec l'aide de l'État, la ou les langue(s) locale(s)⁴. Ces collectivités, à l'exemple de la Corse, de la Polynésie française, de la Nouvelle-Calédonie ou encore des régions d'outre-mer, bénéficient ainsi de compétences dont ne disposent pas la plupart des collectivités territoriales métropolitaines. Il faut également mentionner l'initiative sans précédent portée par l'Office public de la langue basque, groupement d'intérêt public qui rassemble l'Etat et les collectivités locales du pays basque. En 2006, un protocole de coopération pour la promotion de la langue basque a été signé entre cet organisme public et la Communauté autonome basque d'Espagne⁵, mettant en place un partenariat transfrontalier pour promouvoir l'usage et l'enseignement de la langue locale dans le pays basque français. Si elle s'avérait concluante, une telle

¹ Article L. 4424-5 al. 2 du CGCT. A cet égard, l'Assemblée territoriale est assistée dans sa tâche par un Conseil économique, social et culturel, consulté obligatoirement sur tout projet de délibération concernant l'action culturelle et éducative, et notamment ceux relatifs à la sauvegarde et à la diffusion de la langue et de la culture locales (art. L. 4424-7-I du CGCT).

² Décret n° 2001-950 du 16 octobre 2001, *JORF*, 19 octobre 2001, p. 16497. Voir le site <http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/garde.htm>.

³ La ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires apporterait une solution à cette reconnaissance incomplète, en obligeant l'Etat à établir une liste des langues régionales officiellement reconnues sur le territoire national. Cette solution est notamment prônée par CERQUIGLINI (Bernard), *Les langues de la France*, Rapport au Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie, Paris, La Documentation française, 1999 (http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/lang-reg/rapport_cerquiglioni/langues-france.html).

⁴ FRANGI (Marc), « Les collectivités locales face aux langues régionales », *AJDA*, 2000, pp. 300-306.

⁵ Voir GARICOIX (Michel), « La France coopère avec le Pays basque espagnol pour promouvoir la langue basque », *Le Monde*, 30 septembre 2006.

coopération décentralisée pourrait fort bien s'étendre à d'autres collectivités ayant en commun une langue avec un Etat étranger.

L'implication des collectivités territoriales, voire d'autres Etats, dans la protection des langues régionales de France ne pallie toutefois pas le fait que ces langues ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle. Ce troisième trait de la politique linguistique française se voit de plus en plus décrié par les locuteurs de langues régionales¹ comme par les auteurs réclamant une révision constitutionnelle en ce sens. Ainsi, à l'issue de sa thèse, Véronique Bertile conclut que « pour sortir de l'impasse qui caractérise la situation actuelle des langues régionales, les pouvoirs publics français n'ont d'autre choix que de faire entrer ces dernières dans la Constitution. [...] Cette constitutionnalisation ne doit en aucun cas être entendue comme une officialisation des langues régionales ou minoritaires. Elle doit être observée sous l'angle culturel comme faisant entrer les langues de France dans le patrimoine culturel commun de la Nation »². Jusqu'à présent, une telle reconnaissance constitutionnelle a été refusée par crainte pour l'unité de la République – la constitutionnalisation des langues kanakes par la révision du 20 juillet 1998³ devant alors être considérée comme une exception et non comme un précédent. Pourtant, comme l'indique le Professeur Ziller, l'intransigeance des pouvoirs publics en la matière paraît « fondée sur une erreur d'analyse juridique [...]. En particulier, il n'apparaît pas évident que l'article 2 de la Constitution s'oppose à ce qu'une langue [régionale] se voie reconnaître un statut, à partir du moment où ce statut ne s'appliquerait que sur une portion du territoire et non à la République toute entière »⁴. En ce sens, la reconnaissance constitutionnelle des langues régionales ne contrarie pas le principe d'unité de la République en lui-même ; elle contrarie plutôt l'interprétation qui en est faite par la doctrine et le juge constitutionnel⁵. C'est précisément ce qui explique le régime juridique actuel des langues régionales de France.

B. Le régime juridique des langues régionales

Le régime juridique des langues régionales en France est clairement fondé sur la distinction entre l'usage de ces langues dans les rapports privés, et leur utilisation dans

¹ On peut mentionner à cet égard l'action du « Comité républicain pour la modification de l'article 2 de la Constitution et la ratification de la Charte européenne » regroupant plusieurs associations de protection de langues régionales. Ce comité réclame une révision de la Constitution, de sorte que l'article 2 fasse explicitement référence aux langues régionales et garantisse leur usage dans l'enseignement, les médias et la vie publique.

² BERTILE (Véronique), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2005, p. 569.

³ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

⁴ ZILLER (Jacques), « Existe-t-il un modèle européen d'Etat pluriculturel ? », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 244.

⁵ Dans le même sens, voir BERTILE (Véronique), *op. cit.*, p. 571.

les rapports avec l'administration et les services publics. Depuis la Révolution, l'emploi de langues autres que le français, y compris les langues régionales, est proscrit dans la sphère publique¹. Ce principe a été formellement réaffirmé dans les lois du 31 décembre 1975² et du 4 août 1994³, toutes deux relatives à l'emploi de la langue française. L'adoption de cette dernière a toutefois donné au Conseil constitutionnel l'occasion de préciser le statut accordé, par défaut, aux langues régionales. Dans sa décision du 29 juillet 1994⁴, le juge insiste sur la nécessaire conciliation entre les dispositions de l'article 2 de la Constitution consacrant le français comme « langue de la République » et celles de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen relatives à la liberté de pensée et d'expression. Cette conciliation « implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée ». Autrement dit, le législateur peut imposer l'exclusivité de l'usage public du français en tant que langue officielle de l'Etat, mais cette obligation ne saurait s'étendre aux individus dans le cadre de leurs relations privées. Ce raisonnement est réitéré dans les décisions du 9 avril 1996⁵ et du 15 mars 1999⁶ : le Conseil confirme l'exclusivité de l'usage public du français mais estime que l'article 2 de la Constitution ne fait pas obstacle à un usage privatif des langues régionales, compensant ainsi l'absence de toute référence constitutionnelle à ces dernières. La liberté d'expression fonde le droit pour tout individu d'utiliser la langue de son choix. Elle détermine ainsi une liberté linguistique, définie comme « le pouvoir d'utiliser librement la langue de son choix dans les conversations privées »⁷.

Pour autant, les langues régionales ne sont pas totalement écartées de la sphère publique. Leur usage bénéficie généralement d'une certaine « tolérance »⁸, bien que le degré de cette tolérance dépende du service public concerné. S'agissant des services

¹ Ce principe a cependant connu certaines exceptions, notamment en Corse, dans le pays basque ou en Alsace. Ainsi, un arrêté du 2 février 1919 déclarait le français langue judiciaire en Alsace mais admettait que les débats se déroulent en dialecte local ou en allemand, dans les cas où les parties ne maîtrisaient pas suffisamment la langue française (voir LOCHAK (Danièle), « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET (Alain), SOULIER (Gérard) dir., *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 126).

² Loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975, *JORF*, 4 janvier 1976, p. 189. Sur cette loi, voir DELAPORTE (Vincent), « La loi relative à l'emploi de la langue française », *RCDIP*, 1976, pp. 447-476.

³ Loi n° 94-665 du 4 août 1994, *JORF*, 5 août 1994, p. 11392. Voir FABERON (Jean-Yves), « La protection juridique de la langue française », *RDP*, 1997, pp. 323-341.

⁴ CC, décision n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Rec.*, p. 106 ; *RFDC*, n° 23, 1995, p. 577, note M. Verpeaux ; *RDP*, 1994, p. 1663, note J.-P. Camby ; *RDP*, 1995, p. 102, note D. Rousseau. Voir également CARCASSONNE (Guy), « La protection de la langue française et le respect des libertés », *Commentaire*, n° 70, été 1995, pp. 331-338.

⁵ CC, décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43 ; *AJDA*, 1996, p. 371, note O. Schrameck.

⁶ CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71 ; *AJDA*, 1999, p. 573, note J.-E. Schoettl.

⁷ DE WITTE (Bruno), « Le principe d'égalité et la pluralité linguistique », in GIORDAN (Henri) dir., *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et Droits de l'Homme*, Paris, Ed. Kimé, 1992, p. 60.

⁸ L'expression est empruntée à MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Le statut des langues régionales ou minoritaires : la "tolérance constitutionnelle" française », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Langue(s) et Constitution(s)*, Actes du colloque de Rennes (7-8 décembre 2000), Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 2004, p. 227. Voir également BENOÎT-ROHMER (Florence), « Les langues officieuses de la France », *RFDC*, 2001, p. 17.

administratifs en général, la pratique linguistique aux guichets des différentes administrations relève généralement d'une réciprocité spontanée entre usagers et agents publics locuteurs d'une même langue régionale. Cette tolérance a néanmoins des limites plusieurs fois rappelées par le juge : dans leurs rapports avec les usagers, les services publics ne peuvent prendre en compte que les documents ou actes rédigés dans la langue nationale¹. De manière similaire, la toponymie et la signalisation routière peuvent donner lieu, dans certaines régions, à une double inscription en français et en langue régionale mais, là encore, la tolérance a ses limites : « que le maire d'une commune du Pays basque double sa signalisation routière de panneaux rédigés en euscarien, personne n'y trouvera à redire. Qu'il remplace la première par les autres, et l'illégalité sera constituée »². Dans les médias publics également, l'utilisation d'une langue régionale est permise, voire encouragée s'agissant de la radio³ ; en revanche, « l'audiovisuel fait encore une place parcimonieuse aux langues régionales »⁴.

La question de l'utilisation des langues régionales devant les tribunaux est plus discutée. Si l'utilisation de langues autres que le français est officiellement proscrite⁵, la pratique témoigne, ça et là, d'une certaine ouverture. Ainsi en est-il en Polynésie ou en Corse, lorsque les parties au procès, juges, témoins et avocats parlent la langue locale⁶. Lorsqu'une partie à un procès ne comprend pas ou mal le français, elle relève alors des dispositions classiques prévoyant la présence d'un interprète, cette dernière répondant aux exigences des droits de la défense⁷. Les juges apprécient toutefois *in concreto* le degré de maîtrise de la langue française par les individus concernés ; ils refusent ainsi de recourir à un interprète lorsque les parties au procès maîtrisent

¹ Par suite, aucune décision implicite ne peut naître du silence gardé par l'Administration sur des demandes non rédigées en français et dont l'objet, de ce fait, ne peut être identifié (CE, 10 juin 1991, *Kerrain, Leb.*, tables, p. 652). De même, « le refus d'acheminer à leurs destinataires des correspondances dont l'adresse était rédigée en langue bretonne [...] ne constitue ni une méconnaissance de la liberté d'expression ni une discrimination illégale opérée entre les usagers du service public postal » (CE, 15 avril 1992, *Le Duigou, Leb.*, tables, p. 704 ; *Dalloz*, 1992, p. 517, note R. Debbasch).

² CLAISSE (Yves), « Le droit et la langue française », *LPA*, n° 48, 22 avril 1994, p. 23.

³ Pour l'exemple de RFO, voir LAVENTURE (Luc), « Réseau France Outre-mer sur les trois océans : la place des langues régionales », in CLAIRIS (Christos), COSTAOUEC (Denis), COYOS (Jean-Baptiste) dir., *Langues et cultures régionales de France. Etat des lieux, enseignement, politiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, pp. 235-248.

⁴ BENOÎT-ROHMER (Florence), « Les langues officielles de la France », *RFDC*, 2001, p. 21.

⁵ Et ce, bien avant la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 (loi constitutionnelle n° 92-554, *JORF*, 26 juin 1992, p. 8406). En ce sens, voir CE, 22 novembre 1985, *Quillevère, Leb.*, p. 333, concl. D. Latournerie ; *AJDA*, 1985, p. 716, chron. S. Hubac et M. Azibert ; *Dalloz*, 1986, p. 71, note J.-J. Thouroude ; Cass. crim. 4 mars 1986, *Tukson, Bull. crim.*, n° 85, p. 214.

⁶ En ce sens, voir FABERON (Jean-Yves), « Indivisibilité de la République et diversité linguistique du peuple français : la place des langues polynésiennes dans le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDC*, n° 27, 1996, p. 610.

⁷ En ce sens, voir Cass. crim., 20 octobre 1999, inédit. En l'espèce, le prévenu ne parlait que le créole ; il a donc été assisté d'un interprète lors des audiences. Il en est de même lorsque ce sont les témoins qui parlent peu ou mal le français (Cass. crim., 14 février 1996, inédit).

suffisamment le français¹. Toutefois, l'emploi autorisé de langues régionales dans les tribunaux par le truchement des droits de la défense ne conduit en aucun cas à la reconnaissance d'un statut en leur faveur.

La question de la place des langues régionales dans la sphère publique prend néanmoins toute son ampleur lorsqu'elle se rapporte à celle, hautement sensible, de l'enseignement². Pendant longtemps, l'enseignement des langues régionales dans le cadre de l'école publique a été proscrit³. Il faut attendre 1951 pour que soit adoptée la loi Deixonne qui autorise cet enseignement, facultatif, dans les écoles primaires et secondaires⁴. Dès lors, les établissements situés dans des régions où les locuteurs d'une langue locale sont suffisamment nombreux peuvent proposer un enseignement de cette langue – ce qui ne signifie pas pour autant qu'il y soit effectivement organisé, ni même encouragé⁵. A la suite de la loi Deixonne, plusieurs lois ont réaffirmé la possibilité d'un enseignement des langues et des cultures régionales⁶. Si la loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989⁷ confie cette mission à l'Etat, la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école du 23 avril 2005⁸ décentralise cette compétence en indiquant qu'« un enseignement de langues et cultures régionales peut être dispensé tout au long de la scolarité selon des modalités définies par voie de convention entre l'Etat et les collectivités territoriales où ces langues sont en usage »⁹. Cette ouverture de l'école publique aux langues régionales et l'implication croissante des collectivités locales en la matière est sans aucun doute le processus le

¹ Cass. crim., 15 décembre 1993, *Bidart*, inédit. Sur ce point, la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme de l'ONU va dans le même sens que la jurisprudence française. Ainsi, saisi d'une requête dénonçant le rejet par le juge français des requêtes rédigées dans une langue régionale, le Comité a estimé que « Comme l'auteur a montré qu'il connaissait cette langue, [...] il ne serait pas déraisonnable qu'il adresse sa requête en français aux tribunaux français » (8 novembre 1989, *K. c. France*, § 8.4 (jurisp. CCPR/C/37/D/220/1987), *AFDI*, 1989, p. 424, note G. Cohen-Jonathan). Dans le même sens, voir Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, 25 juillet 1990, *Guesdon c. France*, § 10.2 (jurisp. CCPR/C/39/D/219/1986) ; 11 avril 1991, *Barzhig c. France*, § 5.7 (jurisp. CCPR/C/41/D/327/1988). Ces décisions sont disponibles sur le site <http://www.unhchr.ch>.

² Dans la mesure où elle concerne au premier chef la préservation et la transmission des langues régionales ou minoritaires, la question de l'enseignement linguistique est particulièrement controversée dans de nombreux Etats, à l'exemple du Canada et de la Belgique dont les tribunaux ont produit une jurisprudence abondante en la matière. A cet égard, voir DOMENICHELLI (Luisa), *Constitution et régime linguistique en Belgique et au Canada*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 153 p.

³ Ainsi, la loi du 11 floréal an X (1^{er} mai 1802) condamnait l'usage des « patois » à l'école. Devenue gratuite, laïque et obligatoire en 1881, l'école publique a néanmoins continué à réprimer l'usage des langues régionales dans son enceinte.

⁴ Loi n° 51-46 du 11 janvier 1951, *JORF*, 13 janvier 1951, p. 483.

⁵ SIBILLE (Jean), *Les langues régionales*, Paris, Flammarion, Coll. Dominos, 2000, p. 19.

⁶ Notamment les lois précitées n° 75-620 du 11 juillet 1975 (*JORF*, 12 juillet 1975, p. 7180) et n° 94-665 du 4 août 1994 (*JORF*, 5 août 1994, p. 11392) relatives à l'emploi de la langue française. Voir PONTIER (Jean-Marie), *Droit de la langue française*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 48-53.

⁷ Loi n° 89-486 du 10 juillet 1989, *JORF*, 14 juillet 1989, p. 8860.

⁸ Loi n° 2005-380 du 23 avril 2005, *JORF*, 24 avril 2005, p. 7166.

⁹ Article L. 312-10 du Code de l'éducation. L'Etat et les collectivités territoriales concernées sont aidés dans cette tâche par les Conseils académiques des langues régionales, créés par le décret n° 2001-733 du 31 juillet 2001 (*JORF*, 5 août 2001, p. 12756) dans les académies sur le territoire desquelles est parlée une ou plusieurs langues régionales. Ces conseils émettent un avis sur le développement et la promotion des langues régionales dans l'enseignement.

plus révélateur de la prise en compte des particularismes locaux par le droit public. En témoigne la multiplication, depuis les années 1980, des mesures en faveur de l'extension de l'enseignement des langues régionales dans les établissements d'enseignement public¹ – bien que certaines langues régionales demeurent encore exclues de ce processus, à l'exemple des langues wallisienne, futunienne² ou amérindiennes³.

Pour autant, le droit d'apprendre une langue régionale n'est pas absolu : ainsi, le Conseil d'Etat a estimé que la décision de l'administration de ne pas organiser ou de ne pas maintenir un enseignement du breton ne constituait pas une rupture des principes d'égalité des usagers et de continuité du service public, l'Etat n'ayant pas l'obligation d'organiser l'enseignement des langues locales dans les écoles publiques⁴. Cette absence d'obligation a été également rappelée par le Conseil constitutionnel. Dans la décision du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse, le juge a considéré que l'enseignement de la langue et de la culture corse « n'est pas contraire au principe d'égalité dès lors qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire »⁵. Cette réserve d'interprétation a été réitérée en 1996 et en 2004 à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des lois portant statut de la Polynésie française⁶ et en 2002 à propos de la loi relative à la Corse⁷ qui ouvrait la voie à un enseignement « généralisé » des

¹ Voir les lois successives étendant les dispositions de la loi Deixonne au corse, au tahitien, aux langues régionales d'Alsace et des pays mosellans, aux langues mélanésiennes et aux langues créoles (respectivement décret n° 74-33 du 16 janvier 1974, *JORF*, 18 janvier 1974, p. 694 ; décret n° 81-553 du 12 mai 1981, *JORF*, 16 mai 1981, p. 1489 ; arrêté du 17 septembre 1991, *JORF*, 25 septembre 1991 ; décret n° 92-1162 du 20 octobre 1992, *JORF*, 23 octobre 1992, p. 14767 ; loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, *JORF*, 14 décembre 2000, p. 19760).

² Interrogé en 2000 par le député de Wallis et Futuna sur la possibilité d'étendre les dispositions de la loi Deixonne aux langues wallisienne et futunienne (question orale n° 0904S, *JO Débats*, Sénat, 11 octobre 2000, p. 4907), le Secrétaire d'Etat au commerce extérieur avait alors rejeté cette possibilité « dans l'immédiat », prétextant qu'il fallait « auparavant qu'un consensus formel se soit dégagé quant aux références indiscutables et reconnues des langues wallisienne et futunienne » (*JO Débats*, Sénat, 15 novembre 2000, p. 5972).

³ Des expériences pédagogiques ont été menées depuis 1986 en territoire amérindien, consistant en un apprentissage simultané du français et de la langue maternelle. Il n'existe toutefois aucune politique globale sur l'enseignement des langues autochtones à l'échelle du département de la Guyane. Voir GRENAND (Françoise), RENAULT-LESCURE (Odile), *Pour un nouvel enseignement en pays amérindien : approche culturelle et linguistique*, Cayenne, ORSTOM, 1990, 78 p.

⁴ CE, 30 septembre 1994, *M. Cadoret*, Inédit ; CE, 15 avril 1996, *Association des parents d'élèves pour l'enseignement du breton*, Inédit.

⁵ CC, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50. Le projet de loi prévoyait que l'enseignement de la langue corse devait prendre place « dans l'horaire scolaire normal » et serait suivi par tous les élèves « sauf volonté contraire des parents ». Cet enseignement devenait donc *de facto* obligatoire, au regard de la pression sociale s'exerçant dans l'île.

⁶ CC, décisions n° 96-373 DC du 9 avril 1996 (*Rec.*, p. 43) et n° 2004-490 DC du 12 février 2004 (*Rec.*, p. 41). En pratique toutefois, l'enseignement du tahitien est resté obligatoire dans le primaire et a même été étendu à l'ensemble des cycles du secondaire par décision territoriale. En ce sens, voir PELTZER (Louise), « Le tahitien, langue régionale de France ? », in CLAIRIS (Christos), COSTAOUEC (Denis), COYOS (Jean-Baptiste) dir., *Langues et cultures régionales de France. Etat des lieux, enseignement, politiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, p. 195.

⁷ CC, décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70.

langues régionales¹. Il est vrai que la mise en place d'un enseignement obligatoire des langues régionales dans certaines collectivités territoriales aboutirait à une double remise en cause du principe de l'égalité de l'enseignement sur l'ensemble du territoire national. Elle conduirait tout d'abord à rompre l'égalité entre les usagers du service public, c'est-à-dire entre les élèves qui, suivant leur lieu de résidence, ne bénéficieraient pas des mêmes possibilités d'enseignement². Mais l'instauration d'un enseignement obligatoire des langues régionales pourrait également générer une inégalité entre agents de la fonction publique : de fait, l'organisation de concours³ faisant intervenir la connaissance d'une langue régionale engendre une discrimination entre les candidats. Ainsi, si le concours de recrutement des enseignants de corse est en théorie ouvert à tous, seuls les candidats originaires de l'île peuvent, en pratique, y prétendre⁴. C'est précisément pour éviter ce risque de « préférence régionale » qui cacherait une discrimination positive de fait, que le Conseil constitutionnel a indiqué dans sa décision du 17 janvier 2002 que l'enseignement de la langue corse « ne saurait revêtir [...] un caractère obligatoire ni pour les élèves, ni pour les enseignants »⁵. Cette précision interdit que la connaissance de la langue locale ne devienne un trait obligatoire du profil des enseignants de l'école publique⁶.

Le caractère facultatif de l'enseignement des langues régionales dans les écoles publiques a sans doute été à l'origine de la création d'écoles privées visant à assurer un apprentissage effectif des langues régionales, fondé sur des méthodes d'immersion totale. Ce mouvement associatif, lancé dans le pays basque au début des années 1970, concerne aujourd'hui cinq langues régionales : le basque avec les écoles Seaska⁷, le

¹ L'article 7 du statut indique en effet que « La langue corse est une matière enseignée dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et élémentaires de Corse », sans préciser son caractère obligatoire ou optionnel. D'après le Professeur Verpeaux, le gouvernement aurait ainsi tenté d'ouvrir entre la langue obligatoire et la langue facultative une troisième voie, « celle d'une langue généralisée, qui permettrait d'offrir à tous les élèves l'enseignement d'une discipline dans toutes les écoles, par exemple sur une portion du territoire français, tout en autorisant les parents à refuser pour leurs enfants que cet enseignement soit dispensé. La différence entre le "facultatif" et le "généralisé" résiderait alors dans le fait que les parents puissent demander qu'un enseignement facultatif soit dispensé à leurs enfants tandis qu'ils garderaient la liberté de refuser un enseignement qui serait généralisé » (VERPEAUX (Michel), « Une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002, p. 465).

² C'est traditionnellement ce premier argument qui est présenté par les requérants lorsqu'ils saisissent le Conseil constitutionnel des lois instaurant la protection d'une langue locale. En ce sens, voir les mémoires de saisine à l'origine des décisions n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (*Rec.*, p. 50) et n° 96-373 DC du 9 avril 1996 (*Rec.*, p. 43).

³ Le décret n° 2002-11 du 3 janvier 2002 (*JORF*, 5 janvier 2002, p. 323) créé un concours spécial de recrutement des professeurs des écoles, en plus des CAPES de breton, de basque, de catalan, d'occitan ou de créole qui existaient déjà pour les professeurs du second degré.

⁴ Voir GUILLOREL (Hervé), « La langue corse : histoire et enjeux actuels », *Pouvoirs Locaux*, Vol. 47, n° 4, 2000, pp. 69-75.

⁵ CC, décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70 (les italiques ont été ajoutés par nos soins). Dans le même sens, voir CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41. Voir RIBES (Didier), « Enseignement et langues régionales », *Dalloz*, 2002, pp. 1954-1955 ; VIOLA (André), « Le Conseil constitutionnel et la langue corse », *RFDA*, 2002, pp. 474-478.

⁶ Voir VERPEAUX (Michel), « Une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002, p. 466.

⁷ La première *ikastola* (école) du Pays basque français a été créée en 1969, sous l'égide de l'association Seaska qui voulait ainsi transplanter en France un système scolaire qui fonctionnait déjà au Pays basque

breton avec les écoles Diwan ¹, l'occitan avec les écoles Calandretas ², le catalan avec les écoles Bressola ³ et l'alsacien avec les écoles ABCM *Zweispärchigkeit* ⁴. La vocation éducative de ces établissements se double d'une action militante, comme en témoigne le règlement des écoles Seaska qui précise que « l'ikastola est indispensable à un projet global de rebasquisation. L'officialisation de l'euskara est un objectif de Seaska ». De manière similaire, la Charte des écoles Diwan affirme en son article 2 que « Diwan existe du fait des carences d'une Education nationale ne donnant pas sa place à la langue bretonne, mais réclame la prise en charge de ses écoles dans un service public d'enseignement démocratique et rénové en Bretagne, permettant l'utilisation du breton comme langue véhiculaire de la maternelle à l'université dans tous les domaines de l'enseignement » ⁵.

Dès leur création, ces écoles associatives ont connu un succès certain mais, au regard de leurs charges financières, elles n'ont eu d'autre solution que de se tourner vers l'Etat pour obtenir des subventions. Depuis 1994, elles sont assimilées à des établissements d'enseignement privé sous contrat d'association, ce qui les place sous le contrôle de l'Etat ⁶. La constitutionnalité de ces contrats d'association pouvait paraître incertaine, au regard du principe du caractère facultatif de l'enseignement des langues régionales posé par le juge constitutionnel. Dans une décision du 27 décembre 2001, le Conseil les valide néanmoins indirectement, en indiquant que « pour concourir à la sauvegarde des langues régionales, l'Etat et les collectivités territoriales peuvent apporter leur aide aux associations ayant cet objet » ⁷. Toutefois, les autorités étatiques n'ont pu franchir l'étape suivante dans la reconnaissance de ces écoles privées, qui aurait consisté à les intégrer pleinement à l'enseignement public. Deux

espagnol. En 2003, on recensait 1945 élèves scolarisés dans les 18 écoles, 12 collèges et 3 lycées implantés dans l'académie de Bordeaux (Délégation générale à la langue française et aux langues de France, *Rapport au Parlement sur l'application de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française*, 2003, p. 58, disponible sur le site <http://www.culture.gouv.fr>).

¹ La première classe maternelle Diwan (« le germe ») a été ouverte en 1977. En 2003, plus de 2600 élèves fréquentaient les 30 écoles, 3 collèges et le lycée gérés par l'association Diwan (*Ibid.*).

² En 2003, plus de 1600 élèves bénéficiaient de cet enseignement bilingue dans les 29 écoles et collèges gérés par l'association Calandreta dans les académies de Bordeaux, Limoges, Montpellier et Toulouse (*Ibid.*).

³ La première école maternelle en catalan a été ouverte en 1976. En 2003, 355 élèves étaient scolarisés dans les 8 écoles et le collège gérés par l'association Bressola dans les Pyrénées orientales (*Ibid.*).

⁴ L'association ABCM *Zweispärchigkeit*, créée en 1990, offre une éducation bilingue français/allemand, en dépit de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 janvier 1996 selon lequel « l'allemand ne figure pas au titre des langues régionales » de France (CE, 24 janvier 1996, *Association de parents pour le bilinguisme en classe dès la maternelle Zweispärchigkeit*, inédit au Rec. Lebon). Outre la gestion d'établissements privés, l'association assure la promotion des classes bilingues dans l'enseignement public ; elle a ainsi permis l'ouverture de 211 classes bilingues publiques et de 33 classes associatives.

⁵ Cités in BERTILE (Véronique), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2005, p. 161.

⁶ En vertu de ces contrats d'association, l'Etat rémunère le personnel de ces établissements privés mais ne finance pas les investissements d'équipement, locaux et matériel. En vertu de la loi Falloux sur l'enseignement du 15 mars 1850 (*Rec. Duvergier*, p. 53), ces écoles privées ne peuvent être subventionnées par les collectivités territoriales qu'à hauteur de 10 % de l'investissement engagé.

⁷ CC, décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Rec.*, p. 180. Voir RIBES (Didier), « Enseignement et langues régionales », *Dalloz*, 2002, pp. 1954-1955.

arrêtés avaient été adoptés en ce sens par le Ministre de l'Education nationale en 2001 et 2002¹ mais ont été suspendus² puis annulés³ par le juge administratif qui a estimé la méthode de l'immersion linguistique contraire à l'article 2 de la Constitution et aux dispositions de la loi du 4 août 1994⁴. Par la suite, les propositions d'intégration au secteur public ont été refusées par les associations elles-mêmes⁵.

La voie de l'intégration à l'enseignement public semble ainsi être fermée aux écoles associatives, qui peuvent continuer à exister en vertu de la liberté de l'enseignement mais ne peuvent que relever de l'enseignement privé. Cette situation conduit à penser, avec Véronique Bertile, que la liberté de bénéficier d'un enseignement des langues régionales « n'est qu'une coquille vide [...]. Si, contrairement à un droit, une liberté ne commande pas l'intervention de la puissance publique pour sa mise en œuvre effective, elle suppose néanmoins une telle intervention pour assurer sa garantie. Une véritable liberté en matière d'enseignement des langues régionales supposerait que l'on puisse permettre qu'un tel enseignement ait lieu. Elle aurait consisté à ne faire valoir le principe du caractère facultatif de l'enseignement des langues régionales qu'à l'égard des usagers de ce service public et non à l'égard de l'administration scolaire »⁶.

Au final, si les langues régionales de France n'en sont plus au stade de *res nullius*, comme on pouvait l'affirmer en 1975⁷, elles ne bénéficient toutefois pas encore d'un

¹ Arrêtés du 31 juillet 2001 (*JORF*, 5 août 2001, p. 128757) et du 19 avril 2002 (*JORF*, 27 avril 2002, p. 7630).

² CE ord., 30 octobre 2001, *SNES et UNSA Education, Leb.*, p. 521, et CE ord., 15 juillet 2002, *UNSA Education et autres, Leb.*, tables, p. 861 ; *Dalloz, jurisp.*, 2002, p. 601, note G. Guglielmi et G. Koubi. Ces deux ordonnances faisaient suite à des requêtes déposées par divers syndicats d'enseignement contre le protocole d'accord et soutenant que « la méthode d'enseignement en langue régionale par immersion porte préjudice [...] à un intérêt public ; [...] elle met en cause l'unité de la République ».

³ CE, 29 novembre 2002, *SNES, Leb.*, p. 415 ; CE, 29 novembre 2002, *Conseil national des groupes académiques de l'enseignement public, UNSA et autres, AJDA*, 2002, p. 1512, note A. Viola.

⁴ Dans une décision du 27 décembre 2001, le Conseil constitutionnel avait également affirmé que « l'usage d'une langue autre que le français ne peut être imposé aux élèves des établissements de l'enseignement public ni dans la vie de l'établissement, ni dans l'enseignement des disciplines autres que celles de la langue considérée » (décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Rec.*, p. 180). Le juge constitutionnel était alors saisi du projet de loi de finances pour 2002 qui présentait les modalités d'intégration des écoles Diwan dans l'enseignement public, en dépit de la suspension par le Conseil d'Etat de l'arrêté qui avait été pris en ce sens quelques mois auparavant. Sur cette décision, voir VIOLA (André), « Ecoles Diwan : l'impossible intégration ? », *RDP*, 2002, pp. 1351-1362.

⁵ On pense ici au refus opposé au Gouvernement par les écoles Seaska en 2002. Comme l'indique Barbara Loyer, ce refus s'explique notamment par les relations entre l'association Seaska et les nationalistes basques d'Espagne : « Jusqu'[en 2001], elle recevait quelque 3,5 millions de francs par an de la part du gouvernement basque et on ne sait pas combien de la part d'Udalbitza, l'assemblée des communes nationalistes basques financée par le même gouvernement autonome. Dans ce contexte d'un territoire revendiqué par deux nations, la basque et la française, la question de la relation à la langue de l'Etat est plus politique encore qu'ailleurs » (LOYER (Barbara), « Langues nationales et régionales : une relation géopolitique », *Hérodote*, n° 105, 2^{ème} trimestre 2002, p. 32).

⁶ BERTILE (Véronique), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2005, pp. 167-168.

⁷ ROUQUETTE (Rémi), *Le régime juridique des langues en France*, thèse de doctorat, Université Paris X, 1987, p. 475.

véritable statut : la France n'a pas établi de « droit à la langue » qui consisterait en un droit d'employer sa langue dans tous les domaines de la vie sociale. A cet égard, les individus locuteurs d'une langue régionale bénéficient certes d'une liberté, mais pas d'un droit-créance¹. Plus encore, les dispositions normatives qui sont intervenues en la matière, nombreuses au demeurant, s'avèrent fragmentaires, peu contraignantes² et souvent inefficaces à assurer la préservation des langues régionales³. Comme l'indique le Professeur Ziller, « pour que le régime linguistique puisse être une manifestation de l'Etat pluriculturel, il lui faudrait au minimum des institutions propres, voire un régime normatif spécifique. Il paraît difficile de penser que le pouvoir des Conseils municipaux ou locaux en matière de signalisation routière en langue régionale pourra constituer un embryon d'organisation de l'Etat »⁴. Au-delà de la reconnaissance constitutionnelle, la solution résiderait donc peut-être dans l'attribution aux collectivités territoriales concernées de véritables compétences normatives en matière linguistique, à l'exemple des provinces canadiennes, des communautés autonomes espagnoles ou des régions italiennes. Ces collectivités bénéficieraient à cet égard d'une réglementation linguistique propre, tout comme certaines d'entre elles bénéficient déjà d'une réglementation spécifique en matière de droits confessionnels.

§ 2. Les droits confessionnels

S'agissant des droits confessionnels, il convient avant tout d'opérer une distinction selon la place occupée par le facteur religieux dans les groupes minoritaires : ou bien celui-ci est un facteur parmi d'autres de la culture minoritaire considérée, ou bien il qualifie exclusivement un groupe en tant que minorité religieuse. Seul le premier cas nous retiendra ici : il ne s'agira pas d'étudier les droits des individus se réclamant de la confession protestante, juive ou encore musulmane, mais de déterminer si les

¹ En ce sens, voir MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Le statut des langues régionales ou minoritaires : la "tolérance constitutionnelle" française », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Langue(s) et Constitution(s)*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/ PUAM, 2004, pp. 225-235.

² Ainsi, s'agissant des langues kanakes, Jacqueline de la Fontinelle rapporte que « rien n'a été fait de ce que les textes permettaient et promettaient » (LA FONTINELLE (Jacqueline de), « Accords et discordances : le cas des langues de Nouvelle-Calédonie », in CLAIRIS (Christos), COSTAOUEC (Denis), COYOS (Jean-Baptiste) dir., *Langues et cultures régionales de France. Etat des lieux, enseignement, politiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, p. 167).

³ Philippe Martel dénonce ainsi le fait que ces mesures sont limitées : « maintenant soigneusement les langues concernées en dehors des lieux d'usage valorisants – écrits administratif et juridique, médias, corps des enseignements fondamentaux – ces mesures constituent au mieux l'os que l'on jette négligemment à un chien singulièrement quémendeur mais somme toute bien gentil – ou, au pire, la dernière cigarette du condamné, la consolation accordée in extremis à des idiomes considérés de toute façon comme moribonds » (MARTEL (Philippe), « L'héritage révolutionnaire : de Coquebert de Monbret à Deixonne », in GIORDAN (Henri) dir., *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et Droits de l'Homme*, Paris, Ed. Kimé, 1992, pp. 126-127).

⁴ ZILLER (Jacques), « Existe-t-il un modèle européen d'Etat pluriculturel ? », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 243.

personnes appartenant à une minorité nationale (au sens retenu jusqu'à présent) bénéficient de droits confessionnels spécifiques, dans l'hypothèse où cette minorité nationale présente des caractéristiques religieuses. A cet égard, les exemples des minorités mahoraise, wallisienne et futunienne semblent particulièrement parlants : de fait, plus de 95 % de la population de Mayotte est de confession musulmane, tandis que près de 99 % de la population de Wallis-et-Futuna est catholique. Les minorités autochtones (Kanakas, Polynésiens, Amérindiens) ont pour leur part des croyances et des pratiques religieuses ancestrales qui font partie intégrante de leurs traditions et de leur culture¹. Dans ces différents cas, la religion se présente comme un facteur déterminant de l'identité, voire des coutumes locales. En revanche, pour les autres minorités étudiées jusqu'ici, la religion n'apparaît pas comme une caractéristique les distinguant du reste de la population nationale : ces minorités se différencient bien plus par leurs spécificités culturelles ou linguistiques que religieuses.

Quelle que soit l'obédience religieuse des individus, leurs droits confessionnels sont garantis au titre des droits fondamentaux et, plus précisément, de la liberté de conscience². De la même manière qu'il garantit la liberté linguistique, le droit français garantit à toute personne la liberté d'avoir et de pratiquer sa religion³. La loi du 9 décembre 1905 pose le principe de neutralité de l'Etat par rapport à l'ensemble des cultes, celui-ci ne devant en privilégier ni en soutenir aucun⁴. La Constitution consacre également depuis 1946 le principe de laïcité de l'Etat⁵ et plus spécifiquement de l'enseignement public⁶. Fondée sur une conception rigoureuse de la séparation des Eglises et de l'Etat, la laïcité « à la française »⁷ reste perçue comme

¹ A cet égard, voir notamment GUIART (Jean), *Les religions de l'Océanie*, Paris, PUF, 1962, 155 p. ; TROMPF (Garry), *Melanesian Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 283 p.

² Article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

³ La liberté de religion est également garantie par plusieurs traités internationaux ratifiés par la France, à l'exemple du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ou de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

⁴ La loi du 9 décembre 1905 (*JORF*, 11 décembre 1905, p. 7205) met fin au Concordat signé en 1801 par Bonaparte, qui reconnaissait la religion catholique comme la « religion de la très grande majorité des Français » et établissait un système de « cultes reconnus », limités au protestantisme luthérien et réformé, et au judaïsme. Sous l'empire du Concordat, les évêques et curés, qui avaient le statut de fonctionnaires, étaient nommés et rétribués par l'Etat ; les paroisses étaient des établissements publics qui pouvaient recevoir une aide financière des collectivités locales. Voir BOYER (Alain), *Le droit des religions en France*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1993, pp. 27-45.

⁵ Article 1^{er} de la Constitution de 1946, repris à l'article 2 de la Constitution de 1958, redevenu article 1^{er} suite à la révision constitutionnelle du 4 août 1995 (loi constitutionnelle n° 95-880, *JORF*, 5 août 1995, p. 11744). Voir KOUBI (Geneviève), « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDJ*, 1997, pp. 1301-1321.

⁶ Le préambule de la Constitution de 1946 érige ainsi en « devoir de l'Etat » l'organisation d'un « enseignement public, gratuit et laïque à tous les degrés ». La laïcité de l'enseignement public implique un rigoureux respect de la liberté de conscience des élèves, ainsi qu'une stricte neutralité des programmes et des personnels de l'enseignement scolaire. Pour exemple, voir CE, avis du 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, *AJDA*, 2000 p. 602, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA*, 2001, p. 146, concl. R. Schwartz ; *Dalloz*, jurisp., 2000, p. 747, note G. Koubi.

⁷ Le principe de laïcité tel qu'il est conçu en France a fait l'objet de trop nombreuses études pour qu'il soit utile d'y revenir ici longuement. Voir notamment COSTA (Jean-Paul), « La conception française

une forme de combat contre toute emprise religieuse ; l'analyse des textes en vigueur et de la jurisprudence révèle cependant qu'aux yeux du législateur et du juge, c'est bien la liberté religieuse qui prime ¹.

En dépit toutefois de sa place parmi les pierres angulaires du droit public français, le principe de laïcité souffre un certain nombre d'exceptions, que l'on peut considérer comme les manifestations d'un différencialisme à l'égard de certaines populations. Dès le début du XX^e siècle, les pouvoirs publics ont pris acte de l'existence d'identités culturelles minoritaires et accepté des dérogations à la loi du 9 décembre 1905 lorsque son application mettait à mal les pratiques religieuses locales. On observe de ce fait une certaine relativité du principe de laïcité sur le territoire national. Comme l'indique le rapport de décembre 2003 sur l'application du principe de laïcité dans la République, « la laïcité n'a pas les mêmes contours à Paris, Strasbourg, Cayenne ou Mayotte » et se présente comme « un principe juridique appliqué avec empirisme » ².

Il faut néanmoins préciser que la France est bien loin de consacrer des droits confessionnels spécifiques, qui seraient assimilables à des droits collectifs attribués à certaines minorités ou à leurs membres pour protéger leurs croyances ou leurs pratiques religieuses. Le différencialisme dont il est question résulte d'une réglementation dérogatoire dans certaines collectivités territoriales, qui s'explique souvent bien plus par la prise en compte de spécificités historiques que de particularismes culturels minoritaires. Cela ne remet pas en cause l'existence d'un pluralisme juridique intra-étatique, comme en témoignent les exemples de l'Alsace-Moselle (A) et de certaines collectivités ultra-marines (B).

A. Le cas de l'Alsace-Moselle

Dans plusieurs domaines, les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle se trouvent soumis à une législation spécifique constitutive d'un « droit local » dérogatoire au droit commun. Ainsi, les habitants d'Alsace-Moselle obéissent à des normes particulières en matière de droit du travail, de droit social, de publicité foncière, de justice, d'associations ou encore de cultes ³. Ce régime dérogatoire

de la laïcité », *Revue des sciences morales et politiques*, 1994, pp. 167-181 ; GAUCHER (Marcel), *La religion dans la démocratie : parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, 1998, 127 p. ; KESSLER (David), « La laïcité », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 33-44 ; SCHWARTZ (Rémy), *Un siècle de laïcité*, Paris, Berger-Levrault, 2007, 204 p..

¹ En témoigne la consécration, par le Conseil d'Etat, de la liberté de culte comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : CE, ordonnance du 25 août 2005, *Commune de Massat*, JCP, 2006, II, n° 10024, note B. Quiriny ; AJDA, 2006, p. 91, note P. Subra de Bieusses.

² Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République*, 11 décembre 2003, p. 19 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000725/index.shtml>)

³ Voir le *Jurisqueur Alsace-Moselle* et le site de l'Institut du droit local alsacien-mosellan : <http://www.idl-am.org>.

s'explique en grande partie par l'histoire de la région, rattachée à l'Allemagne par le traité de Francfort du 10 mai 1871 et réintégrée à la France après l'armistice du 11 novembre 1918. Lors de sa réintégration, il s'est avéré nécessaire d'aménager une transition pour tenir compte de certaines institutions auxquelles les populations concernées étaient habituées. Ainsi, la loi du 17 octobre 1919¹ maintient en vigueur la législation allemande dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, et précise que les lois françaises existant au moment de leur retour à la France n'y deviennent applicables que dans la mesure où elles y sont introduites par loi ou par décret. En pratique, l'introduction de la législation française a été progressive² mais certaines matières ont été exclues de cette « francisation », de sorte qu'une législation locale différente du droit français est restée en vigueur.

Il en a été ainsi du droit des cultes : faute d'extension, après 1919, de la loi du 9 décembre 1905 aux départements d'Alsace-Moselle, ces derniers sont restés sous le régime des lois concordataires du début du XIX^e siècle³. Ce régime particulier organise des relations étroites entre les « cultes reconnus » (catholique, protestant et juif), l'État et les collectivités locales. Ainsi, l'État nomme certains ministres des cultes⁴ et les rémunère, bien que ceux-ci n'aient pas le statut de fonctionnaires⁵. Les communes ont quant à elles l'obligation de participer au financement de chacun des cultes reconnus, organisés en établissements publics du culte, et d'assurer un logement aux prêtres, pasteurs et rabbins⁶. En contrepartie, les collectivités publiques exercent une certaine tutelle sur les activités cultuelles, par le biais du Service des cultes reconnus. Cette administration publique rattachée au Ministère de l'Intérieur est chargée de vérifier l'emploi des crédits budgétaires octroyés aux différentes Eglises, de contrôler les usages internes des instances religieuses, de veiller à ce que les textes concordataires soient appliqués à la lumière des principes constitutionnels – en

¹ Loi du 17 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine (*JORF*, 18 octobre 1919) et loi du 1^{er} juin 1924 portant introduction de la législation civile dans ces départements.

² Ainsi, la loi du 3 décembre 1920 a mis en vigueur les lois françaises à caractère pénal dans les trois départements (*JORF*, 4 janvier 1921). Deux lois du 1^{er} juin 1924 y ont respectivement introduit la législation civile et la législation commerciale françaises à partir du 1^{er} janvier 1925 (*JORF*, 3 juin 1924, p. 5026 et p. 5043).

³ Lors de son court passage à la Présidence du Conseil dans les années 1920, Edouard Herriot a tenté d'étendre à l'Alsace-Moselle le principe de séparation des Eglises et de l'Etat mais la population locale y a opposé une telle résistance que le gouvernement a enterré son projet. Dans un avis du 24 janvier 1925, le Conseil d'Etat recommandait, au reste, de maintenir en vigueur le régime concordataire (CE, avis du 24 janvier 1925, mentionné in WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc. 122-1, n° 56).

⁴ Ainsi, les archevêques des deux diocèses d'Alsace-Moselle sont officiellement nommés par décret du Président de la République bien qu'en pratique, le Chef de l'Etat entérine les choix du Vatican. Pour exemple, voir les décrets du 22 février 2007 et du 20 avril 2007 relatifs à la démission de l'archevêque de Strasbourg et à la nomination de son successeur (*JORF*, 21 avril 2007, p. 7127).

⁵ Au regard de leur statut particulier, les ministres des cultes reconnus sont soumis à un droit social dérogatoire qui tend néanmoins à se rapprocher de celui applicables aux fonctionnaires, afin de leur assurer une protection sociale satisfaisante. Voir BIRMELE (Jean-Daniel), « Le droit social des ministres des cultes reconnus en Alsace-Lorraine », *Revue de droit canonique*, n° 54, 2004, pp. 209-220.

⁶ A cet égard, voir BONNET (Jean-Louis), « Les relations entre les communes et les cultes en Alsace-Moselle », *Revue de droit canonique*, n° 54, 2004, pp. 259-272.

particulier de la liberté de conscience et de religion – et d’envisager d’éventuelles adaptations du droit culturel local ¹.

L’absence de neutralité religieuse des autorités publiques en Alsace-Moselle se manifeste également par le maintien en vigueur de la loi Falloux du 15 mars 1850 ² et de plusieurs ordonnances du chancelier de l’Empire allemand ³. Ces textes organisent au sein de l’école publique primaire et secondaire un enseignement religieux obligatoire pour les cultes reconnus ⁴. Dans les écoles primaires, cet enseignement religieux « est assuré normalement par des personnels enseignants du premier degré qui se déclarent prêts à le donner ou, à défaut, par les ministres des cultes ou par des personnes qualifiées proposées par les autorités religieuses agréées par le recteur de l’académie » ⁵ ; dans le second degré, en revanche, cet enseignement ne peut être dispensé que par des agents publics laïques. La matière en elle-même ne fait l’objet d’aucun programme officiel, alors même que tous les autres programmes d’enseignement sont arrêtés par l’Etat. En principe, le suivi de ce cours est obligatoire pour les élèves, mais cette obligation se trouve largement tempérée par la possibilité pour les parents de dispenser leurs enfants de cet enseignement ⁶, ce qui rend le statut scolaire local compatible avec la liberté de conscience et de religion ⁷. En outre, le droit culturel local ne concerne ni l’organisation générale ni le fonctionnement du

¹ Voir DESOS (Gérard), « L’administration publique des cultes reconnus en Alsace-Moselle », *Revue de droit canonique*, n° 54, 2004, pp. 273-289.

² *Rec. Duvergier*, 1850, p. 53. La loi Falloux a été abrogée dans le reste de la France par la loi Ferry du 28 mars 1882 (*JORF*, 29 mars 1882, p. 1697).

³ Ordonnance du 10 juillet 1873, modifiée par les ordonnances du 20 juin 1883 et du 16 novembre 1887 (voir WOEHLING (Jean-Marie), « Perspectives sur le droit local », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, fasc. 30). Ces ordonnances n’ont été ni publiées au Journal officiel, ni reprises dans le Code de l’éducation, dont l’article L. 481-1 précise néanmoins que « Les dispositions particulières régissant l’enseignement applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, y demeurent en vigueur ».

⁴ SANDER (Eric), « Le droit applicable à l’enseignement religieux dans les écoles publiques d’Alsace et de Moselle », *Revue du Droit Local*, n° 33, 2001, pp. 3-11 ; BONNET (Jean-Louis), « L’enseignement religieux dans les écoles primaires publiques d’Alsace-Moselle », in MESSNER (Francis), WOEHLING (Jean-Marie) dir., *Les statuts de l’enseignement religieux*, Paris, Dalloz / Le Cerf, 1996, pp. 95-101 ; PIETRI (Jean-Paul), « L’enseignement religieux dans les établissements secondaires publics d’Alsace-Moselle », in MESSNER (Francis), WOEHLING (Jean-Marie) dir., *op. cit.*, pp. 103-112.

⁵ Décret n° 74-763 du 3 septembre 1974 (*JORF*, 5 septembre 1974, p. 9236), modifié par le décret n° 2005-673 du 16 juin 2005 (*JORF*, 17 juin 2005, p. 10340). Ce décret a supprimé l’obligation faite jusqu’alors aux maîtres d’enseigner la religion, quelles que fussent leurs croyances propres. Il déroge à l’article L. 141-5 du code de l’éducation selon lequel, dans les établissements publics du premier degré, l’enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque.

⁶ En pratique, on assiste à une baisse constante des effectifs des élèves suivant cet enseignement, très inférieurs désormais à la moitié des élèves. Sur ce point, voir TOULEMONDE (Bernard), « L’enseignement religieux obligatoire en Alsace-Moselle ne méconnaît ni les principes constitutionnels ni la Convention européenne des Droits de l’Homme », *AJDA*, 2002, p. 68.

⁷ CE, 6 avril 2001, *SNES, Leb.*, p. 170 ; *AJDA*, 2002, p. 63, note B. Toulemonde. Confronté à la question de la compatibilité de l’enseignement religieux obligatoire avec l’article 9 de la CESDH proclamant le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, le Conseil d’Etat opère une distinction entre l’« obligation » qui pèse sur les pouvoirs publics « d’organiser un enseignement de la religion », et la « faculté » laissée aux élèves « d’en être dispensés ». Le juge se fonde sur cette liberté de choix pour estimer l’enseignement religieux dans les écoles publiques conforme à la liberté de conscience telle qu’affirmée par la CESDH.

système éducatif : ainsi, aucune disposition du droit local d'Alsace-Moselle ne régleme la tenue que les élèves doivent porter. Le fait qu'un enseignement religieux soit organisé dans les établissements scolaires n'a pas pour effet d'autoriser le port de signes religieux dans des conditions autres que celles désormais fixées par la loi du 15 mars 2004¹.

Quel que soit l'attachement des habitants locaux à ce système dérogatoire² et quels qu'en soient les avantages (réels ou supposés)³, il est permis de douter de la constitutionnalité du droit cultuel alsacien-mosellan⁴. En premier lieu, le maintien de ce système assujettit les cultes non reconnus, au premier rang desquels l'Islam, à un régime discriminatoire par rapport aux cultes reconnus, dans la mesure où ils « ne bénéficient d'aucun des avantages administratifs et financiers des cultes traditionnels. En théorie, même, l'exercice public des cultes non reconnus est soumis à un régime d'autorisation, ce qui accentue la discrimination qu'ils subissent, même si, en fait, cet exercice est toléré par les représentants de l'Etat dans les départements »⁵. Cette inégalité est contraire à la nécessité, rappelée par le juge administratif, d'un traitement égal entre les différents cultes sur le territoire français⁶. C'est précisément pour cela que les rapports de la Commission Stasi en 2003⁷ et de la Commission Machelon en 2006⁸ proposent l'élargissement progressif du régime des « cultes statutaires » à l'Islam – ce qui ne règle toutefois pas la question des autres cultes non reconnus.

En second lieu, le droit cultuel alsacien-mosellan paraît contraire à l'article 1^{er} de la Constitution affirmant le caractère laïque de la République, ainsi qu'au treizième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, en vertu duquel l'enseignement public est laïque. Dans un arrêt du 6 avril 2001, le Conseil d'Etat a cependant reconnu

¹ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *JORF*, 17 mars 2004, p. 5190. Voir SAYAH (Jamil), « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *RDP*, 2006, pp. 915-950.

² Selon une étude réalisée en 1996 par l'Institut du droit local, 90 % des personnes sondées considèrent le droit cultuel local comme un avantage, alors que seuls 9 % d'entre elles avouent une pratique religieuse hebdomadaire (sondage publié in *Revue du droit local*, n° 17, juin 1996, p. 15).

³ WOEHLING (Jean-Marie), « La laïcité à l'alsacienne : un système de gestion des cultes plus moderne que celui de la loi de 1905 ! » *Pouvoirs locaux*, n° 69, mai 2006, pp. 103-107.

⁴ Sur cette question, voir FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1625-1685 ; WOEHLING (Jean-Marie), « Le statut public des cultes reconnus en Alsace-Moselle et le principe constitutionnel de la neutralité de l'Etat », *Revue de droit canonique*, n° 54, 2004, pp. 221-257.

⁵ BEDOUELLE (Guy), COSTA (Jean-Paul), *Les laïcités à la française*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1998, p. 147. Voir également MESSNER (Francis), « Le statut des cultes "non reconnus" en Alsace-Moselle », *Revue du Droit Local*, n° 20, 1997, pp. 12-21.

⁶ CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 108. Voir GONZALEZ (Gérard), « Le régime de droit commun des associations culturelles à l'épreuve des particularismes locaux (Alsace-Moselle, outre-mer) et de la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *LPA*, n° 53, 1^{er} mai 1996, pp. 25-31 ; WOEHLING (Jean-Marie), *op. cit.*, pp. 249-257.

⁷ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République*, 11 décembre 2003, p. 19 (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000725/0000.pdf>)

⁸ MACHELON (Jean-Pierre) dir., *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Rapport au Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 68-73 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000727/index.shtml>).

la régularité d'une telle législation¹. En l'espèce, le problème était soulevé par la titularisation d'enseignants auxiliaires dispensant un enseignement religieux dans les lycées et collèges publics d'Alsace et de Moselle, titularisation contestée par le Syndicat national des enseignements du second degré (SNES). Au-delà de l'affaire statutaire, c'était la question de l'enseignement religieux obligatoire qui était soulevée pour la première fois devant le juge et, par suite, celle de la conciliation du droit culturel local avec les principes constitutionnels. Le Conseil d'Etat a considéré qu'« en vertu de la législation spéciale aux départements d'Alsace et de Moselle [...], l'obligation d'assurer un enseignement religieux dans toutes les écoles de ces départements [...] constitue une règle de valeur législative s'imposant au pouvoir réglementaire ; considérant que l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924 [...] a maintenu en application dans ces départements les articles 21 à 79 du Code civil local ; qu'ainsi le maintien en vigueur de la législation locale procède de la volonté du législateur ; que si, postérieurement à la loi précitée du 1^{er} juin 1924, les préambules des Constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi »².

Un tel positionnement juridictionnel peut paraître curieux, notamment si l'on se réfère à l'arrêt du 16 décembre 2005 dans lequel le Conseil d'Etat constate l'abrogation implicite de dispositions législatives par un texte constitutionnel postérieur³. Certes, les cas d'abrogations implicites prononcés par le juge demeurent rares et conditionnés par une incompatibilité radicale entre la norme législative et la norme constitutionnelle postérieure mais, en l'occurrence, le droit culturel local s'avère véritablement incompatible avec le principe de laïcité affirmé dans la Constitution⁴. Faut-il attribuer cette incohérence jurisprudentielle à la prise en compte, par le juge, de considérations d'opportunité et notamment de l'attachement de la population locale au régime spécifique des cultes ? Faut-il au contraire estimer que le juge administratif est désormais plus enclin à constater des abrogations implicites et qu'il pourrait être amené à constater celle du droit culturel alsacien-mosellan s'il était à l'avenir ressaisi de la question ? Une troisième explication pourrait résider dans le fait que le principe

¹ CE, 6 avril 2001, *SNES, Leb.*, p. 170 ; *AJDA*, 2002, p. 63, note B. Toulemonde.

² CE, 6 avril 2001, *SNES, précit.* Dans le même sens s'agissant du droit local relatif aux associations, voir CE Ass., 22 janvier 1988, *Association Les Cigognes, Leb.*, p. 37 ; *RFDA*, 1988, p. 95, concl. B. Stirn.

³ CE Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice, Leb.*, p. 570 ; *AJDA*, 2006, p. 357, chron. C. Landais et F. Lemea ; *RFDA*, 2006, p. 41, concl. J.-H. Stahl.

⁴ *Contra*, le Professeur Woehrling estime que le principe de neutralité est respecté, dans la mesure où l'intervention de l'Etat dans les activités culturelles en Alsace-Moselle ne constitue pas une adhésion à une conviction religieuse (WOEHLING (Jean-Marie), « Le statut public des cultes reconnus en Alsace-Moselle et le principe constitutionnel de la neutralité de l'Etat », *Revue de droit canonique*, n° 54, 2004, pp. 239-240). Pour autant, le principe de laïcité ne se limite pas au seul principe de neutralité. De plus, le fait que seuls les cultes reconnus soient concernés par la législation locale constitue à l'évidence une rupture du principe de neutralité des collectivités publiques.

de laïcité, en tant que « principe fondamental reconnu par les lois de la République », est tiré de la loi du 9 décembre 1905 qui n'est pas applicable aux départements d'Alsace-Moselle. De ce fait, le Conseil d'Etat a pu hésiter à appliquer à ces départements un principe certes constitutionnel, mais étranger à la législation locale.

Quel que soit le motif de la décision du juge, force est de constater qu'à l'heure actuelle, le principe de laïcité ne s'applique ni nécessairement ni pleinement à l'ensemble du territoire de la République. La survivance d'un droit culturel particulier un siècle après l'adoption de la loi de 1905 témoigne ainsi de la volonté des pouvoirs publics de respecter une certaine identité locale attachée à ce régime plutôt que de parfaire le principe de laïcité en l'étendant à tout le territoire national. L'exemple de l'outre-mer tend à confirmer une telle analyse.

B. Le cas de l'outre-mer

Si la loi du 9 décembre 1905 s'applique à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion sous le contrôle du juge administratif¹, les exceptions au principe de laïcité demeurent nombreuses outre-mer. De fait, la loi de séparation des Églises et de l'État n'a pas été étendue à l'ensemble des territoires ultra-marins, la République n'étant pas prête, au début du XX^e siècle, à se priver de la présence et du rôle des missionnaires français dans les colonies. Encore aujourd'hui, les Églises jouent un rôle spécifique outre-mer, prenant notamment en charge de nombreuses activités socio-éducatives²; cette influence s'explique par l'histoire mais aussi par la faiblesse des services publics locaux, auxquels l'action des institutions culturelles supplée souvent.

Les collectivités dans lesquelles existent des dérogations à la séparation des Églises et de l'État ne sont pas toutes soumises au même régime. Les pouvoirs publics ont tenté de respecter la place que les religions occupaient dans les différentes cultures et, le cas échéant, de privilégier la religion dominante. L'absence de réforme récente a néanmoins contribué à perpétuer des régimes dérogatoires parfois inadaptés aux caractéristiques confessionnelles des populations concernées. Ainsi, en Guyane où la loi de 1905 n'est pas applicable, le juge a estimé qu'en matière de cultes, le département restait soumis à l'ordonnance du 27 août 1828 adoptée par Charles X³. Cette ordonnance ne reconnaît que le seul culte catholique, qu'elle organise et soutient financièrement. Ainsi, l'entretien des ministres du culte catholique est assuré par le

¹ Voir notamment CE, 9 octobre 1992, *Commune de Saint-Louis de la Réunion*, AJDA, 1992, p. 817, concl. F. Scanvic ; JCP, 1993, II, p. 126, note Ashworth.

² Comme le remarque à juste titre le juge administratif à propos de la Polynésie française : CAA Paris, 31 décembre 2003, *Haut Commissaire de la République en Polynésie française c. Gouvernement de Polynésie française*, AJDA, 2004, p. 774, concl. B. Folscheid ; JCP-ACT, 2004, n° 1404, note E. Tawil ; *Revue du droit local*, n° 42, octobre 2004, p. 9, note J.-M. Woehrling.

³ CE, 9 octobre 1981, *M. Beherec*, *Leb.*, p. 358.

département¹, alors que la rémunération des ministres des cultes protestant, juif, musulman ou encore hindouiste reste à la charge des fidèles². Dans les faits, le régime cultuel guyanais est donc assez proche de celui qui s'applique aux « cultes reconnus » en Alsace-Moselle³. Comme pour ce dernier, on peut douter de sa constitutionnalité, voire de sa conventionnalité⁴, au regard du principe de laïcité et de la nécessaire égalité de traitement des différents cultes sur le territoire français⁵. Dans son rapport de 2006, la Commission Machelon suggère à cet égard de modifier le droit local, afin de mettre un terme à cette situation discriminatoire⁶. Le rapport ne précise toutefois pas si cette modification conduirait à appliquer à la Guyane le régime de droit commun applicable dans les autres DOM, ou à y étendre le système dérogatoire mis en œuvre dans les COM.

Dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie, le statut des Églises est défini par les décrets-lois Mandel des 16 janvier et 6 décembre 1939⁷ : elles bénéficient à ce titre d'un certain nombre d'avantages matériels, le financement public des cultes étant autorisé en raison de l'inapplicabilité de la loi du 9 décembre 1905. Cette contribution publique demeure toutefois une simple possibilité, laissée à la discrétion des autorités locales. La pratique est donc variable selon les collectivités considérées. A Saint-Pierre-et-Miquelon, où le catholicisme est le seul culte reconnu, la collectivité territoriale participe directement à l'entretien des édifices du culte et au traitement des prêtres, en complément des dons des fidèles⁸. A Mayotte, le mufti et les cadis sont nommés par le préfet et rémunérés sur les fonds publics⁹. La collectivité départementale subventionne, chaque année, deux associations qui organisent le pèlerinage à la Mecque.

S'agissant de la Polynésie française, le juge administratif a eu récemment l'occasion de préciser dans quelles conditions les autorités locales pouvaient

¹ BRULEAUX (Anne-Marie), « La rémunération du clergé catholique de Guyane », *Pagara*, n° 1, 1996, pp. 141-146.

² Les demandes de subventions publiques présentées par les autres cultes n'ont jamais abouti.

³ A la différence toutefois que le régime guyanais n'est pas concordataire, dans la mesure où il a été adopté de manière unilatérale et ne résulte donc pas d'un accord avec le Vatican ; par suite, ce dernier ne possède aucun droit de regard sur l'organisation du culte catholique en Guyane.

⁴ En ce sens, voir GONZALEZ (Gérard), « Le régime de droit commun des associations culturelles à l'épreuve des particularismes locaux (Alsace-Moselle, outre-mer) et de la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *LPA*, n° 53, 1^{er} mai 1996, pp. 25-31.

⁵ CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de Polynésie française*, précit..

⁶ MACHELON (Jean-Pierre), *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Rapport au Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 73-74 (disponible sur le site <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000727/index.shtml>).

⁷ *JORF*, 18 janvier 1939, p. 1001 ; *JORF*, 11 décembre 1939, p. 13879.

⁸ Voir BOYER (Alain), *Le droit des religions en France*, Paris, PUF, 1993, p. 208.

⁹ Conseil d'Etat, *Un siècle de laïcité*, Rapport public 2004, Paris, La Documentation française, 2004, p. 270.

subventionner le fonctionnement des cultes¹. En l'espèce, le Gouvernement du territoire avait octroyé une subvention à l'Eglise évangélique afin de financer la reconstruction d'un presbytère détruit par un cyclone. La loi du 9 décembre 1905 n'étant pas applicable en Polynésie française, son article 2 prohibant le financement des cultes ne pouvait donc servir de base à une éventuelle censure de la subvention. En revanche, tel n'était pas le cas de l'article 1^{er} de la Constitution posant le principe de laïcité de la République. Pour les requérants comme pour une partie de la doctrine², ce principe consacre en effet l'interdiction de toute forme de soutien financier aux cultes. Le Conseil d'Etat n'a pas retenu cette interprétation du principe de laïcité : « le principe constitutionnel de laïcité qui s'applique en Polynésie française et implique neutralité de l'Etat et des collectivités territoriales de la République et traitement égal des différents cultes, n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes »³. Si les collectivités territoriales ultra-marines non soumises à la loi de 1905 peuvent ainsi subventionner les cultes, cela ne signifie pas pour autant que ces subventions soient totalement libres : en tout état de cause, ces interventions publiques restent soumises au critère de l'intérêt général⁴.

L'enseignement confessionnel dans les écoles publiques d'outre-mer relève également de règles dérogatoires dans certaines COM. A Wallis-et-Futuna, où l'Eglise catholique s'est imposée en palliant les déficiences d'une administration coloniale réduite à son minimum⁵, l'Etat a dû tenir compte de l'influence prépondérante des institutions religieuses lors de la territorialisation de l'archipel en 1961⁶. Depuis 1969,

¹ CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de Polynésie française, Leb.*, p. 108 ; *RFDC*, n° 63, 2005, p. 631, chron. O. Guillaumont ; *AJDA*, 2005, p. 1463, note C. Durand ; *Revue du droit local*, n° 44, octobre 2005, p. 19, note J.-M. Woehrling.

² Pour certains auteurs, l'interdiction de subventionner les cultes, posée par l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, relèverait des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En ce sens, voir SCHRAMECK (Olivier), « Laïcité, neutralité et pluralisme », in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 202. *Contra*, contestant cette conception extensive des implications constitutionnelles du principe de laïcité, voir WOEHLING (Jean-Marie), « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP*, 2006, pp. 1633-1669. Voir également LE ROUX (Mylène), « La règle d'abstention financière des pouvoirs publics en matière culturelle », *RDP*, 2007, pp. 261-284.

³ CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de Polynésie française, précit.*

⁴ Le Conseil d'Etat rappelle ainsi que « les subventions accordées le cas échéant par une collectivité territoriale à une personne privée doivent concourir à la satisfaction d'un objectif d'intérêt général pour le territoire dont elle a la charge ». En l'espèce, c'est parce que « la subvention à l'église évangélique avait pour objet la reconstruction d'un presbytère après passage d'un cyclone, que ce bâtiment jouait un rôle dans de nombreuses activités socio-éducatives [...] et que, lors du passage des cyclones, le presbytère est ouvert à tous et accueille les sinistrés », que le juge estime que la subvention litigieuse ne méconnaît pas le principe de laïcité (CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de Polynésie française, précit.*).

⁵ Voir DELBOS (Georges), *L'Eglise catholique à Wallis et Futuna (1837-2003)*, Suva (Fidji), CEPAC, 2004, 328 p.

⁶ Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019. L'article 3 de la loi du 29 juillet 1961 garantit « le libre exercice de la religion des habitants de Wallis et Futuna, et du respect de leurs

l'enseignement du premier degré est concédé, par convention signée avec l'Etat ¹, à la Mission Catholique des Pères de Sainte Marie, ainsi responsable de l'organisation et du fonctionnement des dix-neuf écoles maternelles et élémentaires du territoire, sous le contrôle et avec l'aide de l'Etat. De ce fait, seul l'enseignement secondaire est public et laïque, avec toutefois une prise en compte des spécificités locales en matière de langue et de catéchisme. A Mayotte, l'éducation religieuse musulmane relève de l'école coranique, structure privée fréquentée par les enfants en dehors des heures de classe ; la question de l'enseignement confessionnel à l'école publique ne se pose donc pas.

Au final, si la loi de 1905 affirme que « la République ne reconnaît aucun culte », le statut particulier de certains cultes dans certaines parties du territoire français conduit à leur accorder une reconnaissance indirecte ². En l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la question de la constitutionnalité de ces droits culturels dérogatoires reste largement théorique. Néanmoins, le fait qu'un financement ou qu'un enseignement public de certains cultes soit possible dans les collectivités ultramarines comme en Alsace-Moselle ne semble pas devoir être condamné au nom de l'application identique des libertés publiques sur tout le territoire national ³, dès lors que la liberté religieuse est autant assurée dans ces collectivités que dans le reste du territoire national. Ce n'est qu'à cette condition qu'un véritable pluralisme confessionnel peut être garanti ⁴.

Dans ce contexte, la conjugaison de droits linguistiques et de droits confessionnels spécifiques conduit à l'émergence d'un embryon de droits culturels propres à certaines collectivités. Certes, la législation française se limite à la reconnaissance de libertés, non de droits, en matière linguistique et religieuse, mais ces libertés ouvrent la voie au pluralisme culturel par le biais de normes différenciées. En ce sens, la différenciation du droit étatique amène la possibilité, pour chacun, de pouvoir affirmer son identité culturelle. La consécration, même limitée, de droits culturels pourrait bien alors entraîner une nouvelle extension de la citoyenneté qui engloberait, après les droits civils, politiques et sociaux, des droits culturels conçus comme une « quatrième

coutumes et croyances », tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et à l'esprit de ladite loi.

¹ La convention portant concession de l'enseignement primaire à la Direction de l'enseignement catholique des îles Wallis-et-Futuna, signée entre le préfet et l'évêque des îles Wallis et Futuna, a été renouvelée le 16 octobre 2006.

² En ce sens, voir WOEHLING (Jean-Marie), « Entre impossible neutralité et difficile pluralisme, un nécessaire retour au système de reconnaissance ? », *Revue de droit canonique*, n° 54, 2004, pp. 5-14.

³ CC, décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43 ; *RFDC*, n° 27, 1996, p. 589, note A. Roux ; *LPA*, n° 146, 4 décembre 1996, p. 5, note D. Turpin.

⁴ C'est précisément ce que vérifie la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui se concentre sur le respect de la liberté de religion et, au-delà, sur l'existence et le maintien d'un « pluralisme religieux, inhérent à la notion de société démocratique » (CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c. Grèce*, *RTDH*, 1997, p. 522, note G. Gonzalez).

génération » de droits ¹. Cette idée se fonde sur les travaux du sociologue britannique Thomas Marshall, qui a développé une conception non plus statique mais dynamique et évolutive de la citoyenneté ². Marshall tendait à montrer que la citoyenneté a tout d'abord été civile avec l'acquisition des libertés individuelles au XVIII^e siècle, puis est devenue politique avec la conquête du suffrage universel au XIX^e siècle, pour enfin s'ouvrir aux droits sociaux au XX^e siècle. Ces phases successives dans la construction d'une citoyenneté complète lui apparaissaient comme un progrès constant vers une égalité toujours plus grande entre les citoyens ³. Il serait possible de poursuivre aujourd'hui cette analyse en ajoutant à la citoyenneté une dimension culturelle, qui se manifeste par la reconnaissance de droits tenant à l'identité des individus, à leur définition de soi, au respect de traditions et de valeurs particulières. Pour les individus membres d'une minorité nationale, ce nouveau progrès de la citoyenneté passe par la reconnaissance de droits culturels propres ; pour ceux appartenant plus spécifiquement à une minorité autochtone, il passe aussi par l'attribution de droits fonciers.

SECTION 2. L'ATTRIBUTION DE DROITS FONCIERS AUX COLLECTIVITÉS AUTOCHTONES

Comme les autres minorités nationales, les minorités autochtones présentent des spécificités culturelles, linguistiques ou religieuses, mais il est une spécificité qu'elles ont en propre : leur lien à la terre. De fait, la terre est au cœur de l'organisation des sociétés traditionnelles. Bien plus qu'un patrimoine économique, elle représente le foyer souvent sacralisé de la vie communautaire et constitue le fondement de l'identité des tribus qui l'habitent. Nombre de textes internationaux reconnaissent désormais ce lien économique, politique, social et culturel que les Autochtones entretiennent avec leur terre. Ainsi, le rapport Martínez-Cobo insiste sur « la relation particulière, profondément spirituelle, que les populations autochtones ont avec la terre, élément fondamental de leur existence et substrat de toutes leurs croyances, leurs coutumes,

¹ En ce sens, voir ROCHER (Guy), « Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires », in COUTU (Michel) dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, pp. 25-41.

² La sociologie française s'est peu intéressée aux travaux de Marshall, qui n'ont jamais été traduits en français. La conférence qu'il a donnée en 1949 à l'Université de Cambridge est pourtant devenue pour les auteurs anglo-saxons le point de départ obligé de toute réflexion sur la citoyenneté. Le texte de cette conférence, intitulée « Citizenship and Social Class », a notamment été publié in MARSHALL (Thomas), *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, pp. 1-85.

³ Marshall plaçait donc ses espoirs dans la mise en place de politiques sociales de plus en plus efficaces dans le cadre de l'Etat-providence. Cet intérêt explique qu'une grande partie de son œuvre écrite ait été consacrée à l'analyse des politiques sociales, notamment en Grande-Bretagne. Voir la courte autobiographie de Marshall, « Carrière d'un sociologue britannique », publiée in *Revue internationale des sciences sociales*, Vol. 25, 1973, pp. 92-105.

leurs traditions et leur culture »¹. Ce n'est donc pas sans fondement que l'Accord de Nouméa affirme que « l'identité de chaque Kanak se définit d'abord en référence à une terre »².

Ainsi, la question des droits fonciers autochtones se trouve directement liée à celle de leurs droits identitaires. Elle n'est toutefois pas assimilable à la problématique des droits culturels, dans la mesure où elle fait intervenir, au-delà des droits subjectifs, la notion de droits réels. Les revendications foncières qui ont émergé dans les années 1980 en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie ou encore en Guyane présentent en effet différents enjeux : la protection des terres ancestrales et des sites sacrés³, l'octroi de droits d'usage sur certaines terres, la restitution des terres spoliées lors de la colonisation, voire, dans certains cas, la reconnaissance d'une autodétermination interne des populations autochtones sur leur territoire. Ces revendications s'appuient schématiquement sur deux stratégies juridiques. La première consiste, pour certains groupes autochtones, à affirmer que ces droits fonciers spécifiques seraient inhérents à leur condition de primo-occupants : le fait qu'ils aient habité le territoire avant les Européens leur conférerait un droit de propriété ou d'usage de leurs terres ancestrales. En Nouvelle-Calédonie, le Comité autochtone de gestion des ressources naturelles (CAUGERN) créé en 2005 se fonde précisément sur cette antériorité territoriale pour proclamer une certaine forme de propriété kanake, exprimée moins comme une possession du sol que comme une appartenance à la terre impliquant des obligations

¹ MARTINEZ-COBO (José), *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Vol. 5, New York, Nations Unies, 1987, §§ 196-197 (Doc. E/CN.4/sub.2/1986/7/Rev.4). Dans le même sens, l'article 13 de la Convention n° 169 de l'OIT insiste sur « l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires [...] qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier les aspects collectifs de cette relation ». Voir LABEAU (Pierre-Christian), « Les droits fonciers des peuples autochtones selon le droit international public », *Recherches amérindiennes au Québec*, Vol. 25, n° 3, 1995, pp. 59-71 ; DAEZ (Erica-Irène), *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Document de travail final présenté à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de l'ONU, 11 juin 2001, 82 p., Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21.

² Point 1.4 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

³ Nombreuses sont les actions collectives autochtones visant à la protection des terres ancestrales. Ainsi, en 1993, des Polynésiens ont occupé un site qui avait appartenu à leurs ancêtres et sur lequel était prévue la construction d'un ensemble hôtelier, susceptible de détruire les sépultures ancestrales et de nuire aux activités de pêche. Saisi de ce litige, le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU a estimé que « la construction d'un complexe hôtelier sur les lieux de sépulture ancestraux [constituait une] immixtion arbitraire dans la vie de famille et la vie privée des auteurs » et violait ainsi le Pacte international de 1966 sur les droits civils et politiques (Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, 29 juillet 1997, *Hopu et Bessert c. France*, jurispr. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1). En Nouvelle-Calédonie, toutes les associations kanakes dénoncent les atteintes à l'environnement causées par les sociétés françaises d'exploitation des ressources en nickel ; depuis 2002, elles s'opposent à la construction d'une nouvelle usine dans le sud de l'île (voir DEMMER (Christine), « Une nouvelle stratégie kanake », *Vacarme*, n° 39, printemps 2007, <http://www.vacarme.eu.org/article1306.html>). En Guyane, la fédération des organisations amérindiennes de Guyane (FOAG) est également très active en la matière (voir COLLOMB (Gérard), « De la revendication à l'entrée en politique (1984-2004) », *Ethnies*, Vol. 18, n° 31-32, printemps 2005, pp. 16-28).

envers elle ¹. D'autres groupes autochtones, en revanche, assoient leurs prétentions sur les « traités » signés entre les peuples originels et les colons. Ainsi, à plusieurs reprises, des requérants polynésiens ont invoqué à l'appui de leurs revendications foncières le traité d'annexion de Tahiti du 30 décembre 1880 stipulant que la France continuerait à gouverner le peuple polynésien « en tenant compte des lois et coutumes tahitiennes » ². Le juge a toutefois systématiquement écarté l'argument et ne s'est jamais prononcé sur l'opposabilité de ce traité ³.

Quel que soit leur fondement juridique, les revendications foncières autochtones ne sont pas sans soulever certaines inquiétudes. La première, d'ordre économique, est relative à l'accès aux ressources naturelles locales : dès lors que des droits spécifiques sont reconnus à certaines collectivités autochtones, à qui appartiennent l'or et les plantes médicinales de la forêt guyanaise ⁴, ou le nickel du sol calédonien ⁵ ? La Convention sur la diversité biologique, ratifiée par la France en 1994 ⁶, prévoit le droit pour les Autochtones de bénéficier des fruits de l'exploitation du sol, du sous-sol et des eaux ⁷ ; elle pourrait bien, à l'avenir, être le support de revendications en ce sens. La seconde inquiétude, d'ordre politique, concerne la souveraineté et l'unité territoriales de l'Etat, qui pourraient en effet se trouver concurrencées par l'existence d'un « titre autochtone » ⁸. Cette crainte des autorités étatiques part du postulat qu'une collectivité titulaire de droits fonciers sur un espace donné sera naturellement amenée

¹ A cet égard, le CAUGERN réclame la création d'un « Fonds Patrimoine », qui serait alimenté par les entreprises françaises et étrangères qui se sont enrichies grâce au nickel. Ce fonds est présenté comme un dispositif de réparation et de compensation, destiné à reconstituer l'environnement naturel dégradé par les mines, à contribuer au développement local et à la sauvegarde du patrimoine culturel kanak. Sa gestion serait confiée à un conseil d'administration composé de membres du Sénat coutumier et de représentants des chefferies minières. Voir DEMMER (Christine), « Une nouvelle stratégie kanake », *Vacarme*, n° 39, printemps 2007 (<http://www.vacarme.eu.org/article1306.html>).

² En ce sens, voir les moyens des requérants dans CA Papeete, 29 avril 1993, *Sté Rivnac c. Hopu et Bessert* ; CE, ordonnance du 12 janvier 2005, *M. René Georges X.*, Inédit au Rec. Lebon. Dans la deuxième espèce, le requérant soutenait que « les dispositions constitutionnelles et législatives françaises concernant la Polynésie sont mises en échec par le traité du 29 juin 1880 ».

³ CE, 17 mai 2004, *M. Mairau*, Inédit au Rec. Lebon.

⁴ LEMOINE (Maurice), « Or “sang” contre or vert en Guyane française », *Le Monde diplomatique*, février 2001, pp. 10-11.

⁵ Le sol calédonien renferme 30 % du nickel de la planète et le territoire fournit 13 % de la production mondiale de ce minerai. Ces chiffres expliquent que le nickel, longtemps exploité par une société métropolitaine, représente un enjeu politique majeur pour les indépendantistes kanaks. En 1990, la Province nord, dont ils sont les principaux élus, rachète la société d'exploitation qui obtient en 1998 le massif du Koniambo – l'un des gisements les plus riches du monde – et s'associe pour l'exploiter à la société canadienne Falconbridge, afin de s'affranchir de la tutelle française. Les bénéfices de cette exploitation – impôts et emplois – devraient permettre le développement de la Province nord. Voir BELLERET (Robert), « L'or vert des Kanaks », *Le Monde*, 11 février 2006, pp. 22-23.

⁶ Loi d'autorisation n° 94-477 du 10 juin 1994, *JORF*, 11 juin 1994, p. 8450.

⁷ Sur la convention, voir HERMITTE (Marie-Ange), « La Convention sur la diversité biologique », *AFDI*, 1992, pp. 844-870.

⁸ Le concept de « titre autochtone » ou de « titre aborigène », inconnu en droit français, est emprunté au droit de certains Etats anglo-saxons comme le Canada, l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, où il désigne l'ensemble des droits fonciers des populations autochtones.

à y exercer un pouvoir politique¹. Une telle supposition est *a priori* discutable² mais l'expérience du Canada ne peut que la conforter : la reconnaissance constitutionnelle de droits fonciers ancestraux en 1982³ a conduit le gouvernement canadien à accorder par traité à certaines populations autochtones – à l'exemple des Inuits du Nunavut – une véritable autonomie gouvernementale⁴.

En dépit de ces inquiétudes, la France a entrepris d'octroyer à certains groupes autochtones des droits fonciers spécifiques dont l'étendue varie au cas par cas. Bien que la doctrine se soit fort peu intéressée à cette question, la consécration de ces « droits à la terre » bouleverse la conception classique de la propriété et des droits qui y sont généralement rattachés. Elle conduit en effet à reconnaître de nouveaux régimes fonciers, distincts du régime de la propriété privée mais également dérogoires au régime de la propriété publique. Il paraît alors nécessaire, pour mesurer l'ampleur de la différenciation juridique en la matière, d'étudier l'étendue et la portée de ces droits collectifs *sui generis* qui semblent constituer de véritables « titres autochtones ». Au regard de la reconnaissance de droits fonciers autochtones (§ 1) sur des terres ainsi soumises à des régimes fonciers traditionnels (§ 2), la France pourrait bien, au final, ne pas avoir beaucoup de retard sur les Etats qui se targuent d'être les défenseurs des droits ancestraux.

§ 1. La reconnaissance de droits fonciers autochtones

Les travaux entrepris par les instances onusiennes dans le cadre de la première décennie internationale des peuples autochtones ont unanimement souligné l'importance de la relation à la terre et, dans ce cadre, la double nécessité pour les Etats de « faire en sorte que les peuples autochtones disposent de terres et de ressources en quantité suffisante pour survivre et se développer en tant que communautés et cultures spécifiques [et de] réparer en équité les torts subis par les

¹ Sur les liens entre droits fonciers et autonomie politique, voir OTIS (Ghislain), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 47, n° 4, 2006, pp. 798-800.

² Le Professeur Badie a montré, au sujet des sociétés précoloniales d'Afrique subsaharienne, qu'il fallait se garder de confondre la terre traditionnelle comme marqueur identitaire et référence mythique, avec le territoire moderne comme support exclusif et nécessaire d'une autorité plénière (BADIE (Bertrand), *La fin des territoires : essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard, 1995, p. 77).

³ L'article 35 § 1 de la Constitution canadienne dispose ainsi que « les droits existants – ancestraux ou issus des traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Voir MESNARD (André-Hubert), « Les fondements constitutionnels canadiens et la question du droit des sols, de l'environnement et de la protection des ressources naturelles », *RDP*, 1998, pp. 1195-1202.

⁴ Il est toutefois à préciser que l'octroi de l'autonomie gouvernementale, fruit de négociations entre les autorités étatiques et les collectivités autochtones, n'est pas directement lié à la reconnaissance du titre autochtone. Aux termes de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, le titre autochtone constitue un droit *sui generis* d'occupation et d'usage d'une terre, qui n'inclut en aucune façon un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Sur cette délimitation jurisprudentielle restrictive des droits ancestraux, voir MATIVAT (Geneviève), *L'Amérindien dans la lorgnette des juges. Le miroir déformant de la justice*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, Coll. Signes des Amériques, 2003, 96 p.

peuples autochtones spoliés de leurs terres et de leurs ressources »¹. De fait, lors de la colonisation, les primo-occupants des territoires découverts ont souvent été dépossédés de leurs terres². Certes, le procédé n'a pas été systématique : les Mahorais, les Wallisiens et les Futuniens ont échappé à cette expropriation forcée, sans doute parce que leurs terres présentaient peu d'intérêt économique³. En revanche, en Guyane, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, l'assujettissement politique et militaire des populations locales s'est accompagné d'un accaparement des terres, légitimé par la doctrine alors prédominante de la *terra nullius*⁴.

Les processus de dépossession foncière, qui ont revêtu différentes modalités selon les colonies, ne sont pas sans incidence sur les droits fonciers reconnus aujourd'hui aux minorités autochtones. En Polynésie, la puissance coloniale s'est affirmée de manière relativement pacifique : aux termes du décret du 24 août 1887, toutes les terres de l'archipel étaient considérées comme appartenant au domaine colonial, à l'exception des terres ayant fait l'objet d'une déclaration de propriété⁵. Les personnes reconnues propriétaires se faisaient alors délivrer un titre de propriété (le *tomité*), tandis que les terres non enregistrées devenaient des terres domaniales⁶. En Guyane, l'Etat s'est proclamé propriétaire de toutes les terres amérindiennes, considérées comme « vacantes et sans maître », par le décret du 15 novembre 1898. Mais c'est en Nouvelle-Calédonie que la dépossession foncière a été la plus violente : dès 1855, la France se proclamait propriétaire des terres « non aliénées », qui appartenaient *de facto* aux différentes tribus. Ces spoliations se sont accompagnées de déplacements

¹ DAEZ (Erica-Irène), *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Document de travail final présenté à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de l'ONU, 11 juin 2001, p. 28, Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21.

² L'appropriation des terres par l'Administration coloniale française était un phénomène répandu dans la plupart des colonies françaises. Pour un exemple en Afrique occidentale française, voir GBAGUIDI (Ahonagnon Noël), « La revendication du monopole foncier de l'Etat, l'intangibilité du titre foncier et l'accès à la terre au Bénin », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 39, 1997, pp. 43-68.

³ A cet égard, voir GARDE (François), « Les autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 5.

⁴ Selon la doctrine de la *terra nullius* appliquée du XVI^e au XIX^e siècle, les terres autochtones étaient considérées comme inoccupées jusqu'à l'arrivée d'une présence coloniale et pouvaient alors devenir la propriété de l'Etat colonisateur par une occupation de fait. En 1855, l'Administration française décrétait ainsi en Nouvelle-Calédonie que « les habitants non civilisés d'un pays ont sur ce pays seulement un droit limité de domination, une sorte de droit d'occupation [...] ». Un pouvoir civilisé, en établissant une colonie dans un tel pays, acquiert un pouvoir décisif sur le sol ou, en d'autres termes, il acquiert le droit d'éteindre le titre autochtone » (cité in WINSLOW (Donna), « La question foncière en Nouvelle-Calédonie », *Culture*, Vol. 12, n° 1, 1992, p. 27). Ce n'est qu'à la fin du XX^e siècle que la communauté internationale a réfuté la doctrine de la *terra nullius* (CIJ, AC, 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, *Rec.*, 1975, p. 12). En 1992, la Cour suprême d'Australie affirme que désormais, cette « doctrine injuste et discriminatoire [...] ne peut plus être acceptée » (*Mabo vs Queensland*, 107 ALR 1).

⁵ Décret du 24 août 1887 portant réorganisation et délimitation de la propriété foncière dans les Etablissements Français de l'Océanie. Sur ce décret, voir HIRIGOYEN (Franck), *L'indivision en Polynésie Française*, Mémoire de l'Ecole supérieure des géomètres et topographes, 2003, pp. 27-31.

⁶ Sur cette procédure, voir BAMBRIDGE (Tamatoa), « L'identité fondée sur le lien à la terre en Polynésie », in FABERON (Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 79-81.

forcés des populations kanakes, cantonnées dans des réserves dès 1867¹. La création des réserves avait pour objectif officiel de protéger les Kanaks en leur attribuant des terres sur lesquelles ils pouvaient exercer leurs droits fonciers coutumiers. En pratique cependant, les réserves devinrent des espaces de cantonnement de plus en plus réduits², conduisant à la marginalisation des populations autochtones³. Au reste, la création des réserves ne limita pas le pillage des terres par les colons⁴.

Les revendications foncières qui se sont fait jour dans les années 1970 découlent directement de cette politique coloniale⁵. Un rapport au Président de la République indiquait en 1982 que « le problème foncier [en Nouvelle-calédonie] résulte du partage inégal des terres entre les communautés mélanésiennes et celles issues de la colonisation. La conception particulière qu'a la communauté mélanésienne de l'espace foncier [...] rend encore plus inacceptable, à ses yeux, le fait que la propriété privée européenne représente aujourd'hui 400 000 hectares alors que les réserves, au sein desquelles les méthodes de tenure propres aux Mélanésiens continuent à s'exercer, n'atteignent que 160 000 hectares »⁶. Afin d'éviter une radicalisation des contestations, l'Etat a engagé une réforme foncière visant à restituer aux collectivités autochtones les droits ancestraux dont ils ont été privés lors de la colonisation, tout en préservant au mieux les droits de propriété de type européen acquis depuis lors. Cette restitution, préconisée par différents textes internationaux⁷, a pris la forme d'un transfert de terres en Nouvelle-Calédonie (A) et d'une concession de terres en Guyane (B).

¹ En vertu de l'arrêté gubernatorial n° 147 du 24 décembre 1867 déclarant l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-calédonie (*Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1867, p. 350), complété par l'arrêté n° 13 du 22 janvier 1868 relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène (*Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1868, p. 17).

² La politique de cantonnement général de la fin du XIX^e siècle aboutit au regroupement de la population mélanésienne au sein de 78 réserves indigènes, qui s'étendaient sur la totalité des Iles Loyauté et de l'île des Pins, mais ne représentaient que 7,4 % de la superficie de la Grande Terre (GUILLEMARD (Olivier), « Terre kanak et identité autochtone », *Recherches amérindiennes au Québec*, Vol. 28, n° 1, 1998, p. 83).

³ Cette marginalisation fut renforcée par la promulgation en 1887 du code de l'indigénat, qui institutionnalisait la minorisation juridique et la marginalisation sociale des Kanaks en les privant de la citoyenneté française. Le code systématisait en outre le cantonnement des Kanaks dans les réserves ; ils n'avaient le droit d'en sortir qu'avec l'autorisation préalable des gendarmes.

⁴ De 1870 à 1878, le territoire possédé par les colons passa de 1 000 à 230 000 hectares. Voir WINSLOW (Donna), « La question foncière en Nouvelle-Calédonie », *Culture*, Vol. 12, n° 1, 1992, p. 28 ; DAUPHINE (Joël), *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie (1853-1913)*, Paris, L'Harmattan, 1989, 347 p.

⁵ Voir SAUSSOL (Alain), *L'héritage, essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Société des Océanistes, 1979, 493 p.

⁶ Rapport de présentation au Président de la République de l'ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, cité in MEALLONIER-DUGUET (Arlette), MARTRES (Jean-Pascal), « La reconnaissance du droit coutumier néo-calédonien », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, p. 51.

⁷ L'article 27 du projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones affirme ainsi le droit des collectivités autochtones « à la restitution des terres, des territoires et des ressources qu'ils possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés sans leur consentement donné librement et en connaissance de cause ». Le

A. Le transfert de terres en Nouvelle-Calédonie

En Nouvelle-Calédonie, la réforme foncière initiée à la fin des années 1970 a pour but une répartition plus équitable des terres, par le biais d'un mécanisme original de restitution qui conduit à la création, en 1989, de l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier (ADRAF)¹. Cet établissement public d'Etat à caractère industriel et commercial est habilité à « procéder à toutes opérations de nature à faciliter l'acquisition et la mise à disposition des fonds agricoles et fonciers »². L'objectif affiché est de favoriser la restitution de terres aux communautés mélanésiennes, afin de rétablir le « lien à la terre »³. Dans ce but, l'Agence financée par l'Etat⁴ achète des terres, puis les cède à titre généralement gratuit aux clans ayant présenté des revendications foncières.

La principale difficulté du travail de l'ADRAF réside dans l'instruction des dossiers relatifs aux revendications. En l'absence de titres de propriété écrits, la légitimité des réclamations est fondée sur la parole des clans. Déterminer l'identité du véritable propriétaire s'avère donc souvent difficile, d'autant que certaines terres font l'objet de revendications concurrentes. Dans cette hypothèse, l'ADRAF cherche en premier lieu à faire émerger un consensus entre les clans sur le groupe attributaire et les limites de la terre dévolue. A défaut, les « clans fondateurs » de la terre sont souvent considérés comme les véritables propriétaires, et les « clans accueillis » qui s'y sont installés par la suite, comme les usufruitiers⁵. Il s'agit là d'une reconstruction fictive qui ne correspond pas véritablement aux règles coutumières autochtones mais qui est rendue nécessaire par « l'exigence contemporaine de voir des droits reconnus sous une forme juridique »⁶.

projet prévoit néanmoins la possibilité de substituer à cette restitution matérielle « une indemnisation juste et équitable » de manière à garantir, le cas échéant, le maintien des droits acquis par les non-Autochtones sur les terres en cause. Dans le même sens, voir DAEZ (Erica-Irène), *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Document de travail final présenté à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de l'ONU, 11 juin 2001, Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21.

¹ L'ADRAF succède à deux autres établissements publics qui avaient la même mission mais n'étaient pas parvenus à la remplir, en raison d'alternances politiques, de procédures administratives lourdes et de moyens financiers inadaptés. Sur ces établissements, voir VLADYSLAV (Gérard), « L'identité fondée sur le lien à la terre : les réponses à la revendication foncière kanak en Nouvelle-Calédonie », in FABERON (Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes du colloque des 9-10 novembre 1998, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 63-64.

² Décret n° 89-571 du 16 août 1989, *JORF*, 18 août 1989, p. 10359. Le conseil d'administration de l'ADRAF, présidé par le Haut-Commissaire du Territoire, est composé de représentants de l'État, du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, du Sénat coutumier, des provinces et des organisations professionnelles agricoles.

³ VLADYSLAV (Gérard), *op. cit.*, p. 57.

⁴ Le budget annuel de l'Agence, qui provient principalement de dotations de l'État, s'élevait en 2004 à 420 millions de francs CFP, dont 200 millions de dépenses d'intervention (achat de terres pour 114 millions ; conduite d'opérations d'aménagement pour 45 millions). Ces chiffres sont fournis sur le site de l'ADRAF : <http://www.adraf.nc>.

⁵ NAEPELS (Michel), *Histoires de terres kanakes*, Paris, Belin, 1998, pp. 241-258.

⁶ NAEPELS (Michel), *op. cit.*, p. 246.

Certains aspects de la « propriété » kanake demeurent toutefois problématiques et requièrent des solutions au cas par cas. Ainsi, un clan qui a quitté une terre peut-il encore revendiquer un droit de propriété sur celle-ci ? Donner une réponse positive conduirait à accueillir de très nombreuses requêtes, dans la mesure où la politique coloniale de cantonnement des Autochtones a généré de multiples déplacements de populations qui voudraient aujourd'hui recouvrer leur territoire ancestral. De ce fait, un certain nombre de conditions limitent la prise en compte de ces revendications. Il semble en effet que la preuve d'une installation durable soit nécessaire pour qu'un clan puisse légitimement revendiquer une terre. En outre, comme le souligne Michel Naepels, « une revendication n'est jugée légitime qu'au regard des conditions de départ du groupe qui a quitté la terre considérée »¹. Dans le cas des terres quittées du fait de l'arrivée des colons, la revendication sera donc jugée légitime, tandis que la propriété d'une terre quittée en raison d'un conflit interclanique précolonial sera beaucoup plus difficile à établir.

D'autres incertitudes peuvent également naître du bornage approximatif des terres. En l'absence de cadastre écrit, seuls des éléments naturels, tels que des arbres, des pierres ou des rivières, permettaient en effet de déterminer les limites des terres autochtones. Outre le fait qu'elles soient fréquemment contestées, ces limites sont d'autant plus incertaines qu'elles sont souvent fluctuantes². Dans ce contexte, les procédures d'instruction de l'ADRAF associent responsables coutumiers, représentants agricoles et élus locaux, obligatoirement consultés par le biais de commissions foncières communales³. Lorsque la légitimité d'une revendication est établie, un procès-verbal de palabre est rédigé en présence des autorités coutumières locales ; ce document servira ensuite de titre de propriété.

Pour répondre à ces réclamations, l'ADRAF dispose d'un stock foncier alimenté par des achats de terrains. Ces opérations peuvent découler d'offres de ventes à l'amiable par les propriétaires privés des terres revendiquées. Elle peuvent également résulter de la mise en œuvre par l'ADRAF de son droit de préemption spécifique, qui peut être exercé sur les terrains à vocation agricole ou forestière⁴. Enfin, lorsqu'une revendication foncière concerne un terrain domanial dépendant du domaine privé de la

¹ NAEPELS (Michel), *op. cit.*, Paris, Belin, 1998, p. 250.

² Le point 1.4 de l'Accord de Nouméa indique à cet égard que « les terres coutumières doivent être cadastrées pour que les droits coutumiers sur une parcelle soient clairement identifiés » (*JORF*, 27 mai 1998, p. 8039).

³ VLADYSLAV (Gérard), « L'identité fondée sur le lien à la terre : les réponses à la revendication foncière kanak en Nouvelle-Calédonie », in FABERON (Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes du colloque des 9-10 novembre 1998, Paris, La Documentation française, 1999, p. 65.

⁴ En cas de vente opérée en infraction au droit de préemption de l'ADRAF, l'Agence peut demander au juge l'annulation de la vente (pour exemple, voir Cass. civ. 3^{ème}, 8 février 2006, *Bull.*, III, n° 33, p. 27). La préemption demeure toutefois un mode d'acquisition marginal : depuis sa création, l'ADRAF n'a mené qu'une dizaine d'opérations de préemption, représentant 5 % de la superficie acquise.

Nouvelle-Calédonie, l'ADRAF sollicite le transfert du terrain auprès de la collectivité, afin de l'attribuer au titre du lien à la terre.

Les résultats d'ores et déjà obtenus par l'Agence de développement sont particulièrement concluants. Entre 1989 et 1998, date de la signature de l'Accord de Nouméa, l'ADRAF a attribué près de 90 000 hectares de terres ¹. Les Kanaks ont été les principaux bénéficiaires de ces transferts, puisque plus de 77 000 hectares ont été rendus aux clans ; en dix ans, le foncier mélanésien s'est ainsi accru de près de 40 % sur la Grande Terre ². Ce succès, entériné par l'Accord de Nouméa ³, se manifeste par une évolution des missions de l'ADRAF : si la restitution de terres reste l'activité principale de l'Agence ⁴, celle-ci s'implique désormais de plus en plus dans l'aménagement foncier, dans un but de développement social et économique des terres coutumières ⁵. C'est également dans cette perspective qu'a été entreprise la réforme foncière en Guyane.

B. La concession de terres en Guyane

En Guyane, les terres où vivent les populations autochtones font partie du domaine privé de l'Etat depuis la fin du XIX^e siècle ⁶. Si l'Administration coloniale permet aux tribus de continuer à occuper ces terres, leur droit de jouissance reste longtemps officieux. Il est consacré en 1930 lorsqu'est créé dans la zone forestière du sud de la colonie le territoire de l'Inini, entité administrative autonome où les Amérindiens peuvent vivre selon leurs coutumes ⁷. Par la suite, le droit d'occupation des terrains domaniaux est confirmé par un décret du 27 décembre 1948 qui accorde aux

¹ Chiffres mentionnés in DOSIÈRE (René), *Rapport sur le projet de loi organique relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Assemblée nationale, Rapport n° 1275, 16 décembre 1998, p. 57.

² Désormais, un certain équilibre est atteint dans la répartition de l'espace : le foncier mélanésien occupe 20 % de l'espace foncier de la Grande-Terre contre 10 % en 1978 ; le foncier privé 20 % en 2005 contre 25 % en 1978 ; le reste est composé des terres domaniales des collectivités publiques. Voir le Rapport d'activité 2005 de l'ADRAF (disponible sur le site <http://www.adraf.nc/incagen.html>).

³ Point 1.4 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁴ En 2005, l'agence a acheté 450 hectares de terres et en a attribué 1 700. Le stock foncier de l'établissement est désormais en-deçà des 20 000 hectares (ADRAF, *Rapport d'activité 2005*, <http://www.adraf.nc/incagen.html>).

⁵ Ainsi, l'agence accompagne les clans dans leurs projets d'installation sur les terres attribuées et favorise leur mise en valeur par des actions d'aménagement foncier (désenclavement, valorisation agricole, mise en place de schéma d'aménagement). En 2005, 15 % des crédits de l'Agence ont été affectés à des opérations d'aménagement foncier (*Ibid.*).

⁶ La propriété de l'Etat est établie par décret du 15 novembre 1898 puis est régulièrement réaffirmée. Ainsi, l'article 13 du décret du 14 juillet 1934 rappelle que « les terres vacantes et sans maître du territoire font partie du domaine privé de l'Etat ». Voir ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, p. 1622.

⁷ Décret du 6 juin 1930, *JORF*, 12 juin 1930, p. 6468. Le domaine de l'Inini disparaît toutefois en 1969, avec la municipalisation de tout le département de Guyane (loi n° 69-1161 du 24 décembre 1969, *JORF*, 27 décembre 1969, p. 12610).

Amérindiens et Noirs-marrons des droits d'usage collectifs sur les terres domaniales, sans pour autant leur reconnaître un droit de propriété¹.

Il faut toutefois attendre la fin des années 1980 pour que la procédure d'attribution de ces droits soit véritablement définie. Aux termes du décret du 14 avril 1987² qui est toujours en vigueur³, il est reconnu, au profit des « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt », des droits d'usage collectifs sur les terrains domaniaux de la Guyane pour la pratique de la chasse, de la pêche et, d'une manière générale, pour l'exercice de toute activité nécessaire à la subsistance de ces communautés⁴. En la matière, le rôle du représentant de l'Etat dans le département est central : l'existence de droits d'usage collectifs par les populations autochtones est constatée par arrêté préfectoral⁵. Il revient également au Préfet de prendre l'arrêté constatant la fin de l'occupation d'une terre et, par suite, la disparition des droits d'usage qui y sont attachés. Par ce régime dérogatoire, l'Etat consacre ainsi les droits fonciers spécifiques des communautés autochtones de Guyane – ou tout au moins de certaines d'entre elles. Si les minorités amérindiennes ou noires-marronnes ne sont pas expressément reconnues comme telles, la formule alambiquée retenue pour les désigner contient néanmoins une double reconnaissance implicite : la reconnaissance de l'existence d'une vie communautaire de nature tribale, et la reconnaissance de conditions d'existence précaires, nécessitant l'exercice de droits fonciers spécifiques pour préserver leur mode de vie traditionnel. C'est précisément dans cette perspective qu'un arrêté du 14 septembre 1970⁶ a soumis à autorisation préfectorale l'accès aux zones forestières du sud du département, afin de préserver les Amérindiens des intrusions des touristes⁷. La récente création du « Parc amazonien de

¹ Décret n° 48-2028 du 27 décembre 1948, *JORF*, 4 janvier 1949, p. 188. Ces dispositions sont reprises par le décret n° 61-18 du 10 janvier 1961 (*JORF*, 12 janvier 1961, p. 489) qui indique que les populations autochtones continueront à jouir de leurs droits d'usage d'une manière effective jusqu'à l'intervention de nouvelles dispositions domaniales.

² Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 (*JORF*, 16 avril 1987, p. 4316), complété par le décret n° 92-46 du 16 janvier 1992 (*JORF*, 17 janvier 1992) et modifié par le décret n° 2000-225 du 10 mars 2000 (*JORF*, 11 mars 2000, p. 3846).

³ Art. L. 172-4-I du Code forestier.

⁴ Voir ISAAC (Henri), « Note sur le décret n° 87-267 du 14 avril 1987 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 97-101.

⁵ Art. R.170-56 du Code du domaine de l'Etat. Si la consultation du directeur des services fiscaux est obligatoire en la forme, elle ne lie nullement le préfet pour prendre l'arrêté de constatation. Cet arrêté indique la situation, la superficie et la consistance des terrains, ainsi que la communauté bénéficiaire des droits d'usage.

⁶ Arrêté préfectoral n° 1236 du 14 septembre 1970.

⁷ La légalité de l'arrêté de 1970 est discutable, au regard de la restriction portée à la liberté d'aller et de venir, principe de valeur constitutionnelle. L'arrêté préfectoral n° 1845 du 3 octobre 1977 motive cette restriction par l'intérêt des communautés autochtones : « il convient de respecter le mode de vie, les coutumes, l'organisation sociale et familiale, ainsi que le particularisme des populations indiennes. D'autre part, [...] il convient de préserver l'état sanitaire de ces populations ». L'autorisation préalable est étendue à toute personne, y compris aux organismes scientifiques ; elle n'est délivrée qu'à certaines conditions pour l'appréciation desquelles le préfet dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Voir NAVET

Guyane » devrait également contribuer à protéger les modes de vie autochtones¹, d'autant que les droits d'usage spécifiques dont jouissent les populations amérindiennes et noires-marronnes sont pleinement préservés par la réglementation du parc².

Au-delà de la reconnaissance de droits d'usage, le décret du 14 avril 1987 met en place un système inédit de cessions et de concessions de terres domaniales. En effet, toute « communauté d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt », constituée en association ou en société, peut demander à bénéficier d'une concession de terrains domaniaux situés dans des zones déterminées, en vue de la culture ou de l'élevage, ou pour pourvoir à l'habitat de ses membres. Ces concessions sont consenties à titre gratuit pour une période de dix ans. Avant l'expiration de la concession, l'association ou la société concessionnaire peut demander que les terrains lui soient cédés à titre gratuit³. Ici encore, le préfet joue un rôle déterminant. En effet, l'attribution des concessions et cessions foncières relève d'une commission de huit personnes présidée par le préfet. La moitié des membres de la commission est désignée par le représentant de l'Etat qui dispose à cet égard d'un pouvoir de nomination discrétionnaire. En outre, sa voix est prépondérante en cas d'égalité de voix lors du vote ayant trait aux attributions des cessions et concessions. Dans ces conditions, le préfet maîtrise l'ensemble de la procédure, garantissant ainsi la prévalence des intérêts de l'Etat⁴.

Ces possibilités offertes aux communautés autochtones sont significatives de la prise en compte des modes de vie coutumiers par l'ordre étatique. Les droits fonciers spécifiques reconnus aux populations autochtones de Guyane depuis 1987 témoignent à cet égard de l'intérêt que présente l'article 73 de la Constitution autorisant l'adaptation dans les DROM des lois et règlements nationaux. En effet, dans le régime

(Eric), MOHIA (Nadia), « Considérations sur la situation des Amérindiens de l'intérieur de la Guyane », *Journal de la Société des Américanistes*, tome 76, 1990, p. 224.

¹ Décret n° 2007-266 du 27 février 2007, *JORF*, 28 février 2007, p. 3757. La création du parc naturel s'est décidée en concertation avec les populations amérindiennes et noires-marronnes : les autorités coutumières des tribus concernées siégeaient au Comité de pilotage du Parc naturel de la Guyane.

² L'article 22 du décret n° 2007-266 du 27 février 2007 précise ainsi que, sur le territoire du parc national, « Les droits d'usage collectifs qui sont reconnus [aux communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt] permettent librement à leurs membres de : 1) Prélever ou détruire des végétaux non cultivés afin de construire des carbeta, d'ouvrir des layons ou des clairières et faire du feu aux fins de subsistance ; 2) Chasser et pêcher, sauf dans le cadre d'excursions touristiques ou d'expéditions professionnelles ; 3) Exercer une activité artisanale et, dans ce cadre, prélever des roches, minéraux, végétaux non cultivés et animaux non domestiques ; 4) Se livrer à une activité de troc et, le cas échéant, vendre ou acheter le surplus de produits de la chasse et de la pêche exclusivement à d'autres membres des communautés d'habitants, ou aux résidents du parc au sens de l'article 23, pour leur consommation » (*JORF*, 28 février 2007, p. 3757).

³ Article L. 172-4-II à IV du Code forestier ; article L. 5143-1 du CG3P.

⁴ En ce sens, voir ISAAC (Henri), « Note sur le décret n° 87-267 du 14 avril 1987 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, pp. 98-99.

de droit commun, les concessions domaniales ne sont accordées qu'à titre personnel¹. L'adoption d'un régime dérogatoire permet ainsi de reconnaître des droits fonciers collectifs au profit de communautés d'individus, au regard de leur mode de vie différent. Il est vrai que cette reconnaissance n'est pas opérée directement au bénéfice des tribus ; celles-ci doivent se constituer en associations ou en sociétés pour pouvoir prétendre à l'exercice de droits fonciers collectifs. On ne peut manquer de s'interroger quant à la pertinence d'une telle procédure : demander aux communautés autochtones de se constituer en associations ou en sociétés contrarie leur organisation coutumière et nécessite des démarches administratives qui représentent souvent autant d'obstacles. Ainsi, « au lieu d'effectuer juridiquement la partition de la communauté, il eût été sans doute plus judicieux d'accorder au groupe via les tribus la concession. De la sorte, l'on n'attenterait pas aux structures traditionnelles »². Dans cette hypothèse, l'Etat aurait toutefois dû reconnaître expressément l'appartenance tribale, ce qu'il évite avec le mécanisme adopté.

La qualité des attributaires de droits fonciers collectifs n'est pas la seule réserve opposable au dispositif mis en place par le décret du 14 avril 1987. Une seconde limite réside dans l'interprétation restrictive qu'il fait du « droit à la terre » revendiqué par les Amérindiens et les Noirs-Marrons. En effet, les cessions et concessions foncières sont liées à l'exercice effectif d'activités agricoles – la pêche, la chasse ou la cueillette – alors même que les populations autochtones tirent de moins en moins leurs moyens de subsistance de la forêt. Enfin, le système de 1987 est limité en troisième lieu dans ses possibilités d'application : outre le fait que les cessions et concessions soient révocables à tout moment par le représentant de l'Etat³, sa mise en œuvre reste soumise à l'accord des communes sur le territoire desquelles se trouvaient les terres demandées. Or, la plupart des élus locaux refusent d'accorder de telles dérogations aux Autochtones. Vingt ans après l'adoption du décret de 1987, rares sont les demandes d'attribution de droits d'usage qui ont abouti, et celles qui ont reçu satisfaction se trouvent souvent contestées dans les faits⁴. En effet, longtemps considérées comme des espaces sans grande valeur, les terres sur lesquelles vivent les Autochtones sont désormais investies par de nouvelles logiques économiques ou

¹ Art. L. 5141-1 ss. du CG3P.

² ISAAC (Henri), « Note sur le décret n° 87-267 du 14 avril 1987 », in MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, p. 100.

³ Aux termes du décret du 14 avril 1987, le retrait définitif d'une concession peut intervenir lorsque les membres de l'association ou de la société ont cessé de résider dans la zone, lorsque l'association ou la société est dissoute, si elle se trouve dans l'impossibilité de remplir les obligations mises à sa charge par l'acte de concession ou si ses activités sont contraires à la destination des terrains concédés. De manière similaire, pour que le transfert de propriété de l'Etat à la personne morale concernée soit effectif, les membres de l'association ou de la société cessionnaire doivent justifier d'une résidence effective sur les terrains cédés pendant les dix années suivant l'acte de cession, et doivent respecter pendant le même délai la destination prévue par l'acte de cession.

⁴ Voir COLLOMB (Gérard), « De la revendication à l'entrée en politique (1984-2004) », *Ethnies*, Vol. 18, n° 31-32, printemps 2005, pp. 26-28.

sociales¹. Au final, si le décret du 14 avril 1987 constitue une avancée non négligeable en matière de droits fonciers collectifs, il ne constitue pas, à lui seul, la solution au problème de la dépossession foncière des populations autochtones de Guyane². Une telle solution résiderait sans doute dans la reconnaissance par le législateur, voire par le constituant, de droits fonciers autochtones opposables aux autorités locales comme au pouvoir exécutif. A défaut, les Autochtones d'outre-mer demeurent tributaires des autorités déconcentrées et/ou décentralisées pour que soient effectivement mis en œuvre, à leur profit, des régimes fonciers traditionnels.

§ 2. La reconnaissance de régimes fonciers traditionnels

Que les terres soient toujours restées sous propriété clanique, comme à Mayotte ou à Wallis et Futuna, ou qu'elles fassent l'objet de restitutions aux collectivités autochtones, comme en Nouvelle-Calédonie ou en Guyane, la réglementation qui s'applique à ces terres ne relève pas du droit commun. Le droit foncier est ainsi l'objet d'une différenciation visant à prendre en compte les spécificités coutumières des primo-occupants. Cette différenciation porte sur la nature et sur le contenu des droits fonciers reconnus aux collectivités autochtones. S'agissant de leur nature, les droits d'usage ou les droits de propriété exercés par les Autochtones répondent à des régimes dérogatoires reflétant le caractère communautaire de la gestion traditionnelle des terres. S'agissant de leur contenu matériel, les droits fonciers des Autochtones relèvent des ordres juridiques traditionnels qui, en la matière, sont reconnus par l'Etat. Le pluralisme juridique en matière foncière se trouve donc pleinement établi en outre-mer, du fait de la consécration de droits de propriété spécifiques (A) et de l'application de régimes juridiques dérogatoires aux terres autochtones (B).

A. La consécration de droits de propriété spécifiques

La tradition civiliste française défend une conception exclusive de la propriété³, qui suppose que le droit de propriété s'exerce normalement de manière individuelle. Cette conception s'est heurtée, lors de la colonisation, aux pratiques foncières autochtones. Que ce soit en Polynésie, en Nouvelle-Calédonie ou en Guyane, les

¹ Gérard Collomb mentionne ainsi les projets d'aménagement de certaines communes, comme Kourou ou Saint-Laurent-du-Maroni, qui prévalent généralement sur les revendications foncières autochtones (COLLOMB (Gérard), « De la revendication à l'entrée en politique (1984-2004) », *Ethnies*, Vol. 18, n° 31-32, printemps 2005, p. 28). La reconnaissance des droits fonciers collectifs se heurte également à l'opposition des orpailleurs et des industriels miniers et forestiers, qui se battent pour conserver un accès libre aux sites convoités (LEMOINE (Maurice), « Or "sang" contre or vert en Guyane française », *Le Monde diplomatique*, février 2001, pp. 10-11).

² COLLOMB (Gérard), *op. cit.*, p. 18.

³ Article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

terres étaient en effet, avant l'arrivée des Européens, la propriété des clans ou des tribus qui les géraient de manière collective¹. Face à ces formes de propriété traditionnelles, l'Administration coloniale a eu des attitudes diverses ; les questions foncières relevaient en effet, à l'époque, de la compétence exclusive des gouverneurs dirigeant les différentes colonies au nom et pour le compte de l'Etat.

La Polynésie française est probablement l'exemple le plus abouti de la tentative d'acculturation de la propriété foncière autochtone. En violation du traité d'annexion de Tahiti de 1880 qui imposait le respect des coutumes locales, le colonisateur a mis en place en 1887 une procédure obligatoire d'enregistrement des terres, qui visait non seulement à accaparer les terres non réclamées, mais également à soumettre les terres enregistrées au droit civil, en lieu et place du droit foncier coutumier². De fait, lors de l'enregistrement des terres, les droits collectifs autochtones ont été tronqués en titres de propriété individuels (les *tomités*), soumis aux règles du Code civil. L'application du droit commun s'est toutefois révélée difficile, au regard des pratiques foncières polynésiennes. En effet, selon le droit coutumier local, la terre est considérée comme un bien collectif de la tribu ; dès lors, chaque membre de la tribu possède un droit sur cette terre³. Les juristes civilistes ont assimilé ces droits collectifs séculaires à des droits fonciers indivis, sans voir – ou en ignorant délibérément – que le système coutumier d'appropriation et d'utilisation collectives du sol différait sensiblement de l'indivision telle qu'elle est conçue par le droit civil⁴. Dans le Code civil, l'indivision se présente comme une situation précaire et transitoire, l'objectif étant de partager le bien indivis afin d'attribuer aux différents héritiers leur part individuelle⁵. Pour les Polynésiens, en revanche, la propriété collective est une situation permanente, reflétant la pérennité des liens familiaux et tribaux⁶. Dès lors, les générations de Polynésiens se sont succédé depuis 1887, sans que le législateur ne veuille reconnaître

¹ Michel Naepels précise à cet égard que la propriété foncière kanake n'est pas une propriété collective indivise ; c'est « une propriété privée d'un collectif » (NAEPELS (Michel), *Histoires de terres kanakes*, Paris, Belin, 1998, p. 244).

² Par le décret du 24 août 1887, toute terre non déclarée dans les délais imposés devient domaine colonial, « à charge pour les ayants droits de prouver l'existence de leurs droits sur leurs terres ». Sous le protectorat, plusieurs textes avaient déjà incité les habitants à enregistrer leurs terres mais aucun n'établissait de procédure contraignante. Voir COPPENRATH (Gérald), *La terre à Tahiti et dans les îles : histoire de la réglementation foncière, perspectives d'avenir*, Papeete, Haere Po, 2003, pp. 13-171.

³ Le terme tahitien « fenua 'amui » qui désigne les terres ancestrales, pourrait se traduire par « les terres que l'on a ensemble ». Voir BAMBRIDGE (Tamatoa), « L'identité fondée sur le lien à la terre en Polynésie », in FABERON (Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes du colloque des 9-10 novembre 1998, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 83-86.

⁴ En ce sens, voir RAVAUULT (François), « L'origine de la propriété foncière des Iles de la Société : essai d'interprétation géographique », *Cahiers ORSTOM*, Vol. IX, n° 1, 1972, pp. 21-24.

⁵ Aux termes de l'article 815 du Code civil, « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ».

⁶ L'expression employée en tahitien pour désigner le partage d'une terre, « *vavahi te fenua* », pourrait au reste se traduire par « briser » ou « démolir une terre » (BAMBRIDGE (Tamatoa), *op. cit.*, p. 88).

l'inapplicabilité du droit civil en la matière. Au final, près de 80 % des terres ayant fait l'objet d'un *tomité* à la fin du XIX^e siècle sont aujourd'hui en situation d'indivision¹.

Le maintien d'un état d'indivision généralisé présente un avantage économique certain pour les Polynésiens. En effet, le partage des biens fonciers autochtones par l'accession à la propriété individuelle aurait inéluctablement conduit à une juxtaposition de micro-propriétés qui aurait empêché toute exploitation rationnelle du sol. Seul un régime foncier permettant à tous les Autochtones vivant de l'agriculture d'avoir accès au maximum de terres utilisables pouvait effectivement garantir la survie d'exploitations agricoles viables². Dans ces conditions, l'application du droit foncier autochtone a permis d'éviter l'amputation d'un patrimoine foncier déjà réduit, même s'il a fallu pour cela perpétuer des solutions juridiques contraires au droit civil, et constitutives d'un pluralisme juridique extra-étatique.

Pour autant, cet état d'indivision engendre une situation juridique extrêmement confuse : quand l'indivision s'est prolongée pendant plusieurs générations, les *tomités* – quand ils existent – ne permettent pas toujours de délimiter les terres concernées ou d'identifier les véritables propriétaires³. Dans d'autres cas tout aussi nombreux, les titres de propriété écrits sont contestés par d'autres clans invoquant l'usucapion⁴. La multiplication exponentielle des litiges fonciers ces dernières décennies a provoqué un engorgement des juridictions locales, dont les moyens sont insuffisants pour faire face à la « crise foncière »⁵. Afin de régler plus efficacement ces litiges, une Commission de conciliation obligatoire en matière foncière a été instituée en 1996⁶ pour concilier les parties avant qu'un litige foncier ne soit porté devant le juge. La Commission connaît un succès certain, comme en témoigne le nombre croissant de saisines et de

¹ Voir CALINAUD (René), « Les principes directeurs du droit foncier polynésien », *Revue juridique polynésienne*, n° 7, 2001, pp. 741-750.

² En ce sens, voir RAVAUT (François), « L'origine de la propriété foncière des Iles de la Société : essai d'interprétation géographique », *Cahiers ORSTOM*, Vol. IX, n° 1, 1972, p. 24.

³ Quand ils existent et sont suffisamment précis, en revanche, les *tomités* sont considérés par le juge comme de véritables titres de propriété opposables aux tiers (Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1977, *Pai Poheros*, *Bull.* III, n° 298, p. 226 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 février 2000, *Tihoti Maro*, Inédit). Le juge administratif estime également que les titres de propriété enregistrés avant la signature du traité d'annexion de 1880 sont opposables à l'Etat et aux autorités locales, y compris s'ils s'appliquent sur des parties du domaine public (TA Papeete, 5 novembre 1991).

⁴ Pour exemple, voir CA Papeete, 28 février 2002, *Teritahi c. consorts Etaeta et autres*, *Revue juridique polynésienne*, n° 9, 2003, p. 136, note L. Griffon. Dans ces cas, le juge évalue la prescription acquisitive selon les critères qui prévalent en droit commun : CA Papeete, 2 mai 2002, *Tapu c. Parker*, *Revue juridique polynésienne*, n° 9, 2003, p. 138, note L. Griffon.

⁵ COPPENRATH (Gérald), *La terre à Tahiti et dans les îles : histoire de la réglementation foncière, perspectives d'avenir*, Papeete, Haere Po, 2003, pp. 215-236.

⁶ Loi n° 96-609 du 5 juillet 1996, *JORF*, 9 juillet 1996, p. 10308. Lorsque le juge civil est saisi d'un litige foncier, il renvoie d'office l'affaire à la Commission. Si, dans un délai de six mois à compter de sa saisine, la Commission n'a pu recueillir l'accord des parties, celles-ci peuvent alors saisir le tribunal de première instance. Voir CALINAUD (René), « Un organisme *sui generis* propre à la Polynésie française : la Commission de conciliation obligatoire en matière foncière », *Revue juridique polynésienne*, n° 10, 2004, pp. 477-483.

conciliations réalisées¹. Le législateur a néanmoins prévu en 2004 de lui substituer un tribunal foncier qui pourrait, en tant que véritable juridiction, trancher l'ensemble des litiges « relatifs aux actions réelles immobilières et aux actions relatives à l'indivision ou au partage portant sur des droits réels immobiliers »². Ce tribunal n'a cependant pas encore vu le jour, le gouvernement n'ayant pas adopté les mesures d'application nécessaires à sa mise en place³ ; pour l'heure, les litiges fonciers relèvent toujours de la compétence du tribunal de première instance.

La « crise foncière » est loin d'avoir pris une telle ampleur dans les autres collectivités ultra-marines. La raison en est simple : contrairement à la politique d'acculturation menée en Polynésie, les autorités étatiques ont choisi, en Nouvelle-Calédonie et en Guyane, de reconnaître les systèmes coutumiers de propriété collective du sol. Si cette reconnaissance résulte en Guyane du décret du 14 avril 1987⁴ qui permet aux Autochtones regroupés en associations ou en sociétés de bénéficier collectivement de cessions foncières, elle découle en Nouvelle-Calédonie d'un processus beaucoup plus ancien qui remonte à la période coloniale. En effet, en dépit de la spoliation des terres opérée par l'Administration coloniale, la propriété collective des terres réservées à l'usage des Mélanésiens a été consacrée par l'arrêté gubernatorial du 22 janvier 1868⁵. Après la décolonisation, ce principe a été réaffirmé à plusieurs reprises par les autorités locales et nationales. Ainsi, la délibération territoriale n° 67 du 10 mars 1959⁶ et l'ordonnance du 15 octobre 1982⁷ confirment la propriété collective des clans sur les terres de réserves, à charge pour les autorités claniques d'en régler l'usage et la répartition. S'agissant en revanche des terres transférées aux populations mélanésiennes au titre de la réforme foncière, le législateur a eu recours à une fiction juridique pour permettre aux clans de devenir propriétaires, sans pour autant leur conférer directement la personnalité juridique. La

¹ Entre juillet 1998 qui marque son entrée en fonction jusqu'à fin 2003, la Commission avait reçu plus de 2000 requêtes, avec un pourcentage de conciliations relativement satisfaisant eu égard à la complexité des litiges fonciers. Voir CALINAUD (René), *op. cit.*, p. 483.

² Article 17 de la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4213.

³ La loi du 27 février 2004 renvoie au Gouvernement le soin de déterminer, par ordonnance, l'organisation et le fonctionnement du tribunal foncier ainsi que le statut des assesseurs. Cette ordonnance aurait dû être prise au plus tard le dernier jour du seizième mois suivant la promulgation de la loi.

⁴ Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 (*JORF*, 16 avril 1987, p. 4316), complété par le décret n° 92-46 du 16 janvier 1992 (*JORF*, 17 janvier 1992).

⁵ Arrêté n° 13 du 22 janvier 1868 relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène, *Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1868, p. 17. Cet arrêté, suspendu par l'adoption du Code de l'indigénat, a été rétabli en 1946. Voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 149.

⁶ Délibération n° 67 de l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie du 10 mars 1959, relative au régime des réserves autochtones en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JONC*, 6/13 avril 1959.

⁷ Ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances (*JORF*, 17 octobre 1982, p. 3110).

loi référendaire du 9 novembre 1988¹ crée ainsi la formule du Groupement de Droit Particulier Local (GDPL), qui permet de regrouper les membres d'un même clan, voire de plusieurs clans, dans une structure juridique déclarée auprès des autorités locales². Comme l'indique l'ancien directeur de l'ADRAF, le Groupement de droit particulier local est une « construction juridique originale, conçue comme l'interface entre le droit commun (personne morale reconnue, inscrite au registre du commerce) et l'organisation coutumière car constitué de citoyens de statut civil particulier »³. De fait, si le GDPL a vocation à être, pour l'extérieur, un acteur juridique et économique classique, il est régi à l'intérieur par les règles coutumières propres au clan. Les terres attribuées au Groupement sont donc utilisées et réparties entre les membres du clan en vertu des coutumes foncières.

La loi organique du 19 mars 1999 ne modifie en rien cette organisation. Elle tend au contraire à la confirmer en disposant, en son article 6, qu'« en Nouvelle-Calédonie, le droit de propriété garanti par la Constitution s'exerce en matière foncière sous la forme de la propriété privée, de la propriété publique et des terres coutumières dont le statut est défini à l'article 18 »⁴. Si la distinction établie paraît claire sur le fond, la formulation choisie par le législateur suscite toutefois une certaine perplexité. Il paraît en effet curieux que l'article 6 évoque la propriété privée et la propriété publique, mais ne mentionne pas la propriété coutumière. En parlant de « terres coutumières », le législateur choisit de ne pas désigner la nature du droit reconnu mais uniquement son objet, évitant ainsi tout débat sur la nature des droits fonciers mélanésiens. Pour Régis Laforgue, ce choix sémantique permettrait de distinguer le droit qui s'exerce aujourd'hui sur les terres coutumières en Nouvelle-Calédonie, du « titre autochtone » (*native title*) reconnu au Canada, en Australie ou encore en Nouvelle-Zélande⁵. Dans ces Etats, le « titre autochtone » se conçoit en effet comme le droit que le premier occupant d'un territoire n'a cessé d'exercer en dépit de la colonisation⁶, dans des conditions inchangées depuis les origines. Il s'agit donc d'un droit traditionnel qui a

¹ Loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (*JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087), mise en application par le décret n° 89-570 du 16 août 1989 (*JORF*, 18 août 1989, p. 10359).

² En 1999, on recensait 69 GDPL, propriétaires de 26 900 hectares, qui étaient des émanations directes de tribus regroupant plusieurs clans, et 180 GDPL, propriétaires de près de 45 000 hectares, qui représentaient un clan en propre. Voir VLADYSLAV (Gérard), « L'identité fondée sur le lien à la terre : les réponses à la revendication foncière kanak en Nouvelle-Calédonie », in FABERON (Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 68.

³ VLADYSLAV (Gérard), « L'identité fondée sur le lien à la terre : les réponses à la revendication foncière kanak en Nouvelle-Calédonie », in FABERON (Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 68.

⁴ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁵ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, pp. 150-151.

⁶ Le titre indigène n'est donc reconnu que dans la mesure où le lien à la terre n'a jamais été interrompu par un acte créateur de droits concurrents ou par une voie de fait (expulsions, massacres) commis dans la période comprise entre la prise de possession du pays par la puissance coloniale et la période actuelle.

survécu à la colonisation, un droit *reconnu* en tant que tel par l'Etat et non *concedé* par l'Etat au cours d'un processus de repentance. En revanche, les droits fonciers reconnus aujourd'hui par la France aux Kanaks sont des droits modernes conférés à titre de compensation pour la spoliation dont ils ont été victimes pendant la période coloniale. A ce titre, ces droits ne sont que la reconstitution – souvent imparfaite – des droits fonciers traditionnels qui ont été implicitement éteints par l'arrêté gubernatorial du 22 janvier 1868¹. Force est toutefois de reconnaître qu'en établissant un droit de propriété spécifique, même si celui-ci ne recouvre pas totalement la conception traditionnelle de la propriété, l'Etat permet l'application de régimes juridiques coutumiers aux terres autochtones.

B. L'application de régimes juridiques coutumiers aux terres autochtones

Au-delà de son importance économique, la question des terres autochtones présente un intérêt juridique non négligeable pour la préservation de l'identité des populations concernées. En effet, le foncier constitue un domaine d'intervention privilégié des normes coutumières : en défendant la gestion coutumière de leurs terres, les collectivités autochtones permettent la survie de leurs ordres juridiques. Le droit foncier constitue ainsi un champ d'observation capital du pluralisme juridique en France : au-delà des droits de propriété différenciés qui témoignent de la pluralisation du droit étatique, il fait intervenir un pluralisme juridique parfois extra-étatique comme en Polynésie où les coutumes foncières sont appliquées sans être officiellement reconnues par l'Etat, parfois intra-étatique comme en Nouvelle-Calédonie, en Guyane, à Wallis et Futuna ou à Mayotte, où les systèmes coutumiers sont appliqués par les populations autochtones avec l'aval de l'Etat.

A Wallis et Futuna, le système foncier coutumier n'a jamais été remis en cause par l'Etat. Propriétaire exclusif et perpétuel des terres de Wallis, le *Lavelua* peut décider d'en confier la jouissance à certaines familles chargées ainsi de les gérer au mieux de l'intérêt et des besoins de la communauté². L'absence de cadastre est parfois source de conflits entre les familles. Toutefois, aucun tribunal de droit commun n'est compétent pour connaître des litiges liés à la question foncière. Le seul mode de résolution des conflits fonciers est le mode coutumier : les difficultés nées de l'interprétation ou de l'application de la coutume sont renvoyées vers les autorités coutumières. Cette prégnance de la coutume, conjuguée à l'incertitude sur les

¹ Arrêté n° 13 du 22 janvier 1868, *Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1868, p. 17. Il faut en effet considérer cet arrêté non comme un acte déclaratif mais comme un acte créateur de droits fonciers que le colonisateur concède au colonisé en les amputant au passage – sous prétexte de protéger ses titulaires – d'une prérogative essentielle : l'*abusus*.

² Sur ce point, voir DECKKER (Paul de), KUNTZ (Laurence), *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 129-130.

véritables propriétaires des droits réels et à l'impossibilité d'hypothéquer ou d'apporter des terres en capital ou comme caution, constituent à l'évidence autant de freins au développement économique ¹.

A Mayotte, l'Administration coloniale n'a pas non plus bouleversé les logiques foncières ni cherché à s'approprier les terres autochtones. Pour cette raison, le droit foncier traditionnel est resté applicable pendant longtemps ² ; cette situation soulevait d'autant moins de problèmes avec les métropolitains que le droit islamique, qui marque fortement le droit foncier mahorais, connaît la propriété privée selon une logique qui n'est pas très éloignée de celle du Code civil. Toutefois, dans le cadre du processus de départementalisation de la collectivité, les autorités cherchent depuis quelques années à rendre le droit foncier plus lisible, notamment par l'instauration d'un cadastre ³. L'Etat a également entrepris d'étendre à Mayotte le droit commun applicable en matière foncière ⁴, réduisant ainsi progressivement les spécificités résultant de l'application du droit musulman.

En Nouvelle-Calédonie, la politique de cantonnement des populations kanakes menée pendant la période coloniale a conduit à réduire leur domaine foncier mais également – et de manière paradoxale – à préserver leurs coutumes foncières. L'arrêté gubernatorial du 22 janvier 1868 ⁵ qui consacre la propriété collective des terres de réserves soustrait en effet ces terres au droit commun de la propriété, reconnaissant ainsi l'applicabilité des usages autochtones en la matière. C'est ce que confirme la loi organique du 19 mars 1999 en disposant en son article 18 alinéa 1^{er} que « sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier » ⁶. Cette disposition appelle toutefois quelques remarques. En premier lieu, les « terres coutumières » désignées par la loi organique ne se limitent pas aux seules terres de réserves régies par l'arrêté de 1868. Suivant les orientations de l'Accord de Nouméa ⁷, le législateur précise en effet que « les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par

¹ Ce problème apparaît dans d'autres Etats du Pacifique, comme Fidji ou Vanuatu. Il était également mentionné dans les études relatives aux terres des Premières Nations du Canada, avant que n'intervienne une réforme d'envergure à cet égard. Sur ce dernier point, voir LAJOIE (Andrée) et al., « La réforme de la gestion des terres des Premières Nations : pour qui ? », *Politique et Sociétés*, Vol. 23, n° 1, 2004, pp. 33-57.

² GARDE (François), « Les Autochtones et la République », *RFDA*, 1999, p. 5.

³ Décret n° 93-1088 du 9 septembre 1993 relatif à l'établissement et à la conservation d'un cadastre parcellaire à Mayotte, *JORF*, 16 septembre 1993, p. 12944.

⁴ Voir les ordonnances n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de diverses dispositions de droit civil (*JORF*, 21 décembre 2002, p. 21363) et n° 2005-870 du 28 juillet 2005 portant adaptation de diverses dispositions relatives à la propriété immobilière à Mayotte (*JORF*, 29 juillet 2005, p. 12393).

⁵ Arrêté n° 13 du 22 janvier 1868 relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène, *Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1868, p. 17.

⁶ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁷ Point 1.1 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers »¹. Ainsi, la définition des terres soumises au droit coutumier a été élargie, pour envisager toutes les hypothèses de possession des terres par les Mélanésiens et permettre ainsi une application cohérente des différents régimes fonciers. En second lieu, il faut remarquer le lien opéré entre le statut civil du propriétaire et le statut des biens immobiliers : conformément à l'Accord de Nouméa, c'est désormais le statut coutumier du propriétaire qui permet de distinguer « les biens situés dans les “terres coutumières” [...], qui seront appropriés et dévolus en cas de succession selon les règles de la coutume, et ceux situés en dehors des terres coutumières qui obéiront à des règles de droit commun »².

Outre ces précisions quant à l'applicabilité du régime foncier mélanésien, la loi organique du 19 mars 1999 confirme le régime dérogatoire des terres coutumières en affirmant leur caractère « inaliénable, incessible, incommutable et insaisissable »³. L'objectif affiché de ce régime spécifique est de protéger la propriété mélanésienne, afin d'éviter toute dilapidation ou toute dépossession des terres coutumières. D'après le rapporteur du projet de loi organique, ce régime « rend ainsi compte de la nature juridique toute spécifique des terres coutumières qui dérogent à la notion de propriété classique »⁴. Pour autant, retirer aux clans le droit d'abusus n'est pas sans présenter certains inconvénients. En effet, comme l'indique Gilda Nicolau, déclarer les terres kanakes incessibles et inaliénables « contredit *de facto* ce qui caractérise précisément la propriété »⁵. Une telle distinction entre la propriété de droit commun et la propriété coutumière fait coexister sur un même territoire des terres librement cessibles et des terres inaliénables et pourrait donc aboutir à « la consécration d'une incapacité d'exercice ou de jouissance d'une partie de la population »⁶. Par ailleurs, l'inaliénabilité des terres coutumières implique que ces terres ne peuvent être grevées d'aucune servitude ni d'aucun droit réel accessoire constitutif d'une sûreté. De ce fait, les terres claniques ne peuvent servir de garantie aux engagements souscrits par les communautés

¹ Article 18 alinéa 1^{er} de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.*

² Point 1.1 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *précit.*

³ Article 18 alinéa 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.* A cet égard, le législateur ne fait que reprendre les termes de l'arrêté gubernatorial n° 13 du 22 janvier 1868 (*précit.*) et de la délibération territoriale n° 67 du 10 mars 1959 relative au régime des réserves autochtones, laquelle disposait que « les réserves autochtones sont la propriété incommutable, insaisissable et inaliénable des tribus auxquelles elles ont été affectées. Elles ne peuvent être désaffectées sans le consentement des organes coutumiers » (*JONC*, 6/13 avril 1959).

⁴ DOSIERES (René), *Rapport sur le projet de loi organique relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Rapport n° 1275, Ass. nat., 16 décembre 1998, p. 56.

⁵ NICOLAU (Gilda), « La propriété foncière. Eloge du terrain », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 148.

⁶ *Ibid.*

mélanésiennes, notamment à d'éventuels prêts bancaires qui seraient pourtant nécessaires à la mise en place de projets de développement local ¹.

Au-delà des difficultés engendrées par le caractère inaliénable des terres kanakes, l'application du droit coutumier sur ces terres suscite des contraintes et des incertitudes juridiques néfastes au développement et à l'aménagement fonciers. Ainsi, le moindre investissement doit être approuvé par palabre recueillant l'accord de tous les membres du clan propriétaire. D'autre part, certaines règles de droit commun demeurent applicables sur les terres coutumières mais il est difficile d'en cerner l'assise juridique : les règles d'urbanisme n'y semblent pas opposables, bien que la desserte des habitations doive être assurée par les communes ². Le statut des terres mélanésiennes semble donc constituer un frein au développement économique local, alors même que ce développement économique paraît de plus en plus indispensable dans la perspective de l'accession à la pleine souveraineté. De fait, l'indépendance politique d'un Etat se mesure aussi à son indépendance économique. Il serait donc utile, dans cette optique, de trouver une solution juridique permettant de concilier le développement des milliers d'hectares de terres coutumières, tout en préservant le droit coutumier. La Fédération des Comités de Coordination des Indépendantistes ³ suggère à cet égard la création d'un fonds de garantie qui permettrait aux investisseurs d'obtenir une garantie pour des engagements importants. Quelle que soit la solution adoptée, elle relèvera de la compétence des autorités locales, l'évolution du statut juridique des terres coutumières entrant désormais dans le domaine des lois du pays ⁴. Cette question est cruciale pour l'avenir, car si la propriété privée individuelle est majoritaire dans la province sud, les clans sont propriétaires de l'essentiel des terres dans le reste de l'archipel ⁵.

La question foncière témoigne donc pleinement, au final, des tensions permanentes entre la préservation des particularismes juridiques et l'adaptation du droit aux nouveaux besoins des populations locales. La France tient désormais compte des spécificités foncières autochtones en reconnaissant la propriété privée régie par le

¹ À défaut de sûretés réelles, les banques peuvent disposer de sûretés personnelles (cautions) sur un ou plusieurs membres du clan auquel appartient l'emprunteur, sur autorisation du chef du clan. Voir la délibération n° 253 de l'Assemblée Territoriale de Nouvelle-Calédonie du 28 octobre 1970, relative à la constitution de droits fonciers et à l'incitation à la construction de maisons d'habitation dans les réserves autochtones, *JONC*, 6 novembre 1970.

² Les problèmes découlant de cette application variable du droit commun sur les terres coutumières a été mis en exergue dans un rapport de février 2006 : RIERA (Ramiro), DUBOIS (Pierre), *Le logement social en Nouvelle-Calédonie*, Rapport au Ministère de l'Équipement, février 2006, pp. 40-44 (http://www2.equipement.gouv.fr/rapports/themes_rapports/habitat/2005-0292-01.pdf)

³ La FCCI est un parti politique indépendantiste modéré, créé en 1998 par des dissidents du FLNKS.

⁴ Ces lois étant obligatoirement soumises pour avis au Conseil consultatif coutumier (articles 99 et 142 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197). Au 1^{er} septembre 2007, aucune loi du pays n'avait été adoptée en Nouvelle-Calédonie en matière de terres coutumières.

⁵ En province nord, 59 % des terres appartiennent aux clans ; ce chiffre monte à plus de 95 % dans la province des Iles. Voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 147.

droit coranique à Mayotte, la propriété coutumière en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna, et la propriété collective des communautés d'habitants de la forêt guyanaise. Au regard de ces différents régimes spécifiques, il semble que les droits fonciers dont jouissent certaines collectivités autochtones en France ne sont pas si éloignés de l'autonomie foncière accordée aux primo-occupants dans d'autres Etats ¹. La reconnaissance de ces différentes formes de « droit à la terre » n'a toutefois pas mis un terme à la question foncière. En effet, si la reconnaissance de droits fonciers spécifiques présente un enjeu économique certain, elle revêt également un aspect politique non négligeable. Comme l'indique le Professeur Otis, il y a souvent « superposition juridique du foncier et du politique puisque le rapport traditionnel à la terre fonde simultanément le titre foncier et une territorialité de droit public. La terre accède alors au statut de territoire ; la collectivité « propriétaire » acquiert *ipso jure* la qualité de corps politique » ². L'affirmation des droits fonciers autochtones serait ainsi le préalable à l'acquisition d'une véritable autodétermination interne sur le territoire obtenu, impliquant l'exercice par les populations autochtones elles-mêmes d'un pouvoir de décision en matière de développement, de gestion et d'exploitation des ressources naturelles. C'est précisément ce que revendique le Comité autochtone de gestion des ressources naturelles (CAUGERN) en Nouvelle-Calédonie, en insistant sur le renforcement de l'autorité des pouvoirs coutumiers en lieu et place des institutions locales ³. De telles revendications ne paraissent d'ailleurs pas surprenantes sur le plan juridique : au-delà des droits culturels et des droits fonciers, le droit collectif par excellence n'est-il pas le droit à l'autodétermination ?

Conclusion du chapitre 2

Dans l'une de ses nombreuses publications sur le multiculturalisme, le Professeur Kymlicka affirme que la résurgence des revendications politiques des minorités résulte directement de l'insuffisance des droits identitaires reconnus en leur faveur ⁴. Autrement dit, dans les États où les droits identitaires sont pris en compte et garantis, les prétentions en matière de souveraineté politique seraient moins radicales. La solution au séparatisme des minorités nationales pourrait donc résider dans l'établissement de droits collectifs visant à préserver les identités culturelles,

¹ A la différence toutefois que les droits fonciers autochtones en France ne sont pas protégés par la Constitution, contrairement au Canada où le titre autochtone est inscrit dans la Loi fondamentale depuis la révision de 1982 (art. 35) ; désormais, le gouvernement fédéral canadien ne peut modifier ces droits territoriaux que par traité signé avec les Premières Nations concernées. En France, seule la minorité kanake se trouve dans cette situation privilégiée, du fait de la constitutionnalisation de l'Accord de Nouméa en 1998.

² OTIS (Ghislain), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 47, n° 4, 2006, p. 799.

³ A cet égard, voir DEMMER (Christine), « Une nouvelle stratégie kanake », *Vacarme*, n° 39, printemps 2007 (<http://www.vacarme.eu.org/article1306.html>).

⁴ KYMLICKA (Will), *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, p. 165.

religieuses ou ethniques : selon un paradoxe qui n'est qu'apparent, l'intégration des groupes différenciés passerait par une plus grande reconnaissance de leurs différences.

Bien qu'elle conserve un discours égalitariste, la France semble s'orienter dans cette voie, en octroyant des droits identitaires à certains individus, voire à certains groupes. Comme l'indique le Professeur Lochak, « le refus du principe de la différence, jamais démenti, coexiste de plus en plus nettement avec une gestion pragmatique des différences, qui sont désormais non plus seulement tolérées mais reconnues, voire institutionnalisées. Si la revendication d'un droit à la différence se heurte encore à une conception de l'égalité assimilée à l'uniformité, on n'en voit pas moins apparaître un véritable droit de la différence »¹.

Le droit français s'ouvre donc progressivement au multiculturalisme², en s'engageant dans un processus de « spécification des droits » tendant à la reconnaissance de droits répondant à des statuts ou des intérêts spécifiques³. L'objet de ces nouveaux droits est d'accéder à l'égalité non par l'assimilation, mais par la différenciation. L'approche de l'égalité se trouve ainsi modifiée : il ne s'agit plus pour les individus minoritaires d'être traités en égaux malgré la différence, mais bien d'être traités différemment par le bénéfice de droits différenciés. Désormais, « l'égalité exprime positivement l'appartenance des individus à une pluralité d'entités sociales ; elle permet à chacun de jouer à l'infini de cette pluri-appartenance qui vient s'abstraire dans la qualité de citoyen »⁴.

CONCLUSION DU TITRE 1

La France aurait pu se contenter, en adéquation avec son discours officiel, de s'en remettre au juge pour assurer le respect du principe de non-discrimination. Elle a toutefois choisi de franchir un pas supplémentaire vers la reconnaissance d'un droit des minorités, en instituant des droits dérogatoires au profit de certains groupes ou de leurs membres. Ce choix traduit une avancée vers « un véritable multiculturalisme français, multiculturalisme qui se déploie [...] outre-mer mais qui trouve également [...] son espace de réalisation dans la métropole »⁵. Cette ouverture au multiculturalisme demeure certes hésitante⁶ mais la différenciation effective du droit

¹ LOCHAK (Danièle), « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET (Alain), SOULIER (Gérard) dir., *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-112.

² ROULAND (Norbert), « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, n° 46, 2000, pp. 519-545.

³ A cet égard, voir DE LUCAS (Javier), « Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles) », *RIEJ*, n° 33, 1994, pp. 2-3.

⁴ FENET (Alain), « La question des minorités dans l'ordre du droit », in CHALIAND (Gérard) dir., *Les minorités à l'âge de l'Etat nation*, Paris, Fayard, 1985, p. 62.

⁵ AMSELLE (Jean-Loup), *Vers un multiculturalisme français : l'empire de la coutume*, Paris, Aubier, 1996, pp. 177-178.

⁶ Olivia Bui-Xuan parle ainsi de la « schizophrénie » des autorités étatiques qui nient officiellement l'existence en France de quelque minorité que ce soit, tout en adoptant des mesures tendant à préserver,

de l'Etat place désormais le système français « quelque part entre le modèle politique libéral classique et le modèle libéral multiculturel »¹.

Cette évolution se traduit par une transformation subséquente de la citoyenneté. Le citoyen ne répond plus à la définition classique de « membre d'une communauté politique territoriale, titulaire de droits et soumis à des obligations uniformes »², mais peut désormais bénéficier de droits différenciés dans le cadre de la République. Ce n'est plus un homme abstrait détaché de ses particularités culturelles, linguistiques ou religieuses, mais un individu appréhendé dans sa complexité et dans ses diverses appartenances. Dès lors, le concept de citoyenneté ne peut plus se cantonner à la seule dialectique des droits et des devoirs, elle doit intégrer la notion de dignité humaine, qui suppose le respect de la diversité culturelle des citoyens.

Dans une étude sur l'ouverture de la France au multiculturalisme, le Professeur Chérot pose toutefois une question qui laisse entrevoir les écueils d'une telle dynamique : « le paradigme pluriculturel n'est-il pas un refus nouveau du métissage ? »³. Il est vrai que l'insertion des notions d'identité, de différence et d'altérité dans le droit sont sources de confusion car elles renvoient à la question cruciale de la distinction, qui implique une forme de catégorisation des individus⁴. En ce sens, la reconnaissance d'un droit à l'identité présente le risque d'enfermer les individus dans l'obligation de répondre de leur identité. Il serait alors paradoxal que l'évolution du droit positif ait pour effet d'enfermer l'individu minoritaire dans une alternative entre sa liberté personnelle et son appartenance identitaire.

La reconnaissance plus affirmée du multiculturalisme ne doit toutefois pas être assimilée à une inéluctable progression vers la fragmentation. Deux éléments permettraient même de soutenir le contraire. En premier lieu, l'émergence d'un droit à la différence (ou d'un droit *de* la différence⁵) dont les contours ne sont pas encore bien définis conduit à s'interroger sur l'apparition concomitante de principes plus souples tels que celui de tolérance ou d'équité. L'édiction de droits différenciés en France pourrait en effet traduire un changement de référentiel du droit public, fondé

voire à valoriser la différence (BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, p. 457).

¹ ROULAND (Norbert), « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, n° 46, 2000, p. 526.

² LECA (Jean), « Citoyen », in DUHAMEL (Olivier), MENY (Yves) dir., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 143.

³ CHEROT (Jean-Yves), « L'Etat pluriculturel : approche introductive de droit constitutionnel », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 33.

⁴ Le Professeur Koubi indique ainsi à juste titre que la différence, même revendiquée, « suppose une disjonction, une dissension, une distanciation ; elle confirme la séparation, la désunion » (KOUBI (Geneviève), « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 268).

⁵ Pour reprendre les termes de LOCHAK (Danièle), « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET (Alain), SOULIER (Gérard) dir., *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 112.

sur ces nouveaux principes. Celui d'équité, en particulier, semble empiéter de plus en plus sur le principe d'égalité. L'équité suppose une « atténuation, [une] modification apportée au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières »¹. La multiplication des mesures adaptées à la spécificité de certaines catégories de la population traduit donc une véritable prise en compte de l'équité par les autorités normatives et juridictionnelles.

En second lieu, cette évolution différencialiste du droit est révélatrice du dépassement, par les autorités et la société françaises, de la « surdétermination » qui les caractérise. Le concept de surdétermination, développé par le Professeur Timsit², repose sur l'hypothèse que « la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découle un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité »³. Dès lors, chaque acteur de la production du droit (le législateur qui l'édicte, le juge qui l'interprète mais aussi le citoyen qui l'applique) est influencé, ou « surdéterminé » par ces valeurs. La surdétermination implique donc que l'édiction, l'interprétation et l'application des règles de droit s'opèrent dans le respect des valeurs dominantes. Si l'on adopte cette hypothèse séduisante, la surdétermination du législateur français marqué par les valeurs d'unité et d'égalité constitue un sérieux obstacle à la reconnaissance juridique des spécificités minoritaires. Dès lors, la différencialisation manifeste du droit témoigne donc de la possibilité, pour les autorités étatiques, de s'affranchir de la surdétermination et de s'ouvrir au pluralisme.

¹ CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, v° « Equité ».

² Voir TIMSIT (Gérard), « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, pp. 39-75 ; *Les noms de la loi*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991, pp. 151-179. Ce concept a ensuite été repris par plusieurs auteurs. Voir notamment LAJOIE (Andrée), « Surdétermination », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, pp. 85-92.

³ LAJOIE (Andrée), « Surdétermination », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, p. 85.

- TITRE II-

L'HÉTÉROGÉNÉISATION DU DROIT DANS L'ÉTAT

L'étude du pluralisme du contenu du droit en France serait incomplète si elle s'en tenait à l'analyse du seul droit étatique. De fait, les règles de droit applicables aux citoyens français sur le territoire national ne se limitent pas aux règles édictées par l'Etat ; elles comprennent également les règles qui, édictées par des collectivités juridiques non-étatiques, bénéficient d'une reconnaissance officielle. Il faut donc tenir compte de l'ensemble de ces règles de droit positif, quelle que soit leur origine, pour déterminer pleinement la portée du pluralisme juridique en France.

Le pluralisme du droit positif résulte essentiellement de deux phénomènes dont les ressorts ont été évoqués précédemment. Le premier d'entre eux est la coexistence de multiples sources de droit : la reconnaissance par l'Etat d'ordres juridiques minoritaires reflétant des cultures juridiques différentes, voire parfois antagonistes avec la culture juridique nationale, conduit inévitablement à la coexistence, au sein du droit positif, de normes disparates. La seconde cause du pluralisme du droit positif réside dans la différenciation du droit étatique : la production par l'Etat de règles spécifiques au bénéfice de certaines catégories de citoyens conduit à la mise en œuvre de normes là encore disparates. C'est précisément l'accroissement de cette disparité matérielle des normes juridiques qui caractérise l'hétérogénéisation du droit applicable en France. La multiplication des sources de droit et la différenciation du droit étatique ont entraîné la formation d'un droit positif composite, amalgamant des normes hétéroclites.

La notion d'hétérogénéité n'a toutefois pas bonne presse parmi les juristes français. Cette résistance doctrinale est aisément compréhensible au regard de la signification théorique et des implications pratiques de l'hétérogénéité. S'agissant d'abord de sa signification, le dictionnaire de la langue française définit comme « hétérogène » tout ensemble « qui n'a pas d'unité »¹. Le terme s'oppose donc aux idées d'ordre, de cohérence, de hiérarchie : un ordre juridique hétérogène, *a fortiori* dans un Etat unitaire, apparaît donc au mieux comme un oxymore, au pire comme une absurdité. Dans les deux cas, il ne peut que générer des conflits de normes qui sont d'autant plus préjudiciables à l'ordonnement juridique que leur résolution est généralement difficile². S'agissant ensuite de ses implications pratiques, la notion

¹ *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, v° Hétérogène - 3°.

² En témoigne la complexité du droit international privé, dont l'objet est de résoudre les conflits de lois interétatiques. Voir notamment MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, pp. 61-80.

d'hétérogénéité du droit heurte de front le principe de sécurité juridique¹. En effet, comme a pu l'indiquer le Professeur Rivero, « le droit [...] a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer »². Cette exigence de prévisibilité et d'identification du droit est au fondement même de la sécurité juridique³. Or, la diversification de l'origine, du contenu et du champ d'application des normes en vigueur au sein du système juridique français entraîne inéluctablement une complexification du système normatif⁴ et, par suite, des incertitudes quant au droit applicable par un individu dans une situation donnée⁵.

Afin de limiter cette insécurité juridique et de garantir la cohérence – sinon l'unité – de l'ordre juridique national, les autorités étatiques ont logiquement entrepris de cantonner les différentes formes de pluralisme juridique, par le biais de mécanismes institutionnels ou normatifs qui sont autant de limites à l'hétérogénéisation du droit dans l'Etat. De ce fait, si l'hétérogénéisation du droit positif est désormais effective (Chapitre 1), elle n'en demeure pas moins encadrée (Chapitre 2).

* *
*
*
*

Chapitre 1 - L'hétérogénéisation effective du droit positif

Chapitre 2 - L'hétérogénéisation encadrée du droit positif

¹ Principe introduit dans l'ordre juridique français en 2006, en tant que norme de référence du contrôle de légalité (CE, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, *Leb.*, p. 154 ; *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Y. Aguila ; *AJDA*, 2006, p. 841, note B. Mathieu et p. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; *Dalloz*, 2006, p. 1190, note P. Cassia). Jusqu'alors, les juridictions françaises se référaient à la sécurité juridique en tant que principe du droit communautaire (pour exemples, voir CE, 16 mars 1998, *Association des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires*, *Leb.*, p. 84 ; CE, 11 juillet 2001, *FNSEA et autres*, *Leb.*, p. 340 ; *RFDA*, 2002, p. 33, concl. F. Séners, note L. Dubouis).

² RIVERO (Jean), « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, chron., 1951, p. 100.

³ Voir CESARO (Jean-François), « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *Droit social*, 2006, p. 734. Voir également Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 272-273.

⁴ Ainsi, pour le Professeur Thiellay, la possibilité pour les collectivités ultra-marines d'adapter le droit national et d'adopter des normes dans le domaine de la loi constitue une menace pour la sécurité juridique, dans la mesure où « le risque de complexifier encore davantage le droit applicable localement est loin d'être négligeable » (THIELLAY (Jean-Philippe), « Les lois organique et ordinaire portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer du 21 février 2007 », *AJDA*, 2007, p. 632). Ce constat est repris dans le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006 (*op. cit.*, p. 253). Voir également GOHIN (Olivier), « Désordre normatif et droit de la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, n° 68, 2006, pp. 121-128.

⁵ En témoigne l'arrêt CE Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 475 ; *AJDA*, 2005, p. 2095, note M.-C. de Montecler ; *RFDA*, 2005, p. 1129, concl. C. Vérot.

- CHAPITRE 1-

L'HÉTÉROGÉNÉISATION EFFECTIVE DU DROIT POSITIF

Il est tentant, pour montrer l'hétérogénéisation effective du droit positif, de recourir à un cas pratique que l'on complexifierait à l'envi. Prenons ainsi l'exemple d'un citoyen français né en 1965 à Mayotte et relevant du statut personnel coutumier. Cet homme émigre en Nouvelle-Calédonie et y rencontre une Wallisienne bénéficiant elle aussi d'un statut coutumier, qu'il épouse en 1985. Leur premier enfant naît deux ans plus tard. Faute de pouvoir trouver un emploi en raison des restrictions d'accès à l'emploi local, notre homme se résout à partir en métropole, laissant provisoirement sa famille en Nouvelle-Calédonie. Arrivé à Strasbourg, il fait la connaissance d'une Mahoraise elle-même installée en Alsace depuis plusieurs années, qu'il décide, en vertu du droit coutumier mahorais, d'épouser en 1989 dans le respect des règles de droit local en matière de régime matrimonial. En 1992, un enfant naît de cette deuxième union et en 1996, l'homme décide de rentrer avec sa famille à Mayotte, où il envisage de faire venir également sa première épouse et leur enfant.

Cette situation, dont la complexité n'a rien à envier aux grandes affaires du droit international privé¹, est révélatrice du chevauchement des normes de droit susceptibles de s'appliquer sur le territoire national à un citoyen français. Elle dévoile également les multiples questions soulevées par la coexistence de différents ordres juridiques en France. Quels sont les critères d'application d'un ordre juridique minoritaire ou de l'ordre juridique étatique à une situation, un acte ou un litige particulier ? Comment déterminer l'appartenance d'un individu, en particulier d'un enfant, à une collectivité juridique ? Un individu peut-il décider quel droit lui est applicable ? Quelles sont les règles applicables aux actes ou aux litiges dont les parties appartiennent à des collectivités juridiques différentes ? Comment déterminer à quels individus et/ou sur quel territoire un ordre juridique minoritaire est applicable ?

De manière générale, la doctrine s'intéresse peu à ces questions de droit et le législateur n'intervient que très ponctuellement. C'est donc au juge que revient la tâche de régler, au cas par cas, les litiges nés du pluralisme juridique. Cette tâche s'avère d'autant plus malaisée que l'hétérogénéisation du droit positif se manifeste à deux niveaux. Le premier concerne le champ d'application des normes : l'existence de droits locaux, la reconnaissance de statuts coutumiers, l'application du principe de spécialité législative supposent que les règles de droit édictées à ces occasions ne

¹ Pour exemple, voir l'affaire *Patino*, qui a donné lieu à de très nombreuses décisions en France et à l'étranger (Cass. civ., 15 mai 1963, *JDI*, 1963, p. 1016, note P. Malaurie ; *JCP*, 1963, II, n° 13365, note H. Motulsky ; *RCDIP*, 1964, p. 532, note P. Lagarde). Voir ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n° 38-39, pp. 330-348.

soient applicables ni à l'ensemble des citoyens français, ni sur la totalité du territoire national. Ceci est vrai pour les droits particuliers mais concerne également le droit étatique, dont la généralité se trouve restreinte précisément par l'existence de droits spécifiques. En second lieu, l'hétérogénéisation touche le contenu même du droit positif. Si l'on adopte une approche axiologique du droit, tout ordre juridique reflète la culture du groupe qui l'a généré et est porteur de valeurs propres à ce groupe. Dès lors, son intégration par un ordre juridique étranger n'est pas sans incidence sur le contenu matériel des deux ordres juridiques en présence.

L'existence en France de collectivités juridiques minoritaires, qu'elles soient productrices ou sujets de droits spécifiques, entraîne donc la formation d'un droit positif caractérisé par un champ d'application variable (section 1) et un contenu matériel composite (section 2).

SECTION 1. UN CHAMP D'APPLICATION VARIABLE

De manière générale, le principe d'universalité de la loi consacré à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹ voudrait que toute norme en vigueur dans l'Etat s'applique à tout citoyen français, sur la totalité du territoire national. En théorie, toute norme édictée ou reconnue par l'Etat devrait donc recevoir une application générale, sans distinction en fonction des personnes ou du lieu. Or, l'existence de droits particuliers – coutumiers, locaux ou différenciés – met à mal l'idée même de la généralité du droit positif. Des règles juridiques en vigueur peuvent en effet n'être applicables que dans certaines parties du territoire, ou ne contraindre que certaines catégories de citoyens.

Au demeurant, cette variabilité du champ d'application du droit au sein d'une même entité politique n'est pas un phénomène nouveau. Historiquement, le haut Moyen Age se caractérisait par le système de la personnalité des lois : dans les royaumes mérovingien et carolingien où coexistaient plusieurs ethnies différentes (Romains, Francs, Goths), chacune d'entre elle était régie selon ses coutumes, et chaque individu jugé selon le droit de son groupe². Ce système a progressivement laissé place à l'organisation seigneuriale, marquée par le système de territorialité des lois. Dès le VIII^e siècle, les habitants du royaume ne se définissent plus selon leurs origines ethniques mais de plus en plus par rapport au lieu où ils vivent : le droit se territorialise, marqué par une grande diversité selon les provinces³. L'affirmation de l'Etat dès le XVI^e siècle met fin à ces particularismes juridiques : les coutumes seigneuriales font place à l'ordre juridique étatique auquel les habitants du royaume

¹ « [La loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse [...] ».

² CARBASSE (Jean-Marie), *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2003, pp. 95-100.

³ CARBASSE (Jean-Marie), *op. cit.*, pp. 105-118.

sont universellement et uniformément assujettis. L'étatisation du droit n'a toutefois pas fait disparaître le pluralisme juridique ; au contraire, elle a ouvert la voie au développement de droits particuliers reconnus par l'Etat ¹.

A l'heure actuelle, ces droits particuliers peuvent encore être classés en fonction de leur champ d'application. Certains, à l'exemple des droits locaux ou des droits fonciers autochtones, ne peuvent être mis en oeuvre que dans le cadre d'une région déterminée du territoire de l'Etat ; d'autres, comme les statuts coutumiers ou les droits différenciés s'appliquent uniquement aux membres de certaines collectivités minoritaires, où qu'ils se trouvent sur le territoire national. Cette hétérogénéité des champs d'application des ordres juridiques minoritaires permet d'opérer une nouvelle classification des différentes formes de pluralisme juridique, distinguant le pluralisme juridique *ratione loci* du pluralisme juridique *ratione personae*. Le premier concerne les cas où un territoire infra-national se trouve régi par un droit différent de celui de l'Etat central ; cette forme de pluralisme résulte du phénomène de régionalisation du droit (§ 1). Le pluralisme juridique *ratione personae* regroupe quant à lui les cas où deux personnes sur un même territoire sont soumises à des droits différents ; de telles situations découlent de la personnalisation du droit (§ 2).

§ 1. La régionalisation du droit

Bien qu'elle porte atteinte au principe d'égalité des citoyens dans la loi et à l'unité d'application du droit sur l'ensemble du territoire national, la régionalisation normative a plutôt bonne presse dans la doctrine française ². Comme l'indique le Professeur Madiot, l'adoption ou la reconnaissance d'un « droit territorialement adapté », dont l'étendue et le contenu se modulent en fonction des régions où il s'applique, permet d'« atténuer le monolithisme du droit, [de] l'adapter à la diversité des situations géographiques et donc à la diversité des situations quotidiennes des administrés » ³. Elle permet de « prendre en compte la diversité des territoires et leurs spécificités historiques, culturelles et économiques » ⁴.

Les causes de la régionalisation du droit positif sont nombreuses. Certaines découlent de l'histoire, comme la survivance d'un droit local spécifique en Alsace-

¹ En ce sens, voir BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 17.

² Cette problématique a été jusqu'ici développée essentiellement en rapport avec la politique d'aménagement du territoire qui peut entraîner des différences de traitement entre les collectivités territoriales afin d'assurer à l'égalité entre les citoyens sur l'ensemble du territoire national (voir ROUSSEAU (Dominique), « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995, pp. 876-883). Il ne s'agit toutefois pas ici d'envisager la région (au sens large) comme objet de droits ou de moyens spécifiques dans une perspective de rétablissement de l'équilibre territorial national, mais de la considérer simplement comme le support territorial infra-étatique de l'application d'ordres juridiques et/ou de droits particuliers.

³ MADIOT (Yves), « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, pp. 956 et 952.

⁴ MADIOT (Yves), *op. cit.*, p. 950.

Moselle. D'autres résultent de la prise en compte des spécificités locales, comme la mise en œuvre du principe de spécialité législative dans les COM ou la possibilité d'adaptations normatives reconnues aux DOM. D'autres enfin sont le fruit du processus de décentralisation, lequel « postule une "territorialisation" des compétences qui est de nature à modifier sensiblement la perception et donc le traitement des problèmes locaux »¹. Ainsi, en accroissant les compétences des collectivités territoriales et en renforçant la démocratie locale, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003² n'a pu qu'accentuer la régionalisation normative.

Cette limitation géographique du droit positif concerne tous les niveaux de la pyramide des normes. Elle concerne au premier chef les actes réglementaires, les collectivités territoriales disposant désormais en propre d'un pouvoir réglementaire local constitutionnellement garanti³. Elle concerne également les lois, qui peuvent n'être applicables qu'à certaines parties du territoire national⁴ ou faire l'objet d'adaptations par certaines collectivités territoriales. Elle concerne enfin – là n'est pas le moindre paradoxe – les normes constitutionnelles elles-mêmes, dont l'application est désormais territorialement différenciée. Ainsi, l'article 74 ne concerne que les collectivités d'outre-mer expressément désignées, tandis que les articles 76 et 77 ne s'appliquent qu'à la Nouvelle-Calédonie.

Il existe donc de plus en plus de règles de droit positif – quelle que soit leur origine et quel que soit leur rang dans la hiérarchie normative – dont l'application territoriale se trouve limitée et qui sont, de ce fait, constitutives de « droits locaux ». Il ne s'agit pas ici de revenir sur les mécanismes qui ont présidé à leur émergence, mais bien d'étudier la portée de ces droits locaux qui fragmentent l'espace normatif national. Leur existence (A) et leur devenir (B) sont d'autant plus à prendre en considération qu'ils déterminent l'étendue du pluralisme juridique *ratione loci* en France.

A. L'existence de droits locaux

Depuis le XIX^e siècle, l'outre-mer est le terrain privilégié des droits locaux. Chaque collectivité ultra-marine, DOM ou COM, est en effet soumise à des règles de droit qui lui sont propres et qui diffèrent plus ou moins des règles métropolitaines portant sur des objets semblables, en vertu du principe de spécialité ou des possibilités

¹ MADIOT (Yves), *op. cit.*, p. 950.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

³ Aux termes de l'article 72 alinéas 3 et 4, de l'article 73 alinéa 3 et de l'article 74 de la Constitution.

⁴ En 2002, une proposition de loi constitutionnelle tendant à la reconnaissance de « lois à vocation territoriale » a été présentée au Sénat (texte n° 269 déposé le 14 mars 2002). Ces lois auraient été exécutées par les Conseils régionaux qui se seraient vu reconnaître, à cette fin, un pouvoir réglementaire spécifique. Cette proposition a été discutée lors des débats parlementaires sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, mais n'a pas été retenue. Elle demeure néanmoins significative du phénomène de régionalisation du droit.

d'adaptation normative qui lui sont reconnues. Si elle se concentre ainsi en outre-mer, la diversité régionale du droit positif n'est toutefois pas absente du territoire métropolitain. En témoigne la perpétuation de coutumes locales qui sont certes trop éparpillées pour constituer de véritables ordres juridiques mais qui attestent d'un certain pluralisme juridique *ratione loci*¹. En témoigne surtout la survivance depuis 1919 d'un droit local spécifique à l'Alsace-Moselle, qui n'est du reste pas unique en son genre².

Ces différents droits locaux n'ont pas, il est vrai, les mêmes origines. Le droit alsacien-mosellan est le fruit de l'occupation allemande qui a touché les départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin entre 1870 et 1918, tandis que les droits locaux d'outre-mer résultent d'une véritable volonté de différenciation, voire d'autonomisation normative, afin de tenir compte des spécificités locales. En ce sens, seuls les droits locaux d'outre-mer seraient susceptibles de se rattacher à la question des minorités nationales. Pourtant, avec le temps, le droit local alsacien-mosellan est lui aussi devenu un élément de différenciation, considéré par la population locale comme un élément propre à son identité et à sa culture³. Comme l'indique le Professeur Rouland, « il faut bien admettre que le droit local caractérise un ordre social alsacien-mosellan qui puise ses racines dans un profond sentiment d'appartenance à une communauté de culture, notamment linguistique. Témoignage d'une population à ce qui fonde son identité, le droit local [se présente comme le] garant d'un certain nombre de spécificités culturelles liées à une identité alsacienne-mosellane, qu'il contribue par là-même à pérenniser »⁴. C'est donc dans la même optique identitaire que doivent être appréhendés les droits locaux ultra-marins (1) et le droit local alsacien-mosellan (2).

1. Les droits locaux ultra-marins

Dans chaque collectivité ultra-marine, le droit local regroupe les actes édictés par les autorités décentralisées, les textes nationaux en vigueur dans la collectivité et, le

¹ Voir MOLFESSIS (Nicolas), « La tradition locale et la force de la règle de droit (Cass. civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001) », *RTDC*, 2002, pp. 181-186.

² Il existe notamment un droit local corse essentiellement constitué de dispositions fiscales dont l'origine remonte au Consulat et à l'Empire. Les départements du pays basque demeurent également soumis à quelques règles découlant des anciennes Libertés forales. Voir PIETRI (Jean-Paul), « Le droit local corse », in Centre de droit public interne, *La situation du droit local alsacien-mosellan*, Paris, LGDJ, 1986, pp. 180-192 ; LAFOURCADE (Maïté), « Le droit basque et sa survivance », *op. cit.*, pp. 172-179.

³ Voir le sondage effectué en 1996 dans les trois départements à la demande de l'Institut du Droit Local, révélant l'attachement de la population d'Alsace-Moselle à la préservation du droit local (sondage publié in *Revue du droit local*, n° 17, juin 1996, p. 15).

⁴ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 324. Dans le même sens, voir WOEHLING (Jean-Marie), « Perspectives sur le droit local », *Jurisqueur Alsace-Moselle*, fasc. 30, n° 118.

cas échéant, les coutumes en vigueur et les actes adoptés par les autorités traditionnelles. La spécificité de chaque droit local dépend donc de l'existence d'institutions coutumières¹ mais également du statut du territoire auquel il s'applique. De fait, les particularismes des droits locaux des COM et de la Nouvelle-Calédonie sont fortement marqués, en raison de l'application du principe de spécialité législative et de l'étendue des pouvoirs normatifs qui leur sont reconnus.

Dans les DOM, les spécificités normatives sont moindres mais résultent néanmoins de trois facteurs. Le premier est la non-application dans ces départements de lois antérieures à 1946, en dépit du principe de l'identité législative entre les départements d'outre-mer et les départements métropolitains. En transformant les « vieilles colonies » en DOM, le constituant de 1946 a prescrit l'application automatique des lois métropolitaines à ces départements, mais ce principe ne valait que pour l'avenir et ne concernait donc pas les lois antérieures à 1946. Ces dernières ont été introduites en grand nombre mais toutes ne l'ont pas été – soit que le législateur ait été inattentif, soit qu'il ait jugé l'extension de certaines lois peu opportune². De ce fait, la législation peut encore différer dans les DOM, générant ainsi des situations juridiques parfois singulières³. Le deuxième facteur de différenciation du droit local des DOM réside dans les adaptations normatives réalisées par le législateur, en vertu de l'article 73 des Constitutions de 1946 et de 1958. Depuis 1946, le législateur a souvent usé de cette faculté, soit pour écarter les DOM du champ d'application de certaines règles, soit pour édicter des règles spéciales répondant à leur situation particulière⁴. Enfin, le troisième facteur de spécificité résulte des nouvelles possibilités d'adaptations et de dérogations normatives reconnues depuis 2003 aux autorités des DOM, en vertu de l'article 73 alinéas 2 et 3 de la Constitution. Pour l'heure, ces mécanismes n'ont encore jamais été

¹ Il s'agit ici uniquement des institutions coutumières qui font l'objet d'une reconnaissance étatique ; les coutumes et les actes coutumiers non reconnus par l'Etat ne constituent pas du droit positif et ne rentrent donc pas dans le cadre envisagé ici.

² Ainsi, en violation du principe d'identité législative, les lois relatives à la protection sociale n'ont pas été introduites immédiatement dans les DOM, les autorités centrales craignant que l'extension aux DOM du régime de protection sociale ne soit trop onéreux. A cet égard, voir CONSTANT (Fred), « Les nationaux de la France d'outre-mer ; des citoyens comme les autres ? », in COLAS (Dominique), EMERI (Claude), ZYLBERBERG (Jacques), *Citoyenneté et nationalité*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, pp. 253-256.

³ Ainsi, la loi du 22 septembre 1942 reconnaissant la capacité juridique des femmes mariées (*JORF*, 3 novembre 1942, p. 3649) n'avait pas été étendue aux DOM. Dès lors, une femme mariée quittant la métropole pour se rendre à l'étranger conservait sa capacité juridique reconnue par la loi, mais si elle se rendait à la Réunion où la loi en question n'avait pas été rendue applicable, sa capacité se trouvait ramenée dans les limites plus étroites résultant des dispositions antérieures du Code civil (CA Réunion, 28 juillet 1950, *RCDIP*, 1951, p. 300, note H. Batiffol). Depuis lors, les dispositions de cette loi ont été étendues aux DOM mais d'autres textes y demeurent encore inapplicables.

⁴ Le législateur délègue souvent sa compétence d'adaptation au pouvoir réglementaire, qui agit alors par voie d'ordonnances. Pour exemples, voir les ordonnances n° 2005-56 du 26 janvier 2005 (*JORF*, 28 janvier 2005, p. 1504), n° 2000-189 du 2 mars 2000 (*JORF*, 5 mars 2000, p. 3486), n° 98-774 du 2 septembre 1998 (*JORF*, 4 septembre 1998, p. 13525), n° 98-731 du 20 août 1998 (*JORF*, 22 août 1998, p. 12843), n° 98-521 du 24 juin 1998 (*JORF*, 27 juin 1998, p. 9812).

utilisés mais leur mise en œuvre devrait, à l'avenir, accroître les spécificités des droits locaux des DOM.

Le phénomène de diversification des droits locaux ultra-marins apparaît nettement en matière de droit du travail. A cet égard, la IV^e République avait défendu une conception stricte de l'égalité, en adoptant en 1952 un code du travail unique, applicable dans l'ensemble des territoires sous tutelle française¹. L'article 30 de ce code prévoyait ainsi qu'il s'appliquerait de manière identique à tous les travailleurs en outre-mer, quelle que soit leur origine ou leur nationalité, et quel que soit le lieu de la conclusion du contrat ou de la résidence de l'employeur ou du salarié. A partir des années 1980, l'idée d'une réglementation unique a été progressivement abandonnée au profit de solutions propres à chaque territoire : de nouvelles lois d'application territoriale ont remplacé le code de 1952 en Nouvelle-Calédonie² et en Polynésie française³. A Mayotte, une ordonnance du 25 février 1991 a rendu applicable à la collectivité le code du travail métropolitain⁴. Dans l'ensemble des DOM-TOM, le droit du travail a fait l'objet d'adaptations successives par les autorités centrales⁵, de sorte que le code de 1952 ne demeure aujourd'hui applicable qu'à Wallis-et-Futuna⁶. Ce sont toutefois les dernières évolutions statutaires des collectivités ultra-marines qui ont définitivement enterré l'idée d'un droit commun du travail outre-mer : les lois organiques du 19 mars 1999 et du 27 février 2004⁷ ont en effet transféré aux autorités de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française l'ensemble des compétences en la matière⁸, ouvrant ainsi la voie à une diversification accrue des droits locaux du

¹ Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires d'outre-mer et territoires associés, *JORF*, 16 décembre 1952, p. 11541.

² Ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JORF*, 15 novembre 1985, p. 13227.

³ Loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux de travail en Polynésie française (*JORF*, 19 juillet 1986, p. 8931). Voir DROLLET (Solange), « Le droit du travail polynésien : système normatif et politique de l'emploi dans le cadre de l'autonomie », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 211-222.

⁴ Ordonnance n° 91-246 du 25 février 1991 relative au code du travail applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte, *JORF*, 6 mars 1991, p. 3208.

⁵ Voir notamment l'ordonnance n° 98-522 du 24 juin 1998 portant actualisation et adaptation du droit du travail dans les territoires, collectivités et départements d'outre-mer, *JORF*, 27 juin 1998, p. 9814.

⁶ Sous réserve des modifications introduites par l'ordonnance n° 2005-57 du 26 janvier 2005 (*JORF*, 28 janvier 2005, p. 1510) qui actualise le droit du travail applicable à Wallis et Futuna, dans l'attente de sa refonte complète par l'assemblée territoriale.

⁷ Lois organiques n° 99-209 du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197) et n° 2004-192 du 27 février 2004 (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4183).

⁸ Le transfert de compétences aux autorités de Nouvelle-Calédonie en matière de droit du travail présente une constitutionnalité douteuse, au regard de l'article 77 de la Constitution qui prévoit expressément que « la loi organique [...] détermine [...] les règles relatives à l'emploi ». En attribuant cette compétence au Congrès territorial, l'article 24 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 se trouve donc entaché d'une incompétence négative manifeste, que le Conseil constitutionnel, pourtant sourcilieux de l'exercice de ses compétences par le législateur, n'a pas censurée (CC, décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51).

travail¹. Ce simple exemple est révélateur de l'amplification de la régionalisation du droit outre-mer. Un constat similaire pourrait être fait pour la métropole, au regard des spécificités présentées par le droit local alsacien-mosellan.

2. Le droit local alsacien-mosellan

L'Alsace et la Moselle conservent depuis près de quatre-vingt-dix ans un régime juridique particulier qui résulte de leur histoire mouvementée. En 1919, après le rétablissement de la souveraineté française sur ces territoires, le législateur aurait pu mettre en œuvre les principes traditionnellement appliqués en cas d'annexion, en vertu desquels les textes édictés après le changement de souveraineté s'appliquaient immédiatement dans les régions annexées². Dans ce cas précis, toutefois, la mise en œuvre de ces principes a été écartée en raison de l'attachement marqué de la population locale à cette spécificité législative qu'elle considérait comme partie intégrante de son patrimoine³. Il a donc été décidé, par la loi du 17 octobre 1919, que « les territoires d'Alsace et de Lorraine continue[raie]nt, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises, à être régis par les dispositions législatives et réglementaires [alors] en vigueur »⁴. Aux termes de la loi, le maintien du droit allemand ne devait donc être que transitoire, l'introduction progressive du droit commun – que la doctrine locale qualifie de « droit général »⁵ – devant rétablir peu à peu l'unité juridique sur l'ensemble du territoire métropolitain. La pratique n'a toutefois pas suivi l'intention du législateur et l'unification juridique n'a pas été réalisée⁶.

Le droit local est constitué aujourd'hui d'un ensemble de textes épars⁷, qui coexistent avec le droit général dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et

¹ En Nouvelle-Calédonie, pas moins de huit lois du pays sont intervenues depuis 1999 en matière de droit du travail (voir <http://www.juridoc.gouv.nc>) ; en Polynésie française, quatre lois du pays ont été adoptées en la matière (<http://www.assemblee.pf/textes/>). Rappelons que la spécificité du droit du travail dans ces deux collectivités se fonde également sur les dispositions constitutionnelles autorisant les discriminations positives en matière d'accès à l'emploi local (voir *supra*, pp. 329ss).

² Ces principes étaient encore en vigueur en 1919. Ils sont tombés en désuétude dans les années 1930, après l'interdiction générale du recours à la force par le Pacte Briand-Kellogg de 1928 et, par suite, l'interdiction des conquêtes de territoires par la force armée.

³ Les réflexions menées dans le cadre de la Conférence d'Alsace-Lorraine, chargée de préparer pendant la guerre la réintégration des territoires, traduisaient bien l'inopportunité d'une intégration juridique pure et simple. A cet égard, voir SCHMAUCH (Joseph), *Les services d'Alsace-Lorraine face à la réintégration des départements de l'Est (1914-1919)*, Ecole nationale des chartes, 2004, 3 volumes.

⁴ Loi du 17 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine, *JORF*, 18 octobre 1919.

⁵ WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc. 122-1, n° 1.

⁶ Sur le maintien en vigueur du droit local après 1919, voir WOEHLING (Jean-Marie), *op. cit.*, n° 5-24.

⁷ Le Professeur Woehrling évoque des textes hétéroclites, vieilliss, parfois difficiles à connaître et à comprendre en raison d'une traduction en français parfois approximative, de la difficulté pour les particuliers de consulter les recueils de textes, de l'incertitude quant au maintien de certaines dispositions ou encore des inévitables problèmes d'interprétation (WOEHLING (Jean-Marie), « Perspectives sur le droit local », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, fasc. 30).

de la Moselle. Si cet ensemble s'est vu progressivement érodé par l'introduction des règles de droit commun, il a néanmoins fait preuve d'une résistance surprenante aux vellétés d'uniformisation législative. A l'heure actuelle, les règles antérieures à 1919 demeurent applicables en matière de droit du travail, de droit social, de droit communal, de publicité foncière, de justice, d'associations ou encore de cultes¹. Certaines règles de droit allemand avaient été maintenues en matière de mariage, de filiation, d'incapacité et de tutelle, mais elles ont été progressivement abrogées². Leur suppression a mis fin à ce qu'il était convenu d'appeler le « statut personnel d'Alsacien-Lorrain » dont pouvaient bénéficier les personnes originaires de l'un des trois départements concernés, même lorsqu'elles n'y étaient pas domiciliées³. Désormais, le critère d'application du droit local est d'ordre territorial : le droit alsacien-mosellan s'apparente en cela à une véritable « législation provinciale »⁴ qui n'a pas d'effet juridique hors des limites géographiques de l'Alsace et de la Moselle⁵.

Dans ce cadre territorial, les règles locales maintenues en vigueur sont considérées comme de véritables « lois françaises », selon les termes mêmes de la Cour de Cassation⁶. Le droit local jouit donc de la même valeur juridique et de la même force contraignante que le droit général⁷ ; il ne s'agit en aucun cas d'un droit d'exception auquel on pourrait opposer le concept d'ordre public. De ce fait, le pluralisme juridique infra-étatique s'affirme véritablement⁸. Cette consécration de la place et de la portée du droit local dans l'ordre juridique étatique était loin d'être acquise, d'autant que l'existence du droit alsacien-mosellan ne bénéficie d'aucun fondement constitutionnel, contrairement aux droits locaux d'outre-mer⁹. La majorité de la

¹ VALLENS (Jean-Luc), « Le droit local d'Alsace-Moselle », *Dalloz*, chron., 1998, pp. 276-279.

² Voir notamment la loi n° 90-1248 du 29 décembre 1990, *JORF*, 3 janvier 1991, p. 103.

³ Sur ce statut consacré par l'article 54 du Traité de Versailles, voir SANDER (Eric), « Le statut juridique d'Alsacien-Lorrain », *Revue du Droit local*, n° 8, 1993, pp. 15-29.

⁴ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 324.

⁵ Certaines règles d'application personnelle subsistent néanmoins en matière de successions et de protection sociale. La loi n° 98-278 du 19 avril 1998 (*JORF*, 16 avril 1998, p. 5847) a en effet étendu le régime local de sécurité sociale aux retraités résidant hors Alsace-Moselle, s'ils peuvent justifier d'une certaine durée d'affiliation avant leur départ de ces départements. Ces hypothèses demeurent toutefois très limitées. Voir WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur droit administratif*, fasc. 122-1, n° 89-91.

⁶ Cass. civ. , 28 juin 1937, *Sirey*, 1937, I, p. 387.

⁷ En ce sens, voir Cass. crim., 11 juillet 1983, *Bull. crim.*, n° 218 ; *JCP*, 1983, IV, n° 305.

⁸ Voir SANDER (Eric), « Le droit local alsacien-mosellan : un pluralisme juridique dans un système unitaire », *Revue du Droit Local*, juin 2005, pp. 1-16.

⁹ Le Professeur Rouland affirme toutefois que l'existence du droit alsacien-mosellan relève d'une « convention constitutionnelle » ; à défaut d'un véritable statut constitutionnel, le droit local bénéficierait donc d'une reconnaissance coutumière qui lui conférerait un certain degré de protection (ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, pp. 322-323). Le Professeur Flauss rejette l'hypothèse d'une coutume constitutionnelle mais envisage en revanche l'existence de « garanties constitutionnelles indirectes » qui permettraient au juge constitutionnel d'assurer la protection du droit local, dans l'hypothèse où le législateur porterait atteinte à certains éléments essentiels du régime local d'une liberté publique (FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1676-1677).

doctrine se refuse toutefois à considérer que l'absence de consécration constitutionnelle exprime emporterait condamnation de tout système de droit local sur le territoire métropolitain. Le Professeur Flauss se fonde ainsi sur l'intention du constituant et sur l'interprétation jurisprudentielle des principes républicains pour démontrer que l'existence du droit local alsacien-mosellan ne heurte ni le principe d'unité de la République (qui ne signifie pas unité absolue de législation sur le territoire), ni le principe d'indivisibilité (qui exclut également toute idée d'unité législative), ni même celui d'égalité (qui autorise les différences de traitement juridique justifiées par une différence de situation)¹. Cette analyse semble confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, à deux reprises, a validé des dispositions législatives prenant en compte le droit local². Saisi également de la question du droit local à propos du régime d'association³ et de l'enseignement religieux dans les départements d'Alsace-Moselle⁴, le Conseil d'Etat a conclu à l'absence d'abrogation implicite de la législation locale. Le défaut de consécration constitutionnelle ne nuit donc en rien à l'existence de droits locaux en métropole⁵.

Pour le Professeur Woehrling, directeur de l'Institut du droit local alsacien-mosellan, l'existence de cette législation territoriale dérogoratoire se justifierait par la situation particulière dans laquelle se trouve la population d'Alsace-Moselle⁶. Il serait ainsi possible de voir dans le droit local une discrimination objective motivée par la situation historique, sociale et économique de la population concernée. Dès lors, le droit applicable en Alsace-Moselle se trouverait doté d'une légitimité populaire qui minore l'absence de reconnaissance constitutionnelle. Comme le confirme le Professeur Rouland, « si l'Alsace et la Moselle jouissent d'un régime juridique particulier, c'est précisément parce qu'il correspond aux exigences spécifiques de l'ordre social qui y règne. Il n'a d'existence que dans la mesure où il rend compte de la réalité sociologique de ce territoire »⁷. Le fondement de l'existence du droit local

¹ FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1627-1640.

² Ainsi, dans la décision n° 82-137 DC du 25 février 1982 portant sur la loi relative aux droits et libertés des collectivités territoriales (*Rec.*, p. 38), le juge n'a pas remis en cause la disposition de la loi maintenant en vigueur les règles locales applicables en matière de rétablissement de l'équilibre budgétaire. Plus explicitement, dans la décision n° 92-305 DC du 21 février 1992 (*Rec.*, p. 27), le Conseil constitutionnel a estimé que « l'article 46 [de la loi], qui prend en compte certaines particularités de la législation applicable dans les départements de Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, n'est pas contraire à la Constitution ».

³ CE Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les Cigognes »*, *Leb.*, p. 37 ; *RFDA*, 1988, p. 95, concl. B. Stirn.

⁴ CE, 6 avril 2001, *SNES*, *Leb.*, p. 170 ; *AJDA*, 2002, p. 63, note B. Toulemonde ; *Revue du droit local*, n° 33, 2001, p. 47, note J.-M. Woehrling.

⁵ Cette absence de reconnaissance limite néanmoins la latitude des autorités locales, qui ne peuvent opposer à l'Etat un droit à une législation spécifique. En ce sens, voir FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, p. 1638.

⁶ WOEHRLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur droit administratif*, fasc. 122-1. Dans le même sens, voir FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1634-1638.

⁷ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, pp. 322-323.

relèverait ainsi du droit constitutionnel démotique, c'est-à-dire de la partie du droit constitutionnel s'attachant « à la composition humaine de la collectivité étatique »¹. Une telle supposition serait particulièrement séduisante au regard des évolutions normatives qu'elles pourrait engendrer à l'avenir : si l'observation de particularismes locaux est effectivement un critère de légitimation constitutionnelle de différenciations législatives d'ordre territorial², il devient alors possible, au nom de la diversité régionale, de multiplier les droits locaux. Cette évolution paraît d'autant plus concevable que la survie même du droit alsacien-mosellan rend compte de la possible « coexistence pacifique » de différents ordres juridiques territoriaux en France. Le devenir des droits locaux serait alors particulièrement prometteur.

B. Le devenir des droits locaux

Contrairement à ce qu'avait prévu le législateur en 1919, le droit local alsacien-mosellan n'a pas disparu sous la pression de l'uniformisation législative. Les droits locaux des départements d'outre-mer n'ont pas non plus été éteints malgré l'assimilation normative dont les DOM ont fait l'objet. Bien au contraire, ces droits territorialisés ont fait preuve d'une étonnante résistance dans le cadre de l'Etat unitaire. Paradoxalement, c'est souvent l'Etat lui-même qui a contribué à la survie, voire à l'extension matérielle des droits locaux. En témoigne la révision constitutionnelle du 28 mars 2003³ qui a introduit plusieurs mécanismes juridiques – parmi lesquels l'expérimentation et l'adaptation normatives – propres à renforcer la régionalisation du droit en France. La mise en œuvre conjuguée de ces différents mécanismes ne peut que conforter la réforme d'ores et déjà engagée des droits locaux (1), laissant même augurer une multiplication de leur nombre (2).

1. La réforme engagée des droits locaux

L'attitude des autorités étatiques à l'égard des droits locaux en France a toujours été ambiguë et c'est à la lumière de cette ambiguïté que doivent être analysées les interventions de l'Etat en la matière. Qu'il s'agisse du droit alsacien-mosellan ou des droits d'outre-mer, le législateur et, le cas échéant, le constituant ont toujours hésité entre assimilation et diversification. Les réformes engagées ces dernières années

¹ PRELOT (Marcel), BOULOUIS (Jean), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 1990, p. 32.

² Comme semble d'ailleurs le reconnaître le Conseil constitutionnel dans la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 sur le statut de la Corse (*Rec.*, p. 50). Voir LUCHAIRE (François), « Le statut de la collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », *RDP*, 1991, pp. 943-979 ; GENEVOIS (Bruno), « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *RFDA*, 1991, pp. 407-423 ; FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 41.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

reflètent ce dilemme et oscillent entre tentatives de rapprochement avec le droit commun et mesures de préservation des particularismes juridiques locaux.

S'agissant du droit alsacien-mosellan, le législateur a poursuivi le processus d'homogénéisation juridique amorcé en 1919, qui se manifeste désormais par l'adoption sporadique de mesures d'abrogation des règles locales et d'extension de la législation de droit commun¹. Pourtant, dans le même temps, les autorités étatiques ont entrepris de développer ce que la doctrine appelle la « troisième législation »². Dans certaines hypothèses, il arrive en effet au législateur d'abroger une règle de droit local, pour la remplacer non pas par le droit commun applicable en la matière mais par une norme nouvelle qui emprunte au droit français et au droit allemand. Se forme ainsi un nouveau droit spécifiquement alsacien-mosellan, susceptible d'évoluer dans le temps. Cette pratique, qui a d'abord été critiquée comme constituant un frein à l'intégration de l'Alsace-Moselle, s'est développée à partir des années 1980³. Elle permet d'éviter la sclérose du droit local résiduel et autorise l'adaptation des dispositions spécifiques aux trois départements. C'est précisément dans cette perspective qu'a été créée en 1985 la Commission d'harmonisation du droit privé d'Alsace-Moselle, chargée de « proposer et d'étudier les harmonisations qui paraîtraient possibles, en droit privé, entre les dispositions applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et celles applicables dans les autres départements »⁴. La Commission joue aujourd'hui un rôle fondamental dans l'élaboration de la « troisième législation » : bien que le législateur national conserve en la matière l'exclusivité du pouvoir normatif⁵, il se fonde généralement

¹ Ainsi, la loi n° 90-1248 du 29 décembre 1990 (*JORF*, 3 janvier 1991, p. 103) a abrogé les règles locales en matière d'incapacités et de régimes matrimoniaux. La loi n° 91-412 du 6 mai 1991 (*JORF*, 7 mai 1991, p. 6074) a, quant à elle, abrogé les dispositions de droit local en matière de contrats d'assurance. Cette dernière réforme ne s'est toutefois pas opérée au bénéfice du droit commun français ; elle a résulté de l'application de directives communautaires.

² WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur droit administratif*, fasc. 122-1, n° 32.

³ À titre d'exemple, le législateur a modifié selon ce schéma le droit local des assurances (loi n° 91-412 du 6 mai 1991, *JORF*, 7 mai 1991, p. 6074), le régime de publicité foncière (loi n° 94-342 du 29 avril 1994, *JORF*, 3 mai 1994, p. 6383 ; loi n° 2002-306 du 4 mars 2002, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4166), le droit local en matière de chasse (loi n° 96-549 du 20 juin 1996, *JORF*, 21 juin 1996, p. 9279), l'organisation des établissements des cultes reconnus (décret n° 87-569 du 17 juillet 1987, *JORF*, 23 juillet 1987, p. 8220 ; décret n° 92-278 du 24 mars 1992, *JORF*, 28 mars 1992, p. 4308 ; décret n° 2001-31 du 10 janvier 2001, *JORF*, 13 janvier 2001, p. 637), le régime local d'assurance maladie (loi n° 98-278 du 14 avril 1998, *JORF*, 16 avril 1998, p. 5847) ou encore le régime local des associations (loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003 *JORF*, 2 août 2003, p. 13277). Voir WOEHLING (Jean-Marie), « La gestion du droit local : maintien, abrogation, actualisation », in Centre de droit public interne, *La situation du droit local alsacien-mosellan*, Paris, LGDJ, 1986, pp. 24-51.

⁴ Arrêté interministériel du 22 août 1985, *JORF*, 5 septembre 1985, p. 10278. Siégeant à Strasbourg, la Commission comprend vingt-sept membres, parmi lesquels les premiers présidents et les procureurs généraux des cours d'appel de Colmar et Metz, des avocats, notaires, magistrats et hauts fonctionnaires.

⁵ Le pouvoir exécutif peut également intervenir, lorsque les dispositions de droit local relèvent du domaine réglementaire. Depuis 1958, toute modification du droit local est en effet soumise à la distinction entre matières législatives et matières réglementaires (CE, 5 juin 1981, *Association régionale des avocats, Bas-Rhin, Haut-Rhin et Moselle, Leb.*, tables, p. 559), ce qui n'est pas sans susciter de difficultés au niveau de la répartition des compétences normatives. A cet égard, voir

sur les travaux de la Commission d'harmonisation pour élaborer les nouvelles normes de droit local¹. La « troisième législation » apparaît donc comme un phénomène juridique original qui devient l'instrument principal de l'adaptation du droit alsacien-mosellan. Il peut paraître curieux que l'édiction de ce nouveau droit local relève de la seule volonté des autorités nationales – les autorités locales pouvant tout au plus être habilitées à édicter des mesures d'application, contrairement aux collectivités ultramarines qui disposent de véritables pouvoirs normatifs pour élaborer leur droit local. Le Professeur Flauss suggère à cet égard de reconnaître aux autorités des départements d'Alsace-Moselle une compétence consultative ou un droit de proposition, pour toute modification du droit local². Pour le Professeur Woehrling, une gestion plus souple du droit local pourrait prendre la forme d'une délégation législative au pouvoir réglementaire local³. Le droit à l'expérimentation pourrait ainsi être mis à profit, bien que les limites constitutionnelles d'un tel procédé restent strictes⁴.

La réforme des droits locaux ultra-marins, pour sa part, a pris la forme d'ordonnances⁵. Depuis le début des années 1990, les lois d'habilitation se sont succédées, donnant compétence au gouvernement pour prendre, par le biais des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires à la « modernisation » des droits locaux d'outre-mer⁶. Sur la base de ces habilitations, de très nombreuses ordonnances ont été adoptées, réformant ainsi profondément – bien qu'à des degrés variables selon les collectivités – le droit applicable dans les DOM-COM⁷. La procédure d'habilitation prévue à l'article 38 de la Constitution ralentissait

FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1677-1680 ; WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur droit administratif*, fasc. 122-1, n° 57-59.

¹ Un exemple marquant à cet égard est celui de la tentative d'abrogation du système de la faillite civile de droit local, au profit de la loi Neiertz du 31 décembre 1989 (loi n° 89-1010, *JORF*, 2 janvier 1990, p. 18). Suite au dépôt d'un amendement visant à l'abrogation du droit local en matière de faillite civile, le Sénat a renvoyé la question devant la Commission d'harmonisation, qui a émis un avis défavorable au vu duquel le Sénat s'est prononcé pour le maintien des dispositions locales en la matière. Voir VALLENS (Jean-Luc), « La faillite civile, une institution du droit local d'Alsace et de Moselle », *JCP*, 1989, I, n° 3387.

² FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1680-1684.

³ WOEHLING (Jean-Marie), « Perspectives sur le droit local », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, fasc. 30, n° 129.

⁴ Voir *infra*, pp. 425ss.

⁵ Voir notamment DIEMERT (Stéphane), « L'évolution de la fonction législative outre-mer ou "comment on légifère pour l'outre-mer" », *RJPEF*, 2006, pp. 9-40.

⁶ Voir notamment les lois n° 98-145 du 6 mars 1998 (*JORF*, 10 mars 1998, p. 3608), n° 99-899 du 25 octobre 1999 (*JORF*, 26 octobre 1999, p. 15951), n° 2001-503 du 12 juin 2001 (*JORF*, 13 juin 2001, p. 9336), n° 2003-660 du 21 juillet 2003 (*JORF*, 22 juillet 2003, p. 12320) ou n° 2007-224 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3220). Outre la ratification de vingt-neuf ordonnances adoptées entre 2003 et 2006, cette dernière loi délivre quinze nouvelles habilitations au titre de l'article 38 de la Constitution pour actualiser le droit d'outre-mer (art. 19).

⁷ Le rapport annuel pour 2006 du Conseil d'Etat indique qu'en 2005, 15 ordonnances sur 91 adoptées étaient relatives à l'outre-mer (12 sur 52 en 2004, 5 sur 18 en 2003). Voir Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 254. S'agissant de Mayotte, qui est la

toutefois le processus d'actualisation des droits locaux ; face à cet écueil, le constituant a mis en place un dispositif original destiné à accélérer la réforme des droits d'outre-mer. A l'issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003¹, le nouvel article 74-1 de la Constitution prévoit ainsi que « Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'Etat, étendre par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication ». Aux termes de cet article, le Gouvernement n'a donc plus à obtenir d'habilitation législative préalable et spécifique pour moderniser le droit de l'outre-mer, dans la mesure où il détient désormais de la Constitution une habilitation permanente².

Ces possibilités élargies de recours aux ordonnances avaient pour objectif de rendre applicable aux collectivités périphériques le droit métropolitain, tout en adaptant ce dernier aux spécificités locales. L'actualisation et l'adaptation normatives sont, du reste, les deux idées couvertes par la notion de « modernisation ». L'analyse des ordonnances qui ont d'ores et déjà été adoptées sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution³ révèle toutefois qu'en pratique, le gouvernement a privilégié l'actualisation au détriment de l'adaptation. Chargé d'examiner les projets d'ordonnances, le Conseil d'Etat a ainsi observé que « la présentation de textes spécifiques à l'outre-mer n'obéissait pas toujours à la nécessité de prendre des

collectivité la plus affectée par l'harmonisation normative en raison du processus de départementalisation, pas moins de soixante ordonnances ont été adoptées entre 1989 et juillet 2007.

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

² Cette recherche d'efficacité pourrait conduire à une marginalisation du Parlement en matière de droit de l'outre-mer et à un contournement des droits des collectivités d'outre-mer, du fait notamment du caractère permanent de l'habilitation ouverte au gouvernement. L'analyse de l'article 74-1 montre toutefois que cette habilitation n'est ni générale, ni absolue. Ainsi, les ordonnances ne peuvent avoir pour objet que l'extension de dispositions en vigueur en métropole ; elles ne sauraient prévoir de dispositions originales ou particulières (en ce sens, voir l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, mentionné dans le rapport annuel du Conseil d'Etat pour 2006, *op. cit.*, pp. 60-61). De plus, le Parlement reste en mesure de procéder lui-même aux extensions requises ou d'exclure le recours aux ordonnances de l'article 74-1 ; ces ordonnances se trouvent par ailleurs soumises à une obligation de ratification plus contraignante que celle prévue à l'article 38 de la Constitution. Enfin, les droits des COM sont préservés, dans la mesure où les assemblées locales sont obligatoirement consultées pour avis. Sur les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution, voir TISSOT (Christophe), « L'usage des ordonnances », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 144-147.

³ Au 1^{er} juillet 2007, sept ordonnances avaient été adoptées sur la base de l'article 74-1 de la Constitution : les ordonnances n° 2005-704 du 24 juin 2005 (*JORF*, 25 juin 2005, p. 10584), n° 2005-1263 du 7 septembre 2005 (*JORF*, 8 octobre 2005, p. 16080), n° 2006-60 du 19 janvier 2006 (*JORF*, 20 janvier 2006, p. 908), n° 2006-482 du 26 avril 2006 (*JORF*, 28 avril 2006, p. 6403), n° 2006-639 du 1^{er} juin 2006 (*JORF*, 2 juin 2006, p. 8329), n° 2006-1588 du 13 décembre 2006 (*JORF*, 14 décembre 2006, p. 18879) et n° 2007-392 du 22 mars 2007 (*JORF*, 23 mars 2007, p. 5355).

mesures d'adaptation spécifiques aux territoires ultra-marins et aboutissait parfois à recopier sans ajustement particulier des pans entiers de législation générale. Cet état de fait résulte notamment de l'insuffisante prise en compte, lors de la conception initiale des textes, de la situation particulière de l'outre-mer »¹. Il est donc à craindre que l'utilisation des ordonnances ne se solde par un « rapprochement constant entre les droits du centre et des périphéries [...]. Le droit des périphéries [deviendrait alors] une asymptote du droit de la métropole »².

Il est vrai que l'homogénéisation juridique provoquée par l'extension aux collectivités ultra-marines du droit positif métropolitain est contrebalancée par les possibilités d'adaptations normatives et les compétences propres dont disposent ces collectivités, aux termes des articles 73 et 74 de la Constitution. Dans ce cadre, il est à supposer que les spécificités des droits locaux d'outre-mer seront désormais bien mieux préservées par l'exercice effectif de ces pouvoirs normatifs dérogatoires que par l'application du principe de spécialité législative. En ce sens, l'avenir des droits locaux semble résider dans les facultés d'adaptation normative dont disposent les DOM-COM. Il pourrait résider également dans le droit à l'expérimentation reconnu à toutes les collectivités territoriales – y compris ultra-marines – depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003³. La portée du droit à l'expérimentation pourrait toutefois dépasser celle du droit à l'adaptation⁴, dans la mesure où il contribuerait non plus seulement à renforcer les particularismes des droits locaux, mais bien à multiplier leur nombre sur le territoire national.

2. La multiplication potentielle des droits locaux

La révision du 28 mars 2003⁵ a introduit dans la Constitution le droit à l'expérimentation juridique qui suppose la mise en œuvre à une échelle réduite, pendant une durée limitée et sous condition d'évaluation, de normes dérogatoires au droit commun⁶. Ce mécanisme n'est pas une nouveauté en droit public français. Jusqu'alors, il était l'apanage des autorités étatiques qui pouvaient en user pour leurs

¹ Conseil d'Etat, *Rapport public 2007*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 123.

² GARDE (François), « Le respect des normes : les juges », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 152. Ce mouvement de rapprochement des droits locaux et du droit commun pourrait être accentué par le processus de codification par voie d'ordonnances, qui permet au gouvernement de contourner le principe de spécialité (sur ce point, voir SAGE (Jean-Louis), « La méthode de codification à droit constant : sa mise en œuvre dans l'élaboration du nouveau code de commerce et ses conséquences sur le droit applicable en Polynésie française », *Revue juridique polynésienne*, 2002, pp. 153-180).

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ Pour une comparaison entre le droit à l'adaptation et le droit à l'expérimentation, voir JOYAU (Marc), « Décentralisation, adaptation, autonomie », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 87.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁶ MOREAU (Jacques), « De l'expérimentation », *JCP-ACT*, 28 octobre 2002, p. 99.

propres réformes¹ ou autoriser certaines collectivités territoriales à déroger, par ce biais, à des normes étatiques. Dans ce dernier cas, cependant, la dévolution d'un pouvoir d'expérimentation était possible en matière réglementaire mais ne pouvait concerner le domaine de la loi². Cette double limite explique largement le très faible nombre d'expérimentations locales menées jusqu'en 2003³. Il en va aujourd'hui différemment, l'article 72 alinéa 4 de la Constitution autorisant désormais les collectivités territoriales elles-mêmes à « déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

L'attribution d'un tel pouvoir de dérogation aux collectivités territoriales contribue à l'évidence à la régionalisation du droit positif en France. En effet, le mécanisme de l'expérimentation autorise la mise en place de « régimes juridiques d'exception »⁴ présentant un champ d'application limité aux collectivités participant à l'expérimentation. C'est précisément pour cette raison qu'aux yeux de certains auteurs, la possibilité pour les collectivités locales de déroger aux normes nationales « représente la limite extrême au-delà de laquelle les principes d'unité de l'Etat et d'indivisibilité de la République perdent leur sens [...]. En permettant aux collectivités territoriales d'écarter elles-mêmes, en les adaptant à leur manière, les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'exercice de leurs compétences, on prend le risque d'une atomisation de la réglementation »⁵.

Ce « risque » est appréhendé de manière variable par la doctrine. Les premiers y voient « une chance de renouvellement, de revitalisation » du droit⁶ car l'expérimentation permet d'adapter les règles juridiques aux particularismes de chaque collectivité. La régionalisation normative par le biais de l'expérimentation apparaît, en ce sens, comme un gage d'efficacité du droit. D'autres auteurs, en revanche, considèrent l'expérimentation comme la source de « discontinuités plus ou moins graves qui

¹ L'expérimentation est, en ce sens, utilisée pour tester une nouvelle norme juridique pendant une période limitée ou sur une portion du territoire national, en vue de sa généralisation ultérieure en cas d'expérience positive. C'est ainsi que la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse (*JORF*, 17 janvier 1975, p. 739) a été adoptée initialement pour cinq ans, à titre expérimental. Cette possibilité d'expérimentation par les autorités législatives et réglementaires nationales est désormais consacrée à l'article 37-1 de la Constitution.

² Décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70 ; *AJDA*, 2002, p. 101, note J.-E. Schoettl ; *RDP*, 2002, p. 885, note F. Luchaire ; *RFDA*, 2002, p. 459, note M. Verpeaux ; *RFDA*, 2002, p. 469, note B. Faure.

³ Sur les expérimentations locales réalisées avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, voir PIRON (Michel), *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Rapport n° 955, Ass. nat., 18 juin 2003, p. 10 ; PONTIER (Jean-Marie), « L'expérimentation et les collectivités locales », *RA*, 2001, pp. 169-177.

⁴ MAMONTOFF (Catherine), « Réflexions sur l'expérimentation en droit », *RDP*, 1998, p. 361.

⁵ JANIN (Patrick), « L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation. Observations sur une réforme », *JCP-ACT*, n° 41, 10 octobre 2005, p. 1527. Dans le même sens, voir FAURE (Bertrand), « A propos de la décision n° 2004-503 DC, 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales », *RFDA*, 2004, p. 1151.

⁶ PONTIER (Jean-Marie), « Décentralisation et expérimentation », *AJDA*, 2002, p. 1037.

créent autant d'atteintes à la sécurité juridique et d'altération aux principes sur lesquels se fonde l'ordonnement des règles de droit »¹. Il est vrai que le pouvoir de dérogation expérimentale attribué aux collectivités territoriales implique la faculté pour ces collectivités d'adopter des mesures différentes, voire contraires aux normes applicables sur le reste du territoire national². Cette possibilité heurte la conception républicaine fondée sur une définition unitaire et un traitement égalitaire des catégories de collectivités et de leurs habitants. Si cet éclatement catégoriel se justifie pour les DOM-COM en raison de leurs spécificités constitutionnellement reconnues, il apparaît beaucoup moins légitime pour les collectivités territoriales métropolitaines qui font pourtant l'objet, aux termes de la loi organique du 1^{er} août 2003³, d'une sélection visant, au regard de leurs « caractéristiques », à déterminer quelles collectivités pourront participer aux expérimentations⁴.

C'est précisément pour éviter de trop flagrantes ruptures d'égalité que le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales a été strictement encadré. L'article 72 alinéa 4 de la Constitution, complété à cet égard par la loi organique du 1^{er} août 2003⁵, pose en effet des limites matérielles comme formelles à l'exercice de ce droit⁶. Matériellement tout d'abord, les collectivités territoriales ne peuvent déroger à titre expérimental qu'« aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Cette précision peut être interprétée comme excluant du champ de l'expérimentation les dispositions relatives à l'organisation des

¹ BOULOUIS (Jean), « Note sur l'utilisation de la "méthode expérimentale" en matière de réformes », in *Mélanges Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 35.

² Il y aurait alors une différence de portée entre l'adaptation et l'expérimentation normatives. Selon le Professeur Rouyère, l'adaptation semble devoir être interprétée comme autorisant l'édiction de mesures *différentes*, alors que l'expérimentation pourrait ouvrir la voie à l'adoption de mesures *contraires* aux règles de droit commun (ROUYERE (Aude), *Recherches sur la dérogation en droit public*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1993, pp. 146-147).

³ Loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003, *JORF*, 2 août 2003, p. 13217. Voir PONTIER (Jean-Marie), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, pp. 1715-1723 ; VERPEAUX (Michel), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP-ACT*, n° 20, 10 mai 2004, pp. 655-663.

⁴ Article LO 1113-1 al. 2 du CGCT : « La loi [autorisant les collectivités territoriales à déroger, à titre expérimental, aux dispositions législatives régissant l'exercice de leurs compétences] précise également la nature juridique et les caractéristiques des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation ainsi que, le cas échéant, les cas dans lesquels l'expérimentation peut être entreprise [...] ». La liste des collectivités habilitées à participer à l'expérimentation est ensuite publiée par décret (art. LO 1113-2).

⁵ Validée par le Conseil constitutionnel au terme de la décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Rec.*, p. 406 ; *LPA*, n° 195, 30 septembre 2003, p. 5, note J.-E. Schoettl.

⁶ Le constituant et le législateur se sont inspirés sur ce point de la jurisprudence constitutionnelle antérieure. Dans la décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 (*Rec.*, p. 204), le Conseil constitutionnel avait ainsi admis qu'il était « loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences [...] de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles appropriées [...] ; toutefois, il lui incombe alors de définir la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci doivent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon » (*LPA*, n° 27, 4 mars 1994, p. 4, note M. Verpeaux ; *RFDC*, 1993, p. 820, note X. Philippe).

collectivités territoriales qui ne peuvent, pour leur part, être réformées que par la voie législative¹. En outre, l'expérimentation est interdite lorsque sont en cause « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti »². Cette seconde restriction substantielle à l'exercice du droit à l'expérimentation résulte de la nécessité de garantir l'unicité des conditions d'exercice des libertés publiques sur le territoire national³.

Formellement ensuite, la durée d'une expérimentation ne peut excéder cinq ans⁴. Cette limitation des expérimentations juridiques dans le temps a toujours été présentée comme une nécessité par le juge administratif comme par le juge constitutionnel⁵ : la violation du principe d'égalité ne peut être admise qu'en raison de son caractère provisoire. Au reste, la loi organique du 1^{er} août 2003 prévoit expressément la réunification du droit à la fin de l'expérimentation, soit par la généralisation de la norme expérimentale, soit par le maintien de la norme ancienne, selon les résultats de l'évaluation. De ce fait, si la reconnaissance du droit à l'expérimentation des collectivités territoriales entraîne une multiplication des droits locaux, ces derniers ne peuvent avoir qu'une existence temporaire. Il s'agit là d'une différence notable entre les normes locales résultant de l'expérimentation juridique et celles découlant de la mise en œuvre du principe de spécialité ou du droit à l'adaptation normative. Cette exigence d'unification juridique post-expérimentale peut paraître paradoxale, au regard de la logique de l'expérimentation qui vise précisément à l'édiction d'un droit plus adapté aux réalités locales. Il s'agit toutefois d'un gage donné à l'unité juridique, et renforcé par la procédure de mise en œuvre du droit à l'expérimentation. Cette procédure se trouve en effet contrôlée de bout en bout par les autorités étatiques : c'est

¹ En ce sens, voir FAURE (Bertrand), « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 182-183. Une interprétation contraire conduirait à reconnaître aux collectivités territoriales une véritable faculté d'auto-organisation par le biais de l'expérimentation.

² L'article 37-1 de la Constitution relatif à l'expérimentation normative par l'Etat ne comporte pas de précision similaire, ce qui conduisait la doctrine à supposer que le constituant avait pu laisser aux autorités nationales la possibilité d'expérimenter en matière de libertés publiques (en ce sens, voir FAURE (Bertrand), « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 181-182). Le Conseil constitutionnel a toutefois mis fin à ces suppositions lors de l'examen de la loi relative aux libertés et responsabilités locales, en déclarant que le législateur, lorsqu'il recourt à l'expérimentation, ne devait en aucun cas méconnaître les « exigences de valeur constitutionnelle » (décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Rec.*, p. 144 ; *RFDA*, 2004, p. 1152, note B. Faure).

³ Dans le respect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43 ; *AJDA*, 1996, p. 371, note O. Schrameck) et du juge administratif (CE Ass., 29 avril 1994, *Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, Leb.*, p. 205 ; *RFDA*, 1994, p. 947, concl. D. Linton et note G. Agniel). Voir *infra*, pp. 549ss.

⁴ Art. LO 1113-1 al. 1^{er} du CGCT.

⁵ S'agissant du juge administratif, voir CE Sect., 13 octobre 1967, *Pény, Leb.*, p. 365 ; *RDP*, 1968, p. 408, concl. N. Questiaux ; CE, 21 février 1968, *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris, Leb.*, p. 123 ; CE, 18 décembre 2002, *Conseil national des professions de l'automobile, Société SN CECAM, Leb.*, tables, p. 599 ; *AJDA*, 2003, p. 748, note B. Faure. S'agissant du Conseil constitutionnel, voir les décisions n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 (*Rec.*, p. 204), n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003 (*Rec.*, p. 406) et n° 2004-503 DC du 12 août 2004 (*Rec.*, p. 144).

le législateur qui habilite les collectivités territoriales à déroger au droit commun, qui définit l'objet de l'expérimentation ainsi que les dispositions législatives auxquelles il peut être dérogé¹, et c'est lui également qui décide à la fin de l'expérimentation, soit de mettre fin à celle-ci, soit de la prolonger, soit de généraliser les mesures prises à titre expérimental². Le législateur est donc libre de déterminer l'étendue du pouvoir de dérogation³, selon qu'il adopte une habilitation générale et inconditionnée qui autorisera les collectivités territoriales à répudier discrétionnairement la règle de principe, ou une habilitation précise qui prévoira expressément les hypothèses de dérogation et la teneur des règles dérogatoires. La jurisprudence constitutionnelle semble jusqu'à présent privilégier la précision⁴ mais un argument pourrait militer en faveur d'une plus grande liberté des collectivités locales : « face aux aléas inhérents à la géométrie variable du fait, le législateur sait qu'il n'atteindra l'efficacité que par la voie périlleuse de l'empirisme. Le pouvoir de dérogation accordé n'a de sens que si son exercice est discrétionnaire. Cette caractéristique est une composante structurelle de la dérogation »⁵. Dans ce cadre, si le législateur et le juge constitutionnel persistent à restreindre les possibilités d'expérimentations, il se pourrait que le pouvoir de dérogation accordé aux collectivités territoriales par l'article 72 alinéa 4 de la Constitution se limite, au final, à un strict travail d'exécution.

Si l'avenir des droits locaux reste incertain en raison des effets contradictoires de leur réforme et de la portée encore indéfinie du droit à l'expérimentation, la France n'en demeure pas moins composée de différents « territoires de droit »⁶. La permanence de ce pluralisme juridique *ratione loci* invite à s'interroger de nouveau sur la mise en œuvre des principes d'unité et d'égalité en France. Une réinterprétation de ces principes paraît d'autant plus nécessaire que la « dénationalisation »⁷ du droit positif en France ne prend pas seulement la forme d'une régionalisation du droit ; elle se manifeste également par la personnalisation du droit.

¹ Art. LO 1113-1 du CGCT. Le Professeur Faure parle à cet égard d'un « droit à demander l'expérimentation » plus que d'un véritable « droit à l'expérimentation » des collectivités territoriales, en indiquant qu'« il aurait sans doute été difficile d'aller au-delà [...] et d'établir un droit d'initiative aux collectivités à même de saisir le gouvernement et le Parlement des projets d'expérimentation dont elles seraient les auteurs. [...] la consécration d'un tel pouvoir d'initiative [...] représenterait une menace pour la liberté d'initiative du Parlement et du gouvernement » (FAURE (Bertrand), « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mouvements du droit public. Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 185).

² Art. LO 1113-6 du CGCT.

³ Sous le contrôle toutefois du juge constitutionnel, qui peut être saisi pour vérifier que le législateur a pris soin de définir l'objet et les conditions de l'expérimentation. Jusqu'à présent, aucun contrôle n'a été exercé sur le fondement de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, mais il existe des précédents exercés sur le fondement de l'article 37-1 (CC, décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Rec.*, p. 144 ; *RFDA*, 2004, p. 1152, note B. Faure).

⁴ CC, décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *précit.*

⁵ ROUYERE (Aude), *Recherches sur la dérogation en droit public*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1993, p. 160.

⁶ L'expression est empruntée au Professeur LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, p. 254.

⁷ Selon l'expression de MADIOT (Yves), « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, p. 948.

§ 2. La personnalisation du droit

S'il existe des règles de droit applicables uniquement dans certaines parties du territoire national, il en est d'autres qui concernent uniquement certaines personnes ou certaines catégories de personnes, indépendamment du lieu où elles se trouvent¹. Ainsi, les statuts coutumiers ou les droits identitaires sont spécifiques à des personnes déterminées en fonction de leur origine, de leur filiation, de leur culture et/ou de leur simple volonté d'en bénéficier. Dans ces cas, l'assujettissement d'un individu à un ordre juridique particulier ou à des règles de droit différenciées n'est plus déterminé par son rattachement territorial à une région définie, mais par son appartenance (voulue ou imposée) à un groupe minoritaire donné.

Le phénomène de personnalisation du droit peut présenter différentes amplitudes. Comme l'indique le Professeur Otis, il faut en effet distinguer « la personnalité agissant comme simple critère d'application d'une norme, de la personnalité opérant comme critère d'attribution et de délimitation d'une compétence normative »². Dans le premier cas de figure, l'Etat choisit de soumettre différents groupes minoritaires – reconnus ou non comme tels – à des normes spécifiques qu'il édicte lui-même en fonction des spécificités de ces groupes. On est alors en présence d'une différenciation du droit étatique : s'il y a « pluralité de régimes personnels, il y a unicité du foyer d'édition de ces régimes multiples. Le principe de personnalité n'est pas, dans ce cas, l'instrument d'un aménagement pluraliste du pouvoir mais d'un aménagement communautaire du domaine du droit, c'est-à-dire qu'il y a alors personnalité des lois applicables à chaque groupe mais non autonomie [...] normative de ces groupes »³. Dans le second cas de figure, en revanche, les normes applicables aux individus membres du groupe minoritaire sont produites par le groupe lui-même, qui jouit à cet égard d'une véritable « autonomie personnelle », parfois aussi qualifiée de « culturelle »⁴. On est alors en présence d'un véritable pluralisme juridique *ratione personae*.

La présence de normes d'application personnelle dans le droit positif n'est pas sans soulever de difficultés dans un Etat comme la France où le principe de territorialité prévaut. La première de ces difficultés réside dans la mise en œuvre effective de ces droits par les autorités étatiques. De fait, si le système de la personnalité du droit permet l'application de normes ajustées à l'identité de chaque individu, il contribue dans le même temps à complexifier les situations juridiques et

¹ ROUQUETTE (Rémy), *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Éditions du Moniteur, 2002, p. 585, v° personnalité, et p. 794, v° territorialité.

² OTIS (Ghislain), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 47, n° 4, 2006, p. 788.

³ *Ibid.*

⁴ Voir notamment BAUBÖCK (Rainer), « Autonomie territoriale ou culturelle pour les minorités nationales ? », in DIECKHOFF (Alain) dir., *op. cit.*, p. 317.

l'action des institutions administratives et judiciaires¹. Ainsi, même lorsque des droits particuliers sont garantis par la Constitution, à l'exemple des statuts coutumiers, leur application peut rencontrer des obstacles institutionnels qui nuisent à leur reconnaissance et à leur respect.

La deuxième difficulté découle de l'identification des individus titulaires de droits spécifiques. En effet, la reconnaissance de droits différenciés ou catégoriels suppose au préalable la désignation des individus ou des groupes bénéficiant de ces droits au regard de critères divers, culturels ou autres. Le problème est alors de déterminer en fonction de quels critères pourra s'opérer cette différenciation, sans pour autant conduire à la stigmatisation ou à la discrimination de certains individus ou de certains groupes².

Enfin, la troisième difficulté résulte des options juridiques ouvertes aux individus par l'application personnelle de certaines règles de droit. Dès lors qu'une personne remplit les critères pour se voir appliquer une norme particulière, elle peut, dans certains cas, choisir d'être régie par cette norme spécifique ou de se soumettre à la norme de droit commun. Ces possibilités d'instrumentalisation du droit en fonction des intérêts individuels renforcent, à l'évidence, la complexité et l'insécurité juridiques.

Le pluralisme juridique *ratione personae* généré par la personnalisation du droit positif en France est donc source d'incertitude juridique, en raison des difficultés de mise en œuvre des droits d'application personnelle (A), du danger d'une « ethnicisation »³ du droit dans l'Etat (B) et du risque d'une instrumentalisation du droit par les individus (C).

¹ Comme le fait remarquer le Professeur Otis, « de tout temps, la personnalité des lois en contexte de pluralisme communautaire ou national a été d'un maniement délicat et complexe sur le plan institutionnel [...]. Il suffit d'observer l'expérience des États reconnaissant les statuts personnels pour mesurer la complexité pratique d'enjeux tels que la détermination des critères d'appartenance des individus au groupe, les conditions d'abandon, de changement ou de transmission de statut et la détermination du droit applicable, notamment en présence de relations juridiques entre personnes de statut différent » (OTIS (Ghislain), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 47, n° 4, 2006, p. 795).

² Il ne faut pas oublier que la personnalisation du droit autorisait, pendant la période coloniale, la ségrégation entre colonisateurs et colonisés en exemptant les colons européens du « droit indigène » considéré comme inférieur et donc réservé aux seuls Autochtones. Le régime des capitulations dans l'Empire ottoman avait été conçu dans le même esprit : en permettant aux occidentaux de bénéficier d'un régime de personnalité qui les assujettissait aux lois de leur pays d'origine, ce régime avait pour objectif de soustraire les ressortissants des grands puissances à des lois et à des juridictions locales tenues pour primitives. Voir LAFON (Jacques), « Les capitulations ottomanes : un droit para-colonial ? », *Droits*, n° 28, 1998, pp. 155-180.

³ Ce néologisme est emprunté à PIERRE-CAPS (Stéphane), « L'ordre juridique français et les situations minoritaires », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-Marseille, Economica / PUAM, 1999, p. 100.

A. Les difficultés de mise en œuvre des droits d'application personnelle

Une règle de droit dont le champ d'application est personnel est susceptible, *a priori*, d'être mise en œuvre par les individus concernés quel que soit le lieu où ils se trouvent sur le territoire national. C'est précisément en cela que les statuts personnels se distinguent des droits locaux : « quand un Alsacien quitte l'Alsace, son droit local ne le suit pas ; au contraire, un Mahorais conserve son statut personnel en quittant Mayotte, ce qui n'est pas sans lui causer des problèmes de tous ordres devant les administrations de la métropole »¹. Cette dichotomie théorique doit toutefois être nuancée : en pratique, la référence territoriale n'est jamais complètement écartée lorsque les lois sont d'application personnelle². Dès lors, il est possible de parler de personnalité plénière lorsque le critère de personnalité est l'unique facteur attributif de droits à un groupe ou à ses membres, sans référence spatiale autre que celle inhérente à l'État. Dans cette hypothèse, le droit spécifique – qu'il soit généré par le groupe ou produit par l'Etat – est susceptible de s'appliquer aux individus concernés, quel que soit leur domicile sur le territoire national. En revanche, il y aura personnalité simple lorsque l'appartenance personnelle à un groupe, tout en constituant la condition nécessaire de l'application d'une norme, se trouvera néanmoins combinée à une exigence de rattachement à une partie spécifique du territoire étatique³.

En se fondant sur cette distinction, il est possible de classer les différents droits d'application personnelle en vigueur en France⁴. Les droits préférentiels liés à l'exercice de la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie ou à la reconnaissance de privilèges sociaux ou fonciers en Polynésie française relèvent clairement du régime de personnalité simple⁵. En effet, dans la mesure où ils portent sur l'emploi local, le patrimoine local ou les élections territoriales, ces droits ne peuvent être appliqués que dans le cadre des deux collectivités concernées. De plus, leur exercice est réservé aux personnes justifiant d'une durée minimale de résidence en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française. L'utilisation de ce critère permet à l'évidence de réintroduire le système de territorialité du droit : imposer à une personne de résider de manière

¹ BONNELLE (François) dir., *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Rapport au Secrétaire d'Etat à l'outre-mer, Paris, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 1998, p. 54.

² Comme le fait observer le Professeur Pierré-Caps, « le principe de personnalité ne peut fonctionner sans principe territorial. Les deux principes se rapportent même dialectiquement l'un à l'autre : le principe personnel individualise les nations en même temps qu'il les fait exister juridiquement ; le principe territorial organise les nations en même temps qu'il les fait coexister juridiquement » (PIERRE-CAPS (Stéphane), « Le principe de l'autonomie personnelle : une solution d'avenir ? », in DIECKHOFF (Alain) dir., *La constellation des appartenances : nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 383).

³ Sur cette distinction, voir OTIS (Ghislain), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 47, n° 4, 2006, p. 789.

⁴ Les droits confessionnels particuliers ne sont pas, en France, d'application personnelle, dans la mesure où leur régime relève des droits locaux. Ils ne peuvent donc être mis en œuvre que dans les régions où ces droits locaux sont applicables. Voir *supra*, pp. 373ss.

⁵ LECHAT (Philippe), « La préférence territoriale en Polynésie française : éléments de réflexion », *Annales du Centre universitaire de Pirae (Tahiti)*, n° 5, 1990-1991, p. 74.

continue¹ dans une collectivité donnée pour bénéficier de droits spécifiques d'application personnelle revient à circonscrire territorialement les possibilités d'obtention et de mise en œuvre de ces droits.

S'agissant au contraire des droits linguistiques, le droit de parler et le droit d'apprendre une langue régionale sont l'un comme l'autre applicables sur l'ensemble du territoire national² ; ils supposent donc un régime de personnalité plénière. Tel est également le cas des statuts personnels coutumiers qui s'appliquent *intuitu personae*, indépendamment de toute considération territoriale³. Il est vrai que l'expression « statuts civils de droit local », parfois employée pour les désigner⁴, pourrait laisser supposer que le bénéfice de ces statuts est limité aux seuls territoires où ils puisent leur origine⁵ ; il convient cependant, sur ce point, de ne pas assimiler le champ d'application d'un statut à son origine territoriale. Dès lors, le Professeur Luchaire a pu affirmer à juste titre au sujet du statut personnel mahorais, que « ce statut doit être respecté sur tous les territoires de la République et donc par conséquent lorsqu'un ressortissant musulman de Mayotte se retrouve dans un autre territoire français »⁶.

Ainsi, la personnalisation plénière des droits liés aux statuts coutumiers autorise les citoyens français de statut particulier établis en métropole ou dans une collectivité ultra-marine autre que leur collectivité d'origine, à exercer l'ensemble des prérogatives reconnues par leur statut – alors même que l'exercice de certaines de ces prérogatives pourrait être interdit à des étrangers résidant en France⁷. Cette situation a

¹ Sous réserve des éventuels déplacements et séjours à l'étranger ou dans d'autres parties du territoire national « pour accomplir le service national, pour suivre des études ou formation ou pour des raisons familiales, professionnelles ou médicales » (Cass. civ. 2^{ème}, 26 mai 2005, *Kilikili*, *Bull.*, II, n° 134, p. 120 ; *AJDA*, 2005, p. 2014, note C. David).

² Lors de la signature de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, le gouvernement français s'était engagé à autoriser, à encourager ou à mettre en place, si le nombre de locuteurs le justifiait, un enseignement dans ou de la langue régionale concernée sur d'autres territoires que ceux sur lesquels cette dernière est traditionnellement pratiquée (art. 8 al. 2 de la Charte). En pratique, il est très improbable que le nombre de locuteurs ou le nombre d'élèves souhaitant apprendre le basque soit suffisant pour justifier l'ouverture en Bretagne d'une classe d'enseignement de la langue basque. Les conditions posées par les textes laissent donc toute latitude à l'Administration pour décider de la mise en œuvre, dans telle ou telle région, du droit à l'enseignement d'une langue régionale.

³ La circulaire du Ministre de la Justice du 7 mars 1957 ne laisse aucun doute à cet égard : « si, auparavant, certaines procédures concernant le statut étaient d'application territoriale, la Constitution fait abstraction de toute condition liée à la résidence et le choix apparaît aujourd'hui comme un droit attaché à la personne et susceptible, comme tel, d'être exercé en tout lieu » (*RJPUF*, 1958, p. 708).

⁴ Cette expression apparaît dans la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte ; l'appellation plus appropriée de « statut personnel » réapparaît toutefois à l'article 59 alinéa 3 de la loi (*JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199).

⁵ Ainsi, pour certains auteurs, l'article 75 de la Constitution serait d'application territoriale. En ce sens, voir notamment HORY (Jean-François), « L'article 75 », in CONAC (Gérard), LUCHAIRE (François) dir., *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987, p. 1309 ; RETTERER (Stéphane), « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, p. 1078.

⁶ LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, p. 35.

⁷ L'exemple le plus marquant étant sans doute la polygamie : même si le juge reconnaît certains effets aux mariages polygames en France (Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1980, *Larbi Bouazza*, *Bull.* I, n° 4, p. 3), il

été plusieurs fois confirmée par la jurisprudence. Ainsi, un jugement du tribunal civil de Nouméa en date du 11 juin 1990 reconnaît comme valable un mariage célébré en Nouvelle-Calédonie selon les formes coutumières wallisiennes¹. Dans le même sens, la Cour d'appel de Besançon a reconnu en 1997 le droit au bénéfice et à l'exercice des statuts personnels sur le territoire métropolitain, affirmant que ces statuts « ne sont pas des coutumes locales dont le domaine aurait été circonscrit à la région dont étaient originaires leurs bénéficiaires, mais constituaient et constituent encore un statut particulier attaché à la personne, pouvant donc être invoqué par son titulaire sur toute l'étendue du territoire français »². Ainsi, en théorie, un citoyen français jouissant du statut particulier mahorais (et ayant l'âge de se marier au 1^{er} janvier 2005) a le droit de contracter plusieurs mariages sur l'ensemble du territoire national, en dépit de l'article 147 du Code civil.

Cet état du droit n'est pas sans soulever de questions pratiques. En effet, la personnalité plénière du champ d'application de certains droits dérogatoires suppose que l'ensemble des institutions nationales, quel que soit leur ressort, reconnaissent ces droits et soient en mesure de les appliquer ou de les faire respecter. Or, l'organisation et les moyens de l'Administration sont souvent inadaptés ou insuffisants pour mettre en œuvre ces droits particuliers de manière effective. Ainsi, s'agissant du droit à l'enseignement d'une langue régionale, il serait impossible d'un point de vue budgétaire d'ouvrir un cours pour tout élève désireux de suivre un tel enseignement dans le cadre de l'école publique. C'est précisément pour prémunir l'Etat contre de telles revendications que le juge a estimé que l'Administration n'avait pas l'obligation d'organiser l'enseignement des langues locales³. De ce point de vue, le droit à l'apprentissage d'une langue régionale n'est pas absolu.

Si semblables difficultés d'application des droits linguistiques peuvent se concevoir dans la mesure où ces droits ne sont pas constitutionnellement reconnus, elles s'avèrent en revanche illégales dans le cas des statuts coutumiers, dont la jouissance est garantie par l'article 75 de la Constitution. Pourtant, les titulaires de statuts personnels rencontrent eux aussi des obstacles pratiques dans la mise en œuvre de leurs prérogatives coutumières. De fait, rien n'est prévu sur le plan institutionnel pour permettre l'application des statuts particuliers hors de leur territoire d'origine : en cas de migration, les citoyens relevant d'un statut civil particulier rencontrent souvent de grandes difficultés à le voir reconnu et appliqué. Ainsi, les registres d'état civil ne

n'est pas permis aux étrangers de contracter plusieurs unions sur le territoire français – alors que cette possibilité demeure ouverte aux citoyens français jouissant d'un statut personnel mahorais et ayant atteint l'âge requis pour se marier avant le 1^{er} janvier 2005.

¹ Mentionné in ORFILA (Gérard), *La Nouvelle-Calédonie et le droit. Regard sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 100.

² CA Besançon, 13 juin 1995, *Mlles Narwada et Radjeswari c/ Parquet général*, *RRJ*, 1997, p. 347, note Boyer.

³ En ce sens, voir CE, 30 septembre 1994, *M. Cadoret*, Inédit ; CE, 15 avril 1996, *Association des parents d'élèves pour l'enseignement du breton*, Inédit ; CC, décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70.

prévoient pas cette hypothèse : par exemple, un enfant né en Nouvelle-Calédonie de parents jouissant de statuts coutumiers autres que le statut kanak, sera inscrit sur les registres de l'état civil de droit commun et sera alors assimilé au statut civil de droit commun, sans avoir nullement renoncé à son statut personnel comme l'exige pourtant la Constitution¹. De la même manière, le mariage de deux personnes de statut wallisien, futunien ou mahorais en Nouvelle-Calédonie est prononcé par l'officier d'état civil de droit commun, faute d'institution spécifique. Cet écueil du système administratif s'avère particulièrement problématique pour les quelques 18 000 Wallisiens et Futuniens installés en Nouvelle-Calédonie : à défaut d'état civil particulier, ils sont soumis au droit commun et leurs enfants sont considérés comme ayant le statut de droit commun².

Le problème se pose dans les mêmes termes en métropole, où l'organisation de l'état civil ne permet pas la constatation et ne facilite pas, de ce fait, le respect des statuts coutumiers. Il peut également arriver que certaines des règles composant le statut particulier d'un citoyen originaire d'une collectivité d'outre-mer apparaissent inapplicables en métropole, pour des raisons d'ordre technique ou procédural. Ce cas peut se présenter lorsque le droit traditionnel prévoit l'intervention d'une autorité administrative ou religieuse inexistante en métropole, ou lorsque le droit commun ne connaît pas les procédures qui seraient nécessaires pour qu'une règle coutumière déterminée soit observée. Il se présente, plus généralement, chaque fois que l'application d'une règle traditionnelle suppose des conditions qui ne sont pas réalisées en métropole. Ainsi, la procédure coutumière de divorce pour les citoyens relevant du statut kanak suppose l'intervention préalable des clans ; certaines procédures administratives ou judiciaires à Mayotte nécessitent pour leur part la médiation du *cadi*. En pareille circonstance, l'observation du droit coutumier se révèle impossible et le juge (ou l'administration) est nécessairement amené à faire une application subsidiaire du droit commun³. Une telle solution par défaut n'est pas sans susciter quelques doutes quant au respect effectif de l'article 75 de la Constitution⁴.

Dans ces hypothèses, il serait abusif de déduire du recours aux institutions de droit commun une quelconque volonté de l'individu de renoncer, par là même, à son statut particulier. La Cour d'appel de Nouméa a d'ailleurs confirmé l'absence de lien entre

¹ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, p. 176.

² ORFILA (Gérard), *La Nouvelle-Calédonie et le droit. Regard sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 100.

³ La question se pose dans les mêmes termes en droit international privé, où la loi étrangère peut être évincée au profit de la loi française en raison de l'impossibilité de l'appliquer. Voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, pp. 144-145.

⁴ Ces doutes étaient déjà d'actualité sous la IV^e République : voir GOUET (Yves), « Remarques sur une réorganisation éventuelle de l'état civil dans les parties d'outre-mer de la France qui connaissent le régime de la pluralité des états civils et dans les territoire sous tutelle », *RJPUF*, 1954, p. 566.

ces deux faits dans un arrêt en date du 12 avril 1999¹. La Cour était saisie par des plaideurs relevant du statut coutumier futunien qui s'étaient mariés en Nouvelle-Calédonie devant l'officier d'état civil de droit commun. En l'absence d'état civil de droit futunien sur le territoire, le juge a estimé que « leur qualité de citoyens français les autorisait à opter pour une institution régie par le droit civil commun, sans que cela vaille pour autant renonciation au bénéfice du statut personnel »². Cette affirmation confirmait également la compétence du juge de droit commun, en l'absence de juridiction de droit futunien. Cette affaire souligne « la nécessité d'un dispositif qui permette aux citoyens autochtones de se voir appliquer partout où ils se trouvent leur droit propre »³. Il apparaît clairement qu'en l'absence des structures administratives minimales, les prescriptions de l'article 75 de la Constitution ne peuvent se voir pleinement respectées : en l'espèce, le mariage devant un officier d'état civil incompetent à raison du statut des personnes a été validé, dans la mesure où il a été rattaché à l'exercice d'une option tacite de législation, en dépit des termes restrictifs de l'article 75 de la Constitution qui n'envisage le changement de statut que par décision expresse.

La résolution de ces difficultés nécessiterait des réformes administratives de plus ou moins grande ampleur. La première d'entre elle consisterait à rajouter une mention supplémentaire à l'état civil de droit commun, afin d'indiquer la possession par l'individu concerné d'un statut particulier⁴ ; cette réforme réalisable à court terme permettrait d'éviter la création d'états civils particuliers, qui serait beaucoup plus lourde financièrement et matériellement. Une seconde réforme pourrait reposer sur la mise en place, pour l'ensemble des juridictions nationales, d'une procédure de consultation obligatoire des assesseurs coutumiers ou des autorités coutumières du territoire concerné, dès lors qu'une juridiction est saisie d'un litige mettant en présence des requérants de statut coutumier. Dans cette hypothèse, le juge surseoirait à statuer jusqu'à ce que l'avis des instances coutumières soit rendu ou la preuve du droit coutumier donnée. De telles réformes permettraient d'établir les conditions d'exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, sans pour autant remettre fondamentalement en cause les pratiques institutionnelles. En ce sens, l'aplanissement des difficultés de mise en œuvre des droits d'application personnelle semble ne relever que de la bonne volonté de l'Administration. L'absence d'initiative en la matière paraît donc surprenante. Faut-il y voir une simple négligence des institutions face à la situation de

¹ CA Nouméa, n° 28, 12 avril 1999, *Tialetagi c. Lie*, mentionné in LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 18.

² CA Nouméa, n° 28, 12 avril 1999, *Tialetagi c. Lie*.

³ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 18.

⁴ Cette réforme est proposée par GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 4, 2001, p. 1563.

personnes qui demeurent très minoritaires ou, plus fondamentalement, y lire la crainte des autorités publiques face au danger réel d'une ethnicisation du droit ?

B. Le danger d'une ethnicisation du droit dans l'Etat

Dès lors que des règles de droit positif sont d'application personnelle, il est nécessaire d'identifier les individus soumis à ces règles. Pour ce faire, il faut fixer les critères permettant de distinguer ces individus dans l'ensemble de la population nationale. Cette définition ne soulève pas de grande difficulté s'il s'agit, par exemple, de désigner les titulaires de droits dérogatoires au regard de leur âge, de leur niveau de revenus ou de la présence d'un handicap ; l'utilisation de ces critères objectifs pour appliquer des règles de droit différenciées n'est pas constitutive d'une rupture d'égalité¹. En revanche, dès lors qu'il s'agit de reconnaître des droits spécifiques tels que les statuts coutumiers ou les droits identitaires, à des individus membres de minorités nationales, il devient difficile de ne pas recourir à des critères de distinction tels que l'origine ou la race, pourtant proscrits par l'article 1^{er} de la Constitution².

Les autorités françaises ont tenté de surmonter cette difficulté en adoptant, chaque fois qu'elles l'ont pu, des critères neutres tels que la durée minimale de résidence dans un territoire. L'utilisation de ce critère pour déterminer les titulaires de droits préférentiels en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française autorise l'attribution, en toute légalité³, de droits spécifiques à des catégories déterminées de citoyens. En pratique toutefois, elle permet de contourner les interdictions posées par la Constitution, par l'utilisation d'un subterfuge juridique : dans la plupart des cas, le recours au critère de résidence ne fait que pallier l'interdiction d'utiliser le critère de l'origine, notamment ethnique⁴. Cet exemple révèle la propension de l'Etat à reconstruire les identités minoritaires, en établissant une définition administrative artificielle de leurs caractéristiques imputées. Comme l'indique le Professeur Le Pourhiet, l'identité devient « le résultat d'un processus d'identification élaboré par et dans le système juridique ; codifiée et codée, l'identité permet aux pouvoirs publics de “nommer” chaque individu, chaque groupe et, par la suite, de le situer pour l'inclure

¹ En ce sens, voir LONG (Marceau) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 67, pp. 439-440.

² La prohibition de toute distinction fondée sur l'origine figure également dans le cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

³ La condition d'une durée minimale de résidence dans un territoire est en effet considérée par le juge comme conforme aux dispositions constitutionnelles. En ce sens, voir CC, décision n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Rec.*, p. 34 ; *Dalloz*, *Jurisp.*, 1988, p. 289 ; note F. Luchaire ; *AIJC*, 1987, p. 603, note B. Genevois ; décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *LPA*, n° 106, 30 mai 2005, p. 7, chron. M. Verpeaux et L. Janicot ; décision n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3252 ; *LPA*, n° 69, 2007, p. 3, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 2007, p. 398, note S. Brondel.

⁴ En ce sens, voir LECHAT (Philippe), « La préférence territoriale en Polynésie française : éléments de réflexion », *Annales du Centre universitaire de Pirae (Tahiti)*, n° 5, 1990-1991, pp. 73-87.

dans une catégorie donnée »¹. Cette catégorie sera alors un construit juridique dont les contours pourront éventuellement se rapprocher, mais ne coïncideront jamais tout à fait avec les contours sociologiques de la minorité nationale concernée.

Il demeure toutefois certains droits spécifiques, les droits coutumiers, dont l'attribution n'a pu être soumise à des critères palliatifs. Dans le silence de la Constitution, le législateur et le juge ont dû se résoudre à reconnaître le bénéfice des statuts personnels à des individus caractérisés par leur origine, leur filiation et leur volonté de s'y soumettre². Si le dernier critère introduit la possibilité d'un choix personnel, les deux autres révèlent une approche déterministe qui ne peut que heurter les principes républicains³. La perspective souvent dénoncée d'une « ethnicisation » du droit⁴ semble ainsi se confirmer par le recours implicite à des critères prohibés par la Constitution (1) mais doit toutefois être nuancée par la consécration, quoiqu'encore imparfaite, de l'autonomie personnelle des individus (2).

1. Un danger confirmé par le recours implicite à des critères prohibés

Aux termes de la Constitution et du Code pénal, toute discrimination fondée sur l'origine ou l'ethnie est proscrite et peut faire l'objet de sanctions⁵. *A priori*, ces critères ne peuvent donc être retenus pour déterminer les titulaires de droits ou d'obligations spécifiques. Pourtant, il est arrivé au constituant, au juge constitutionnel, voire même au législateur de passer outre cette interdiction, témoignant ainsi du fait que le droit positif français est plus perméable qu'on ne le suppose aux critères déterministes. Ainsi, l'origine qui constituait un critère autorisé de différenciation entre les colons et les populations indigènes pendant la période coloniale, n'a pas disparu avec l'indépendance des anciennes colonies françaises. On la retrouve aujourd'hui dans toutes les situations juridiques nées de la colonisation : comme critère d'attribution de la nationalité française⁶, comme condition de jouissance d'un

¹ KOUBI (Geneviève), « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 268.

² Voir *supra*, pp. 110-116.

³ On est en effet bien loin du « droit à l'in-différence » prônée par le Professeur Koubi, qui désigne par ce néologisme « une opposition à toute stigmatisation de la différence [...], un refus de lui accorder une valeur telle qu'elle puisse indiquer le seuil de l'exclusion. L'in-différence consiste, en effet, à rejeter la fixation de la notion d'identité et l'immobilisation de la notion de différence sur un critère, un caractère, une qualité prédéfinis » (KOUBI (Geneviève), « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 280).

⁴ Ce néologisme éloquent est emprunté à PIERRE-CAPS (Stéphane), « L'ordre juridique français et les situations minoritaires », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-Marseille, Economica / PUAM, 1999, p. 100.

⁵ Aux termes de l'article 225-1 alinéa 1^{er} du Code pénal, « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, [...] de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

⁶ Ainsi, la loi n° 60-752 du 28 juillet 1960 (*JORF*, 30 juillet 1960, p. 7040) établissait une distinction entre les personnes « originaires, conjoints, veufs ou veuves d'originaires du territoire de la République française », auxquels la nationalité française devait être maintenue de plein droit à l'indépendance, et

statut coutumier¹ ou encore, de manière indirecte, comme condition d'acquisition de la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie et de participation au futur scrutin d'autodétermination. Sur ce dernier point, il est vrai que l'exercice du droit de vote aux élections territoriales et au scrutin d'autodétermination n'est pas officiellement déterminé par l'origine des individus pouvant y prétendre, mais par leur durée de résidence dans l'archipel² ; pour autant, comme l'indique le Professeur Luchaire, cette condition de résidence supplée implicitement le critère prohibé de l'origine³.

De manière similaire, l'appartenance ethnique a parfois été reconnue par le législateur ou par le juge comme critère d'attribution de droits spécifiques à certaines populations ultra-marines. Ainsi, saisi en 1985 d'une loi redéfinissant le découpage électoral de la Nouvelle-Calédonie⁴, le Conseil constitutionnel a repoussé l'argumentation des requérants qui estimaient que le remodelage des circonscriptions électorales avait pour objet de sur-représenter une partie de la population locale, identifiée en fonction d'un critère ethnique contraire à l'article 2 (devenu depuis lors l'article 1^{er}) de la Constitution⁵. Pour le juge constitutionnel, ces dispositions « ne font pas obstacle à la possibilité pour le législateur, en conformité avec l'article 74 de la Constitution, d'instituer et de délimiter des régions dans le cadre de l'organisation particulière d'un territoire d'outre-mer en tenant compte de tous éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique des populations »⁶. Ce

les autres dont la nationalité française ne pouvait être conservée qu'au terme d'une procédure de déclaration. Dans une autre perspective, la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 relative à Wallis et Futuna (*JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019) attribue expressément la nationalité française à tous les individus « originaires » du territoire.

¹ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, pp. 210-212.

² Voir *supra*, pp. 336ss.

³ Le Professeur Luchaire commentait en ce sens la condition de durée de résidence posée par l'article 2 de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (*JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087), qui fixait les conditions d'exercice du droit de vote au scrutin d'autodétermination de 1998. Son raisonnement est pleinement transposable à la condition similaire posée par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197). Voir LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, p. 58. Dans le même sens quoique de manière plus virulente, le Professeur Le Pourhiet affirme qu'en consacrant des distinctions entre les citoyens à raison de leur origine ou de leur ethnie, la législation issue de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 n'est pas « sans rappeler des périodes sombres de notre histoire » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1031).

⁴ CC, décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Rec.*, p. 63 ; *RA*, 1985, p. 572, note R. Etien ; *Pouvoirs*, n° 36, 1986, p. 179, note P. Avril et J. Gicquel ; *RDP*, 1986, p. 395, note L. Favoreu ; *AIJC*, 1985, p. 423, note B. Genevois ; *AJDA*, 1985, p. 605, note L. Hamon ; *Dalloz*, 1986, p. 45, note F. Luchaire. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 36, p. 603.

⁵ L'objectif du législateur était en effet de valoriser la représentation de la population mélanésienne, qui représentait près de 80 % des inscrits dans trois provinces de la Nouvelle-Calédonie (Nord, Centre, Iles Loyauté) mais moins de 20 % dans la province Sud. En ce sens, voir GENEVOIS (Bruno), « De l'égalité de suffrage à l'égalité de représentation », *AIJC*, 1985, pp. 423-425.

⁶ En l'espèce, le juge a estimé que le législateur avait excédé cette possibilité (CC, décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *précit.*). Cette décision est à rapprocher de la décision n° 82-151 DC du 12 janvier 1983 (*Rec.*, p. 29) où le Conseil constitutionnel estimait que l'organisation particulière du territoire de

faisant, le Conseil constitutionnel s'est abstenu de se prononcer sur la constitutionnalité du critère ethnique. Pour une partie de la doctrine, le juge admettait ainsi que les prohibitions de l'ancien article 2 pouvaient n'être que relatives, le législateur pouvant tenir compte de « tous éléments d'appréciation », y compris l'appartenance ethnique¹. S'il est vrai que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion, depuis lors, de réaffirmer une position plus stricte en matière d'interdiction des distinctions fondées sur l'origine ou l'ethnie², le débat sur l'usage de ces critères n'en demeure pas moins ouvert³. Au regard du droit positif et notamment du droit de l'outre-mer, il paraît donc judicieux de se demander si l'ethnie ne serait pas devenue « une catégorie juridique du droit français »⁴.

Les tergiversations des autorités publiques en la matière ne peuvent qu'être accentuées par l'absence de définition précise des notions en cause. L'origine et l'ethnie apparaissent en effet comme des « signifiants flottants »⁵, des concepts dépourvus de toute signification prédéterminée, dont l'acception varie suivant la personne qui les emploie. Les deux sont à l'évidence liés⁶, comme ils sont également liés à la notion de race, autre critère prohibé par la Constitution. C'est du reste en

Nouvelle-Calédonie pouvait donner lieu à l'établissement du scrutin proportionnel aux élections municipales, pour tenir compte « de la situation géographique et de la *diversité ethnique* de ce territoire ».

¹ En ce sens, voir ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 211 ; MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, pp. 78-79. Dans la même perspective, le Professeur Lochak considère qu'en ne reprenant pas dans sa décision le qualificatif « ethnique » plusieurs fois cité par les auteurs de la saisine, le juge s'abstenait pour le moins de le condamner (LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1987, p. 784).

² Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50 ; FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 41, p. 724.

³ Ainsi, jusqu'en 2003, l'appartenance ethnique des personnes faisait partie des données dont la collecte était autorisée en vue du recensement de la population dans les territoires d'outre-mer (WERY (Claudine), « Un recensement "ethnique" contesté en Nouvelle-Calédonie », *Le Monde*, 5 août 2003). Cette pratique a été abandonnée depuis lors, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ayant rappelé, dans un avis du 8 juillet 2005, que le droit français interdisait de « recueillir des données relatives à l'origine raciale ou ethnique réelle ou supposée ». Pourtant, un amendement sénatorial proposé à l'occasion de l'examen du projet de loi sur l'égalité des chances en mars 2006 tendait à ce que soit établie « une typologie des groupes de personnes susceptibles d'être discriminées à raison de leurs origines raciales ou ethniques » ; cette typologie était destinée à « mesurer la diversité des origines » dans les administrations et les entreprises de plus de 150 salariés (voir LECERF (Jean-René), *Avis sur le projet de loi pour l'égalité des chances*, Avis n° 214, Sénat, 22 février 2006, p. 37). En juillet 2006, un rapport officiel préconisait également l'établissement d'un comptage ethnique dans les administrations et les entreprises (FAUROUX (Roger), *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport au Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, juillet 2005, pp. 20-24).

⁴ NGUYEN THE KIM (François), « L'ethnie, une catégorie juridique du droit français ? », *La tribune du droit public*, n° 2, 1998, pp. 303-333.

⁵ Le terme est emprunté à LEVI-STRAUSS (Claude), « Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss », in MAUSS (Marcel), *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 11^{ème} éd., 2004, p. 6.

⁶ Commentant la décision n° 85-196 DC du 8 août 1985 (*précit.*), le Professeur Mélin-Soucramanien conclut que « selon l'interprétation du juge constitutionnel, le concept d'origine ne diffère guère de celui d'appartenance géographique ou ethnique » (MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, p. 82).

raison de sa proximité sémantique avec cette notion de race, porteuse de discriminations à caractère essentiellement biologique, que le terme d'ethnie est généralement banni du vocabulaire juridique français¹. Pourtant, à la différence des sciences juridiques qui y voient une notion déterministe, les autres sciences sociales considèrent que l'ethnicité « n'est pas qu'une question de parenté et d'ascendance biologique mais plutôt une question de construction sociale et politique »². En ce sens, l'ethnicité renvoie à la conscience d'appartenir et de partager les caractéristiques linguistiques, culturelles ou religieuses propres à une communauté. Il ne s'agit pas d'une construction figée et intangible, mais au contraire d'un phénomène social évolutif faisant appel à un processus de construction de l'identité d'un individu ou d'un groupe³. Cette approche libérale implique que tout individu puisse changer librement d'appartenance identitaire au cours de sa vie. Dans cette perspective, la plupart des textes internationaux relatifs aux minorités nationales ou aux populations autochtones insistent sur la nécessaire auto-définition des personnes appartenant à des groupes minoritaires, afin d'éviter « une séquestration de l'individu dans une appartenance préfabriquée par les groupes à la recherche d'une particularité culturelle ou identitaire fondatrice de leur cohésion »⁴ : est minoritaire ou autochtone celui qui se considère comme tel et est vu ainsi par le groupe auquel il prétend appartenir⁵.

Il est vrai qu'adopter une telle conception élective de l'appartenance ethnique conduit à oublier que toute minorité nationale présente une réalité socioculturelle indépendante de la volonté des individus qui en sont membres. De fait, la liberté d'appartenance communautaire paraît hypothétique sur le plan anthropologique car « rien ne s'impose autant à l'homme que son ethnicité »⁶. Pourtant, sur le plan

¹ Voir MARTINIELLO (Marco), *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 2997, 1995, p. 15 ; LOCHAK (Danièle), « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 303 ; TAYLOR (Anne-Christine), « Ethnie », in BONTE (Pierre), IZARD (Michel) dir., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2007, pp. 242-244.

² MARTINIELLO (Marco), *op. cit.*, p. 26.

³ En ce sens, dénonçant une définition immuable de l'ethnie qui serait appréhendée comme une race, voir CAHEN (Michel), *Ethnicité politique. Pour une lecture réaliste de l'identité*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 83. Dans le même sens, le sociologue Alain Touraine estime qu'il ne faut pas confondre « la conscience ethnique, qui est une des composantes de l'identité sociale et culturelle, l'une des conditions de défense de l'autonomie sociale et de la liberté personnelle des acteurs sociaux, avec le racisme, qui impose une définition raciale comme un stigmate aux populations qu'un pouvoir absolu cherche à détruire ou à inférioriser » (TOURAINÉ (Alain), *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, p. 266).

⁴ KOUBI (Geneviève), « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 272.

⁵ En ce sens, voir l'article 3 alinéa 1^{er} de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales ; l'article 1^{er} alinéa 2 de la Convention 169 de l'OIT ; l'avis n° 2 de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie, 11 janvier 1992, *RGDIP*, 1992, pp. 266-267 ; *AFDI*, 1991, p. 341, note A. Pellet. Voir également CAPOTORTI (Francesco), *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 24 juin 1977, p. 102 (E/CN.4/sub.2/384/Rev.1) ;

⁶ BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 417.

juridique, cette approche qui privilégie l'adhésion volontaire à l'appartenance prédéterminée présente un double intérêt notoire.

En premier lieu, elle permet de privilégier les libertés individuelles sur les droits des groupes¹. L'enfermement d'un individu dans une identité définitive et exclusive présente en effet le risque que les groupes se saisissent des individus et que les droits collectifs priment sur les droits individuels. Il est donc nécessaire d'assurer « la primauté de la protection des droits individuels sur la détermination aléatoire des droits des groupes »², afin de garantir le respect du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine³.

En second lieu, l'approche volontariste replace l'individu au centre de la réflexion identitaire. Dans cette perspective, chaque individu doit avoir le droit de participer à la préservation de sa propre culture et donc au maintien des différences fondatrices de son identité, mais il doit avoir également le droit de choisir son appartenance culturelle⁴. Il est vrai que la présence d'un élément subjectif, la volonté individuelle, dans la définition de l'identité rend difficile sa détermination, dans la mesure où l'adhésion volontaire d'un individu à une culture ou à une ethnie est difficilement mesurable. Cet inconvénient pourrait être réduit par l'exigence d'une manifestation expresse de volonté sous la forme, par exemple, d'une déclaration d'appartenance minoritaire⁵. Certains Etats européens

¹ À cet égard, plusieurs auteurs ont montré les déficiences du système confessionnel libanais en matière de libertés individuelles, en raison notamment de l'impossibilité pour les individus de se dissocier de leur statut religieux et du statut personnel qui s'y rattache. Voir GANNAGE (Léna), « Religion et droits fondamentaux dans le droit libanais de la famille », in Centre d'étude du monde arabe, *Droit et religion*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 517-524.

² KOUBI (Geneviève), « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 274. De même, pour le Professeur Kymlicka, la « citoyenneté différenciée » doit être obligatoirement conciliée avec les principes du libéralisme politique. Dès lors, tout droit collectif ayant pour conséquence un amoindrissement des libertés individuelles doit être inconditionnellement rejeté. Voir KYMLICKA (Will), *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, p. 257.

³ Voir EVAIN (Stéphanie), *Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et le respect de l'être humain dans son identité*, thèse de doctorat, Université de Cergy-Pontoise, 1999, 430 p.

⁴ Tous les Etats, même les plus libéraux, ne reconnaissent pas la liberté d'appartenance culturelle des individus. Ainsi, au Canada, c'est la Loi sur les Indiens de 1876 qui détermine qui est Indien et, par suite, qui peut bénéficier du statut juridique des Indiens déterminé par la loi – les critères d'appartenance étant différents pour les hommes et pour les femmes. A l'origine, l'appartenance d'un individu à une bande indienne découlait directement de la possession du statut d'Indien. Une réforme de 1985 a modifié cette situation en introduisant une distinction entre le statut indien et l'appartenance à une bande. Le législateur canadien reconnaît désormais aux bandes indiennes la possibilité d'adopter elles-mêmes un code d'appartenance réglementant les conditions requises pour être membre de la bande, sous le contrôle du Ministre des affaires indiennes. La législation canadienne exclut donc le critère de l'auto-identification : un individu ayant un sentiment d'appartenance à une communauté indienne mais ne répondant pas aux critères posés soit par le législateur pour avoir le statut d'Indien, soit par la bande pour être membre du groupe, ne peut donc pas être juridiquement considéré comme tel. Voir DUPUIS (Renée), *La question indienne au Canada*, Montréal, Éd. du Boréal, 1991, pp. 42-46.

⁵ Cette solution est notamment préconisée par le Professeur Pierré-Caps, in ROULAND (Norbert), PIERRE-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 234.

comme la Hongrie¹ ou l'Estonie² pratiquent, depuis le début des années 1990, ce système d'autonomie personnelle et ont fait de ce « droit subjectif d'option active »³ un droit constitutionnellement reconnu. En France, la possibilité conditionnée d'un changement de statut personnel constitue une avancée encore imparfaite vers la consécration de l'autonomie personnelle.

2. Un danger nuancé par la consécration imparfaite de l'autonomie personnelle

Dans les années 1950, le Professeur Lampué affirmait que « si elle peut correspondre, en très grande partie, à des différences d'origine, [la distinction entre les citoyens suivant leur statut civil] n'est cependant pas fondée sur une base ethnique. En effet, il est permis aux citoyens qui n'ont pas le statut civil français d'acquérir ce dernier en renonçant à leur statut personnel [...]. Par conséquent, les citoyens de statut civil français peuvent avoir une origine quelconque. Si leur statut se transmet par la filiation, cette transmission s'opère au sein d'une catégorie de personnes qui est composite du point de vue ethnique et qui ne se limite pas à une race déterminée »⁴. En ce sens, la faculté de renoncer au statut coutumier apparaît comme une limite à l'ethnisation du droit, dans la mesure où l'application des normes coutumières ne relève pas uniquement de critères de filiation et d'origine mais fait également intervenir le choix personnel des individus concernés⁵.

La possibilité pour ces individus de changer de statut personnel est ancienne⁶ et a été constitutionnalisée en 1946⁷ mais jusqu'en 2001, aucune loi n'était intervenue pour en préciser les conditions d'exercice, l'inaction du législateur témoignant d'un

¹ Le système d'autonomie personnelle est organisé en Hongrie par la loi du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques. Voir PIERRE-CAPS (Stéphane), « Le principe de l'autonomie personnelle et l'aménagement constitutionnel du pluralisme national : l'exemple hongrois », *RDP*, 1994, pp. 401-428.

² Voir la loi du 25 octobre 1993 sur l'autonomie culturelle des minorités nationales ; PLASSERAUD (Yves), « Les minorités d'Estonie et leur statut », *Nordiques*, n° 8, automne 2005, pp. 9-26.

³ L'expression est empruntée à Stéphane Pierré-Caps, in ROULAND (Norbert), PIERRE-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 234.

⁴ LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, p. 256.

⁵ Il faut toutefois remarquer que si la possession du statut personnel de droit commun ne fait intervenir que le critère de la volonté, celle d'un statut personnel de droit coutumier implique que l'individu, outre le critère de la non-renonciation, remplissent les critères d'origine et de filiation. De ce point de vue, l'application des règles coutumières demeure motivée par des critères déterministes.

⁶ Le premier texte mentionnant cette possibilité est un décret du 21 septembre 1861 relatif aux Etablissements français de l'Inde, dont les effets ont été précisés par la Cour de Cassation en 1885 : « aux termes de l'article 1^{er} du décret du 21 septembre 1861, les Indiens natifs des Etablissements français de l'Inde, qui ont renoncé à leur statut personnel dans les formes prescrites par ce décret, sont, par le fait de leur renonciation, déclarée définitive et irrévocable, régis, ainsi que leurs femmes et leurs enfants, par les lois civiles et politiques applicables aux Français dans la colonie » (Cass. civ., 16 février 1885, *Sirey*, 1888, I, p. 479).

⁷ Article 82 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1946, repris par l'article 75 de la Constitution de 1958.

certain désintérêt pour la question. Confrontés à une demande de renonciation ou à un litige y afférent, l'administration et le juge se référaient alors à un avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 1955¹, seul texte de référence en la matière². Cet avis établissait le caractère déclaratif de la renonciation et la nécessité qu'elle émane d'une personne capable. Il affirmait également son caractère irrévocable, tant pour la personne abandonnant son statut que pour ses enfants à naître. En revanche, il restait muet sur le caractère personnel ou non du changement de statut. Sur ce point, la jurisprudence coloniale considérait que la requête présentée par le chef de famille incluait également ses enfants mineurs déjà nés³. Le juge a toutefois mis fin à cette pratique, en estimant que la renonciation était un droit personnel qui ne pouvait résulter que d'un acte exprès de volonté du citoyen concerné⁴ ; de ce fait, la requête présentée par le mari n'engage plus ni son épouse, ni ses enfants déjà nés qui restent libres d'opérer ce choix eux-mêmes à leur majorité.

Ces différents principes ont été formalisés par le législateur dans la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte⁵. L'article 57 de la loi reprend en effet les différentes conditions de forme et de fond posées par le juge depuis 1955. S'agissant des conditions de capacité, le déclarant doit être majeur, agir en pleine connaissance des conséquences de sa renonciation et se trouver « dans une situation juridique qui ne fasse pas obstacle à son accession au statut demandé ». Cela implique notamment qu'il soit célibataire ou monogame, afin de préserver l'ordre public français. S'agissant de la procédure, la déclaration de renonciation est portée devant la juridiction civile de droit commun⁶ qui doit vérifier sa validité mais ne peut contrôler

¹ « Il apparaît clairement à la lecture de l'article 82 de la Constitution que la renonciation a un caractère déclaratif ; Qu'il convient d'admettre que la déclaration à souscrire par l'Autochtone qui entend renoncer à son statut personnel doit émaner d'une personne capable, agissant en pleine connaissance de cause ; Que de plus l'Autochtone qui renonce doit se trouver dans une situation juridique qui ne mette pas obstacle à son passage dans le statut de droit commun [...]. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la déclaration ne pourrait être faite que par un autochtone majeur de vingt et un ans, préalablement informé du caractère irrévocable de la renonciation et des conséquences que celle-ci entraîne ; Que cet autochtone doit être célibataire ou monogame ; Que la déclaration doit être formée devant la juridiction civile de droit français compétente en matière d'état des personnes qui sera la plus proche de la résidence du déclarant et qui donnera acte de la déclaration ; Qu'il devra être tenu un registre des déclarations ; Que contre le refus de donner acte seront ouverts, sans qu'il soit besoin de dispositions spéciales, les recours ordinaires [...] » (CE, avis n° 262-176 du 22 novembre 1955, *RJPUF*, 1958, pp. 350-356, note R. Pautrat).

² Par la suite, une instruction du Ministre de la France d'outre-mer du 27 décembre 1955 et une circulaire du Ministre de la Justice du 7 mars 1957 ont été adoptées à ce sujet (*RJPUF*, 1958, pp. 703 et 707) mais ces textes se contentaient de reprendre les termes de l'avis du Conseil d'Etat.

³ Voir notamment Cass. civ., 27 novembre 1950, *RJPUF*, 1951, p. 270.

⁴ En ce sens, voir CA Nouméa, arrêt n° 195, 3 septembre 1990, *Nonmoigne* ; CA Besançon, 13 juin 1995, *Mlles Narwada et Radjeswari c/ Parquet général*, *RRJ*, 1997, p. 352, note A. Boyer.

⁵ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199. Voir GUILLAUMONT (Olivier), « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. L'apport de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », *RJPIC*, Vol. 56, n° 2, 2002, pp. 220-223.

⁶ La procédure est précisée par le décret n° 2002-1168 du 11 septembre 2002, *JORF*, 18 septembre 2002, p. 15344.

son opportunité¹. Du fait de son fondement constitutionnel, « le changement de statut est de droit dès lors que le requérant est majeur et a exprimé, de manière libre et éclairée, sa volonté de renoncer à son statut d'origine »². S'agissant enfin des effets, la loi du 11 juillet 2001 rappelle le caractère personnel et irrévocable de la renonciation ; elle précise que la renonciation des parents à leur statut personnel n'entraîne pas *de jure* la renonciation de leur(s) enfant(s), qui doit faire l'objet d'une demande spécifique. Ce faisant, le législateur affirme, à la suite du juge, la prévalence des droits de l'individu sur ceux de la collectivité familiale, tout en limitant le phénomène d'érosion des statuts civils particuliers³.

La renonciation apparaît donc comme un mécanisme original permettant à tout individu de statut coutumier de changer de plein droit de statut personnel – en dépit du principe d'indisponibilité pourtant censé régir l'état des personnes⁴. En établissant cette possibilité de choix individuel, le constituant a limité la prévalence du critère ethnique dans la détermination des titulaires de statuts coutumiers. Pour autant, cette logique n'a pas été menée jusqu'à son terme. En effet, aux termes de l'avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 1955, confirmé par la loi du 11 juillet 2001, le changement de statut présente un caractère à la fois unilatéral et irréversible : unilatéral en ce qu'il ne s'opère que dans le sens de l'abandon du statut coutumier au profit du statut de droit commun, et irréversible dans la mesure où ni l'intéressé ni ses descendants ne pourront revenir sur cette décision qui fonde une assimilation juridique définitive⁵. L'impossibilité de retrouver le statut coutumier pour les individus qui l'aurait abandonné ou pour ceux l'exerçant de fait repousse les individus vers leurs catégories juridiques respectives et, par suite, vers leurs appartenances ethniques respectives. En n'offrant que le droit de renoncer au statut coutumier, le constituant a mis un obstacle à l'interpénétration des groupes et à la mixité ethno-culturelle.

¹ CA Nouméa, arrêt n° 189, 27 août 1990, *Hmeun c. Rokuad* : « la renonciation au droit particulier est un droit personnel dont le titulaire ne doit aucun compte [...] ; l'article 75 de la Constitution ne le soumet à aucune condition ».

² CA Nouméa, arrêt n° 41, 30 mars 1992, *Poacoudou*.

³ L'interdiction pour les parents de changer discrétionnairement le statut de leur(s) enfant(s) conduit à penser, contrairement à ce que certains auteurs avaient pu affirmer (voir GUILLAUMONT (Olivier), *op. cit.*, p. 223), que la clarification de la procédure de renonciation par la loi du 11 juillet 2001 n'a pas eu pour effet d'accroître le nombre de renoncations au statut personnel à Mayotte. Régis Lafargue indique à cet égard que « la renonciation au statut [coutumier] est un acte de portée exceptionnelle dans l'ordre social. Il exprime la volonté d'échapper à l'autorité coutumière dont il remet en cause la légitimité. La volonté d'un seul individu contredit les usages et la volonté collective du clan. Aussi, l'abandon du statut particulier ne peut être que le fait de personnes ayant rompu avec leur mode de vie ancestral, et insérées dans la société dominante. A défaut, la renonciation au statut sera perçue comme un défi à l'autorité coutumière, exposant son auteur à la marginalisation » (LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 39).

⁴ CAMERLYNCK (GH), « De la renonciation au statut personnel », *RJPUF*, n° 2, 1949, pp. 132-134.

⁵ En ce sens, voir les neuf arrêts rendus par la Cour d'appel de Nouméa le 15 janvier 1992, qui confirment le caractère irrévocable de la renonciation au statut personnel (Voir AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Actes du premier colloque de l'Association Française d'Anthropologie du Droit, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 51).

Cet obstacle a été levé – du moins en Nouvelle-Calédonie – par la loi organique du 19 mars 1999 qui remet en cause le caractère univoque du changement de statut personnel¹, apportant ainsi, sur le fondement de l'Accord de Nouméa², des dérogations à l'article 75 de la Constitution. Tout en rappelant la possibilité pour les bénéficiaires du statut coutumier mélanésien de renoncer à ce statut³, la loi ouvre la possibilité pour les Kanaks n'ayant pas le statut coutumier ou l'ayant perdu⁴, d'opter pour celui-ci. Cette nouvelle procédure permet de revenir sur des renonciations passées émanant soit du requérant lui-même⁵, soit de ses ascendants⁶; il s'agira dans le premier cas d'un retour, dans le second cas d'une accession au statut coutumier⁷. Comme l'a indiqué le rapporteur du projet de loi organique, « l'objectif principal de cette possibilité en rupture avec l'article 75 de la Constitution est de permettre à des Kanaks qui vivent en tribu et qui, pour quelque cause que ce soit, ont perdu leur statut coutumier, de mieux s'intégrer dans la communauté où ils évoluent, en renouant avec le droit coutumier »⁸. De fait, les dispositifs de retour et d'accession au statut coutumier permettent aux personnes soumises au statut civil de droit commun de retrouver un statut conforme à leur mode de vie⁹. Ce faisant, le législateur fait prévaloir la réalité sociologique et la volonté de l'individu dans le choix du statut, en instaurant un mécanisme qui s'apparente à une reconnaissance de la possession d'état. La logique assimilationniste de l'article 75 de la Constitution se voit ainsi balayée, tout au moins en Nouvelle-Calédonie.

Les innovations introduites par la loi organique du 19 mars 1999 connaissent néanmoins certaines limites : contrairement à la renonciation au statut coutumier qui s'exerce de plein droit, la renonciation au statut de droit commun n'est pas une faculté

¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

² Point 1.1 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

³ Article 13 alinéa 4 et article 14 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*précit.*).

⁴ Selon François Garde, les Kanaks soumis au statut de droit commun seraient peu nombreux, entre un et deux milliers (GARDE (François), « Existe-t-il un modèle calédonien ? », in FABERON Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Paris, Centre des hautes études sur l'Afrique et l'Asie moderne, 1999, p. 209).

⁵ Article 13 alinéa 1^{er} de la loi organique : « Toute personne ayant eu le statut civil coutumier et qui, pour quelque cause que ce soit, a le statut civil de droit commun, peut renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier [...] ».

⁶ Article 12 alinéa 1^{er} de la loi organique : « Toute personne majeure capable âgée de vingt et un ans au plus dont le père ou la mère a le statut civil coutumier, et qui a joui pendant au moins cinq ans de la possession d'état de personne de statut civil coutumier, peut demander le statut civil coutumier ». Article 13 alinéa 2 : « Dans le délai de cinq ans qui suit la promulgation de la présente loi, toute personne qui justifie que l'un de ses ascendants a eu le statut civil coutumier peut renoncer au statut civil de droit commun ».

⁷ Sur les nouveaux principes posés par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 en matière de changement de statut civil en Nouvelle-Calédonie, voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, pp. 45-54.

⁸ DOSIERE (René), *Rapport sur les projets de lois relatifs à la Nouvelle-Calédonie*, Rapport n° 1275, Ass. nat., 16 décembre 1998, tome 1, p. 24.

⁹ Pour exemple, voir Trib. Nouméa, Sec. Koné, 23 août 2004, *Mlle X*. En l'espèce, la requérante demandait son accession au statut coutumier ainsi que celle de son fils mineur, ses ascendants étant de statut coutumier.

constitutionnelle laissée à la discrétion des individus ¹. Sa mise en œuvre se trouve en effet strictement encadrée sur plusieurs plans. Tout d'abord, les personnes pouvant bénéficier de la possibilité de retour ou d'accession au statut mélanésien doivent remplir un certain nombre de conditions dont le cumul diminue d'autant le nombre de personnes concernées ². Ensuite, alors qu'il ne fait qu'entériner les déclarations de renonciation au statut coutumier, le juge judiciaire retrouve un rôle primordial en matière de renonciation au statut de droit commun. Il peut ainsi rejeter la demande de retour ou d'accession au statut coutumier s'il constate que « les intérêts du conjoint, des ascendants, des descendants, des collatéraux et des tiers sont insuffisamment préservés » ³. Par ailleurs, lorsque le requérant a déjà exercé sa faculté de renonciation au statut civil de droit commun, le juge doit vérifier que le changement de statut ne porte pas atteinte à l'ordre public ou à la stabilité des situations juridiques ⁴. Ces nouvelles fonctions placent toutefois le juge dans une situation délicate : dans le contexte des revendications autonomistes néo-calédoniennes, il lui est en effet difficile de s'opposer à un retour à la coutume. Enfin, la dernière restriction à la possibilité de retrouver le statut coutumier résulte du fait que seul le statut kanak est concerné. Les statuts mahorais, wallisien et futunien demeurent soumis à la logique assimilatrice de l'article 75 de la Constitution ⁵.

¹ Cette absence de parallélisme des formes entre les procédures de renonciation au statut coutumier et au statut de droit commun témoigne de la difficulté des autorités publiques à considérer les deux statuts sur un véritable pied d'égalité.

² Ainsi, la faculté d'accession au statut coutumier est ouverte à deux catégories de personnes. La première concerne les personnes qui disposent d'une possession d'état conforme au statut coutumier depuis au moins cinq ans et dont l'un des parents jouit du statut coutumier au moment du dépôt de la requête ; ces personnes ne peuvent agir en revendication de statut qu'entre l'âge de leur majorité et 21 ans. La seconde catégorie regroupe les personnes qui n'ont jamais eu le statut coutumier mais peuvent réclamer celui de leurs ancêtres ; aucune autre condition n'était posée mais ces personnes ne pouvaient demander un changement de statut que jusqu'en 2004.

³ Articles 12 alinéa 2 et 13 alinéa 3 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*précit.*). L'intervention judiciaire vise ici à prendre en compte les intérêts collectifs et à protéger les enfants mineurs. De fait, le changement de statut ne concerne pas uniquement le requérant mais a des effets sur sa famille et son clan, notamment lorsqu'il réclame, en plus de son propre changement de statut, la modification du statut de ses enfants mineurs. Le contrôle du juge s'exerce donc avant l'audience par la consultation des autorités coutumières, et pendant l'audience par l'audition de l'ensemble des personnes concernées et par la vérification que l'acte projeté n'est contraire ni aux intérêts familiaux, ni à l'ordre public. A cet égard, voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 50-51.

⁴ Article 13 alinéa 3 de la loi organique. Comme l'indique le rapporteur du projet de loi, l'objectif est d'éviter « qu'une même personne puisse changer de statut civil à plusieurs reprises car cela créerait des situations juridiques inextricables et serait source d'un contentieux abondant » (GIRAULT (Jean-Marie), *Rapport sur le projet de loi organique relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Rapport n° 522, Sénat, 24 juin 1998, p. 34).

⁵ En témoigne la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte (*JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199) qui rappelle le caractère irrévocable de la renonciation au statut coutumier. Le rapporteur du projet de loi avait d'ailleurs insisté sur cette différence fondamentale entre le statut coutumier mahorais et le statut coutumier kanak (FLOCH (Jacques), *Rapport sur le projet de loi relatif à Mayotte*, Rapport n° 2967, Ass. nat., 29 mars 2001, p. 148).

Au regard de ces limites, une partie de la doctrine estime, à juste titre, que le législateur organique n'est pas allé au bout de la logique volontariste. En se fondant sur son expérience de magistrat à Nouméa, Régis Lafargue suggère ainsi de dépasser les possibilités très encadrées de retour au statut coutumier, en ouvrant à tout individu le souhaitant une action générale en revendication de statut¹. Cette action existe déjà aux termes de l'article 15 de la loi organique mais elle obéit à des conditions très strictes, le législateur ayant manifestement privilégié la stabilité et la sécurité juridique par rapport à l'objectif de réalité sociologique. Il est vrai que l'extension des possibilités de changement de statut pourrait inciter les individus à effectuer des allées et venues entre les statuts suivant les avantages présentés par l'un ou par l'autre, accentuant ainsi le risque d'une instrumentalisation du droit.

C. Le risque d'une instrumentalisation du droit par les individus

L'existence d'un pluralisme juridique *ratione personae*, quelle que soit son origine et quel que soit son degré, est susceptible d'ouvrir aux individus concernés la possibilité de choisir les normes qui leur sont applicables. Cette faculté n'est évidemment pas systématique ; elle suppose que les règles de droit ou que les ordres juridiques en présence soient alternatifs et non complémentaires. En cas de complémentarité, chaque norme ou chaque ordre juridique couvre un domaine matériel précis et s'applique de manière exclusive dans ce domaine ; l'individu ne peut donc exercer de choix. Cette possibilité ne lui est laissée que dans l'hypothèse où les normes (ou les ordres juridiques) se chevauchent dans une matière déterminée, à l'exemple du statut civil qui peut relever soit du droit commun, soit du droit coutumier². Dans ce cas, l'individu est en mesure de choisir le droit susceptible de gouverner ses actes : « son rôle dans l'élaboration de ce qui est sur le point de devenir le droit tel qu'il s'appliquera à lui est alors déterminant. À proprement parler, c'est lui

¹ Régis Lafargue se fonde sur la jurisprudence de la Cour de Cassation qui refusait, avant 1992, d'autoriser la rectification des mentions contenues à l'état civil relatives au sexe de la personne, au nom du principe d'indisponibilité de l'état de la personne. Cette position a été abandonnée par la Cour de Cassation au nom du respect de l'intimité de la vie privée (Cass. Ass. plénière, 11 décembre 1992, *Bull. Ass. plén.*, n° 13, p. 27 ; *JCP*, 1992, II, n° 21955, note Garré ; *JCP*, 1993, II, n° 21991, note G. Memeteau ; *RTDC*, 1993, p. 97, note J. Hauser). L'auteur indique que l'application de cette logique nouvelle aux règles déterminant l'appartenance statutaire conduirait logiquement à reconnaître une action générale en revendication de statut, fondée sur le respect de la vie privée (LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, pp. 51-54). Dans le même sens, voir AGNIEL (Guy), « Le statut civil coutumier », in FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, p. 136.

² Cette hypothèse de chevauchement de normes se retrouve dans de multiples ordres juridiques, bien qu'elle soit plus fréquente dans les systèmes de *common law* que dans les systèmes de droit écrit, qui ont l'ambition de fournir une solution unique à l'ensemble des sujets de droit qu'ils régissent. Pour exemple, voir IRIANTO (Sulistiyowati), « Competition and Interaction Between State Law and Customary Law in the Court Room : A Study of Inheritance Cases in Indonesia », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 49, 2004, pp. 91-112

et lui seul qui, à ce moment, par le choix qu'il effectue entre diverses potentialités, fait le droit »¹.

Ces hypothèses de *law shopping*² connaissent de nombreuses applications en matière de divorce, de successions et de pensions alimentaires. La jurisprudence révèle ainsi l'exemple d'une femme mélanésienne qui a renoncé à son statut coutumier pour pouvoir réclamer devant le juge civil une pension alimentaire et des dommages-intérêts au père de son enfant, estimant que le droit commun lui serait à cet égard plus favorable que le droit coutumier³. Pour autant, l'instrumentalisation du droit par les individus ne prend pas uniquement la forme d'un changement de statut personnel ; elle peut passer par l'usage, plus souple, du mécanisme d'option de législation. Dans les cas où il est permis, l'exercice de ce droit d'option (1) accentue à l'évidence le phénomène de *law shopping* (2).

1. L'exercice d'un droit d'option de législation

Emprunté au droit international privé, le mécanisme d'option de législation permet à un individu de choisir unilatéralement la loi qui régira certains de ses rapports juridiques⁴. Sa portée en droit français est toutefois plus restreinte, l'option de législation étant définie comme « l'acte par lequel un citoyen de statut civil particulier place tel ou tel acte, telle ou telle situation de sa vie civile [...] sous le régime de droit commun »⁵, sans perdre pour autant son statut particulier. Quand elle est possible, l'option de législation n'est donc applicable qu'au bénéfice du droit commun, selon une logique d'assimilation et d'uniformisation juridiques. Ainsi, la délibération n° 148 de l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie en date du 8 septembre 1980 créait une « option spéciale de succession » permettant aux citoyens de statut kanak de

¹ VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste. Solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 666.

² L'expression est employée essentiellement en droit international privé et en droit communautaire où elle désigne la possibilité, pour un individu, de rechercher l'application de la loi nationale la plus favorable à ses intérêts, soit en s'établissant dans l'Etat dont les lois satisfont à ce critère, soit en choisissant directement, lorsque cela est possible, la loi applicable. Cette possibilité a été consacrée par la CJCE en matière de droit des sociétés, la Cour ayant admis que les fondateurs d'une société dans le cadre de l'UE avaient toute liberté dans le choix de l'Etat d'établissement et de la loi de rattachement de leur société (CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, Aff. 212/97, *Rec.*, p. 1459 ; *JCP Europe*, 1999, n° 30-34, p. 1285, obs. Y. Reinhard ; *Dalloz*, 1999, p. 1617, note M. Menjucq).

³ CA Nouméa, n° 167, 23 novembre 1987, *Gnibekan c. Kate*, *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, p. 477, note G. Orfila. Dans le même sens, voir CA Nouméa, arrêt n° 189, 27 août 1990, *Hmeun c. Rokoad* : la Cour était ici saisie d'une demande de pension alimentaire, alors même que la dissolution de l'union coutumière avait été décidée par les clans et non par le juge. Postérieurement à cette dissolution, l'ex-épouse avait changé de statut précisément pour pouvoir réclamer une pension alimentaire devant la juridiction de droit commun. La requête a été déclarée recevable.

⁴ Voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, pp. 102-103.

⁵ GOUET (Yves), « L'article 82 §1 de la Constitution relatif à l'option de statut et l'élaboration de la théorie des statuts civils du droit français moderne », *Penant*, doctrine, 1957, p. 26.

soumettre une dévolution successorale de biens immobiliers au droit commun¹. Plus récemment, la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 a inséré dans le statut personnel mahorais un droit d'option qui permet aux personnes relevant de ce statut de consentir à ce que leurs rapports juridiques soient soumis au droit commun². Dans la même perspective – bien qu'intervenant hors du champ des statuts coutumiers – la loi du 24 juillet 1921 prévoit la possibilité pour les individus soumis au droit local alsacien-mosellan d'opter en faveur de l'application du droit commun pour « tous les actes juridiques volontaires » comme les contrats de mariage ou les contrats d'assurance³. De tels exemples témoignent de la possibilité pour les individus d'échapper à certaines règles de droit particulier, même si celles-ci ont en principe un caractère impératif.

Ces options de législation doivent être distinguées des options de juridiction qui sont parfois ouvertes aux citoyens de statut particulier. Les premières portent sur le fond du droit, alors que les secondes sont des actes de procédure autorisant deux personnes de statut particulier à porter, d'un commun accord, leur différend devant le juge de droit commun. *A priori*, ce mécanisme n'a trait qu'à la compétence juridictionnelle et n'implique donc pas automatiquement que le juge de droit commun applique les règles du droit commun. Au contraire, ce dernier doit en principe appliquer les règles du statut personnel, en raison de l'article 75 de la Constitution et en l'absence d'une option de législation concomitante. Cette option de juridiction est expressément prévue à Wallis et Futuna par l'article 5 de la loi du 29 juillet 1961 qui dispose que « les parties justiciables de la juridiction de droit local peuvent, d'un commun accord, réclamer le bénéfice de la juridiction de droit commun ; en ce cas, il leur est fait application des usages et coutumes les régissant »⁴. Dans le même sens, l'ordonnance du 15 octobre 1982⁵ relative à la Nouvelle-Calédonie qui instituait des assesseurs coutumiers auprès des juridictions civiles pour statuer en matière coutumière, autorisait les citoyens de statut particulier à opérer une option de juridiction en faveur de la composition de droit commun. La Cour de Cassation a toutefois précisé que la renonciation à la juridiction en sa forme coutumière

¹ La loi organique du 19 mars 1999 a toutefois mis fin à cette possibilité.

² Article 47 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 (*JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320) insérant dans la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte un article 52-1 alinéa 4 ainsi rédigé : « Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local ».

³ Article 10 de la loi du 24 juillet 1921 prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé (*JORF*, 26 juillet 1921). Depuis 1990, les contrats de mariage signés en Alsace-Moselle sont obligatoirement soumis au droit commun, la loi n° 90-1248 du 29 décembre 1990 ayant abrogé les dispositions locales applicables en la matière (*JORF*, 3 janvier 1991, p. 103).

⁴ Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019. La détermination du droit applicable en cas de saisine du juge de droit commun présente d'autant plus d'intérêt que la juridiction de droit local dont il est question n'a jamais été mise en place (voir *supra*, p. 199).

⁵ Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, *JORF*, 17 octobre 1982, p. 3106.

n'emportait pas assujettissement du litige aux règles du Code civil¹, confirmant ainsi l'absence de lien systématique entre l'option de juridiction et l'option de législation. L'objectif de la Cour était sans doute d'affirmer l'indisponibilité de la règle coutumière, afin d'éviter la multiplication des hypothèses de *law shopping*².

Cette défiance des autorités publiques à l'égard des droits d'option a été confirmée par la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie³. Alors même que cette loi ouvre de nouvelles possibilités de changement de statut personnel, elle écarte curieusement toute faculté d'option, de juridiction comme de législation. Ainsi, les plaideurs n'ont plus le loisir de choisir entre la formation juridictionnelle coutumière et la formation de droit commun : la combinaison des articles 7 et 19 de la loi organique⁴ suppose nécessairement que les litiges coutumiers relèvent de la compétence de la juridiction avec assesseurs, tandis que les litiges de droit commun sont du ressort de la juridiction sans assesseurs⁵. Dans la même perspective, la loi organique abroge toutes les options de législation, y compris l'« option spéciale de succession » créée en 1980. Le seul droit d'option qui subsiste, aux termes de l'article 9 alinéa 2 de la loi, concerne les rapports juridiques entre individus relevant de statuts coutumiers différents ; dans cette hypothèse, les individus pourront déroger au principe de l'application du droit commun, en choisissant d'un commun accord d'appliquer l'un ou l'autre des droits coutumiers. Hormis ce cas expresse, les citoyens disposant du statut kanak ne peuvent plus exercer de droit d'option, alors même que ce droit est largement ouvert aux Mahorais par la loi du 21 juillet 2003⁶. Une telle différence de traitement s'explique vraisemblablement par la volonté de cloisonner le statut kanak du statut de droit commun dans la perspective de l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, alors que les citoyens de statut mahorais, en revanche, sont soumis à une logique d'assimilation dans la perspective de la départementalisation de Mayotte. Dans le premier cas, le phénomène de *law shopping* est évité pour préserver

¹ Cass. civ. 2^{ème}, 6 février 1991, *Bull.*, II, n° 44 ; *Dalloz*, 1992, p. 93, note G. Orfila.

² Jusqu'à l'arrêt de cassation du 6 février 1991, le juge admettait que le changement de statut puisse viser seulement à tirer bénéfice des règles du droit commun. En ce sens, voir CA Nouméa, arrêt n° 189, 27 août 1990, *Hmeun c. Rokuad* : « la renonciation au droit particulier est un droit personnel dont le titulaire ne doit aucun compte [...] l'article 75 de la Constitution ne le soumet à aucune condition. Dès lors, peu importe que cette renonciation vise seulement à donner compétence au droit commun pour trancher le litige ».

³ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁴ Article 7 : « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Article 19 : « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi ».

⁵ Cette interprétation a été confirmée par un avis du 16 décembre 2005 de la Cour de Cassation qui estime que, dès lors qu'une juridiction calédonienne est saisie d'une question impliquant le statut particulier, elle doit être complétée par les assesseurs coutumiers prévus par l'ordonnance du 15 octobre 1982 (Cass., avis, 16 décembre 2005, *Dalloz*, 2006, IR, p. 181).

⁶ Article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320.

les spécificités du statut coutumier kanak ; dans le second cas, le *law shopping* est recherché pour consolider la primauté du droit commun ¹.

De tels desseins demeurent toutefois tributaires du comportement des individus. Les Mahorais peuvent toujours privilégier l'application des règles traditionnelles, dédaignant ainsi la possibilité d'opter pour le droit commun en dépit de son attractivité supposée. Pour leur part, à défaut de bénéficier d'un droit d'option, les Kanaks disposent d'une plus grande latitude en matière de changement de statut. Bien que leur mise en œuvre demeure très encadrée, ces possibilités offertes aux individus de statut coutumier participent directement à l'affirmation du phénomène de *law shopping*.

2. L'affirmation du phénomène de *law shopping*

La pratique du *law shopping*, souvent couplée à celle du *forum shopping* ², témoigne de la mise en œuvre, par les sujets de droit, de véritables stratégies juridiques tributaires de leurs intérêts : l'individu confronté à différents ordres juridiques opère un choix stratégique en faveur des règles de droit qui lui seront le plus favorables, et de l'instance susceptible de trancher en son sens. En situation de pluralisme juridique, « les acteurs du droit peuvent être tentés de passer d'un ordre [juridique] à l'autre et donc d'utiliser alternativement les différentes rhétoriques et symboliques en fonction du contexte qui semble s'imposer, des intérêts qu'il s'agit de promouvoir et des rapports (de force) dans lesquels cela s'inscrit » ³. Le choix du droit applicable conduit alors à une transformation de la conception du droit : pour les individus minoritaires bénéficiant de cette alternative, le droit n'est plus un « droit subi » mais un « droit utile » ⁴ leur permettant de faire valoir leurs revendications ou leurs intérêts. La mise en œuvre du droit positif s'instrumentalise ainsi du fait de la faculté – qualifiée parfois de « dysnomie » ⁵ ou de « variance » ¹ – dont disposent les

¹ En ce sens, voir SERMET (Laurent), « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », in FABERON (Jean-Yves) (dir.), *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 194.

² Le *forum shopping* désigne pour sa part la faculté, pour un requérant, de choisir parmi les juridictions potentiellement compétentes celle qui répondra le plus favorablement à sa demande. Cette pratique est particulièrement répandue dans le cadre des relations internationales et communautaires (voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, p. 24). Le Professeur Vanderlinden parle ici de « magasinage du for » (VANDERLINDEN (Jacques), *op. cit.*, p. 671) et le Professeur Rouland de « shopping judiciaire » (ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTDC*, 1994, p. 311).

³ DUPRET (Baudouin), « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *Droit et Société*, n° 34, 1996, p. 603. L'analyse du Professeur Dupret porte sur les systèmes juridiques islamiques mais ses observations sont transposables au pluralisme juridique en France.

⁴ Cette terminologie est empruntée à NOREAU (Pierre), « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », in COUTU (Michel) dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, pp. 334-335.

⁵ DUBOIS (Jean), « Le pluralisme juridique : de la cohésion juridique à la cohérence sociale », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, pp. 173-185.

individus de jouer entre plusieurs ordres juridiques de manière opportuniste². Dans ce cadre, il serait tentant de supposer que les individus minoritaires utilisent cette faculté pour affirmer leur identité par l'application des règles coutumières. En pratique toutefois, le *law shopping* n'est pas toujours orienté dans le sens de l'appartenance identitaire : il arrive que des Mahorais ou des Kanaks choisissent de recourir au juge civil et/ou au droit commun pour régler leurs litiges, estimant simplement ce juge ou ce droit plus susceptible de leur donner satisfaction en l'espèce³. Comme l'indique le Professeur Rouland, « la dualité des systèmes juridiques n'équivaut pas nécessairement à la singularité des appartenances des acteurs juridiques : suivant ses stratégies, ses intérêts et leur évolution, le même individu peut se référer à un système ou à un autre »⁴.

Le phénomène de *law shopping* alimente assurément les nouvelles théories du pluralisme juridique développées dans les années 1990, qui postulent que le lieu de l'internormativité n'est plus l'Etat ou le groupe social, mais l'individu lui-même⁵. Ainsi, une personne relevant du statut coutumier kanak est le point de rencontre de l'ordre juridique traditionnel qui s'applique à elle officiellement en matière civile en vertu de l'article 75 de la Constitution (et officieusement en matière pénale), de l'ordre juridique du territoire de Nouvelle-Calédonie qui se manifeste par les lois du pays et les normes réglementaires adoptées par les autorités locales compétentes, et de l'ordre juridique étatique qui s'applique à elle dans les matières ne relevant pas de la compétence des autorités territoriales et, de manière supplétive, dans les matières de droit civil que n'appréhendent pas les normes coutumières. Dès lors, le pluralisme juridique ne se conçoit plus comme la coexistence, au même moment et au sein d'un même groupe social, de plusieurs ordres juridiques, mais comme « l'existence d'une multiplicité d'ordres normatifs susceptibles de revendiquer la qualification de "juridiques" et de s'appliquer simultanément au comportement d'un individu. En ce sens, le pluralisme ne s'inscrit pas [...] dans une société déterminée. Il se situe essentiellement – et c'est capital – au niveau de l'individu en tant que point de convergence d'ordres qu'il considère comme juridiques et qui sont produits par des sociétés

¹ HENRY (Jean-Robert), « Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu culturel », *Droit et Sociétés*, n° 15, 1990, pp.

² Voir CECI (Jean-Marc), « "Un système juridique dont vous êtes le héros"... L'émergence du Sujet de Droit », *RIEJ*, n° 48, 2002, p. 111-152.

³ Voir les cas d'espèce précités : CA Nouméa, n° 167, 23 novembre 1987, *Gnibekan c. Kate* ; CA Nouméa, arrêt n° 189, 27 août 1990, *Hmeun c. Rokuad*.

⁴ ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, avril-juin 1994, p. 311.

⁵ En ce sens, voir MACDONALD (Roderick), « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle" », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 47-58 ; KLEINHANS (Martha-Marie), MACDONALD (Roderick), « What is a Critical Legal Pluralism ? », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 25-46 ; VANDERLINDEN (Jacques), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ*, n° 2, 1993, pp. 573-590 ; ROULAND (Norbert), « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et cultures*, Vol. 36, n° 2, 1998, pp. 217-262.

dont, à un titre ou un autre, volontairement ou non, il relève. Il doit, dès lors, être considéré non plus comme un sujet de droit, mais bien comme un sujet de droitS »¹.

Cette nouvelle approche du pluralisme juridique, fondée sur le volontarisme et l'activisme du sujet de droit(s), est séduisante à plus d'un titre. Elle met en effet en exergue le principe d'autonomie de la volonté, en présentant l'individu comme le seul apte à sélectionner les solutions juridiques qui lui conviennent le mieux². Au sujet de droit classique soumis au droit de l'Etat se substitue un sujet de droits susceptible de recourir librement à d'autres ordres juridiques. Dans ce cadre, la solution juridique qui prévaut dans une situation donnée « découle d'un choix qui, bien entendu, n'est pas entièrement libre – quel choix offert à l'homme l'est ? – mais qui n'est pas davantage celui que lui impose la [société à laquelle] il appartient. Et rien ne permet de prévoir d'une part que ce choix sera toujours identique et d'autre part que d'autres sujets de droitS placés devant un choix identique adopteraient la même solution. Pareille conception a nécessairement pour corollaire qu'à toute situation conflictuelle donnée, il n'y a pas qu'une, mais bien **des** solutionS. Et qu'entre celles-ci, ce n'est pas l'une ou l'autre des sociétés en présence (voire les deux d'un commun accord) qui tranche nécessairement entre les options possibles, mais bien l'individu rétabli dans sa dignité d'acteur et dégagé de sa sujétion »³. Cette conception permet dès lors de replacer l'individu dans la diversité de ses appartenances. En ce sens, le pluralisme juridique *ratione personae* valorise la notion d'identité personnelle, en révélant « une nouvelle manière d'appréhender la multiplicité des rapports qui se jouent aujourd'hui entre l'individu et [les communautés juridiques auxquelles] il se rattache »⁴.

Ces avantages ne doivent toutefois pas cacher les aléas inhérents au mécanisme du *law shopping*. En pratique tout d'abord, laisser aux individus une telle autonomie normative contribue à accentuer la complexité et l'insécurité juridiques⁵. Bien

¹ VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste. Solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 666.

² Certains auteurs défendent l'existence d'un « droit à la divergence » au profit de chaque individu, impliquant un véritable consentement individuel à la règle de droit. Sur ce concept de droit à la divergence, voir ROMI (Raphaël) *L'étendue du droit des individus à la divergence*, thèse de doctorat, Université Toulouse I, 1981, 630 p.

³ VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste. Solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 667-668 (les éléments en gras figurent dans le texte original). En ce sens, les conceptions individualistes du pluralisme juridique s'opposent aux conceptions classiques des sociologues du droit pour qui, bien au contraire, le pluralisme juridique participe d'une critique de l'individualisme juridique du droit libéral : « l'observation de la réalité sociale imposerait, en effet, la reconnaissance de la maîtrise des collectivités sur la création du droit et la soumission de l'autonomie juridique des individus aux valeurs et aux normes collectives » (BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 12).

⁴ RAUX (Cédric), « Communauté de droit et pluralisme. Les contradictions de la notion d'identité personnelle », *RIEJ*, n° 55, 2005, p. 138.

⁵ En ce sens, voir BENDA-BECKMANN (Franz von), « Who's Afraid of Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 47, 2002, pp. 37-82. *Contra*, le Professeur Rouland

qu'elles soient encadrées par la loi, les possibilités de choisir le droit applicable par changement de statut ou par option de législation ouvrent la voie à la multiplication des situations juridiques confuses, qu'il revient généralement au juge de démêler. La confusion juridique peut être d'autant plus grande que la solution privilégiée par l'individu n'est pas systématiquement prévisible ; elle relève d'un choix personnel résultant d'un arbitrage entre différents critères indéterminés, liés à l'histoire, à l'identité et à l'affect de l'individu concerné¹. En théorie ensuite, adopter la conception individualiste du pluralisme juridique sous-tendue par le phénomène de *law shopping* conduit à négliger, à tort, la dimension sociale et collective du droit. La décision d'un individu de se soumettre à telle ou telle règle ne crée pas ou ne détruit pas le droit qui, en tant que phénomène collectif, est extérieur à l'individu². Dès lors, la conception individualiste du pluralisme juridique ne peut être opérationnelle « que si, au-delà de l'arbitrage individuel du sujet de droit, des arbitrages collectifs et légitimes sont possibles, nécessaires ou indispensables (selon la nature des enjeux) pour assurer un rappel ou la garantie de l'intérêt général »³. C'est précisément pour cette raison que l'intervention du législateur *a priori* et du juge *a posteriori* s'avère décisive.

En définitive, si la personnalisation du droit positif en France présente des risques patents pour l'égalité, la neutralité et la sécurité juridiques, la mise en œuvre des droits d'application personnelle (coutumiers ou identitaires) est suffisamment encadrée pour que ces risques demeurent marginaux. Le système juridique français semble en effet encore très loin du modèle de « fédéralisme personnel » théorisé au début du XX^e siècle par Otto Bauer et Karl Renner⁴ et mis en œuvre au Liban, à Chypre, en Estonie,

considère que l'option de législation « pourrait devenir une des réponses majeures à la complexification juridique », sans toutefois donner les raisons d'une telle affirmation (ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, p. 201).

¹ A cet égard, il est regrettable que les sociologues du droit qui se sont intéressés au pluralisme juridique n'aient pas élaboré de théorie du comportement juridique individuel, qui améliorerait pourtant la prévisibilité des choix juridiques.

² Ainsi que l'affirme le Professeur Lajoie, « le droit [...] demeure un phénomène social, collectif. Même si un sujet de droit visé par un ordre juridique peut bien résister à ses règles normatives, il ne revient pas à l'individu de choisir seul les contours et les frontières d'un ordre juridique quelconque » (LAJOIE (Andrée) et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 39, n° 4, décembre 1998, p. 685). Dans le même sens, voir WEBBER (Jeremy), « Commentaire sur la nature sociale du droit et le rôle du pouvoir », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, p. 194.

³ LE ROY (Etienne), « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, p. 41.

⁴ Les travaux de ces auteurs n'ont été traduits en français que récemment : BAUER (Otto), *La question des nationalités et la social-démocratie*, Paris, Arcantère, 1987, 594 p. ; RENNEN (Karl), *La nation, mythe et réalité*, Nancy, PUN, 1998, 134 p. L'objectif commun de ces deux auteurs autrichiens était de trouver une solution à la question des minorités dans l'Empire austro-hongrois, en développant une forme d'autonomie non plus territoriale mais personnelle.

en Hongrie ou encore dans les Etats scandinaves au profit des peuples lapons¹. Ce modèle est parfois présenté comme une solution aux insuffisances des techniques d'autonomie territoriale mises en œuvre dans les Etats « multinationaux »². Il conduit à ériger les minorités nationales en personnes morales de droit public détachées de tout territoire et dotées d'institutions propres compétentes pour les matières culturelles³. Chaque individu membre d'une minorité, quel que soit l'endroit où il réside sur le territoire de l'Etat, bénéficie alors d'une autonomie personnelle dans le cadre de son appartenance culturelle. L'autonomie personnelle reconnue en France aux individus minoritaires par le biais du changement de statut ou de l'option de législation est à l'évidence très loin de ce système : la personnalisation du droit confère bien aux individus une certaine liberté normative mais n'autorise pas (encore ?) l'institutionnalisation des minorités nationales en tant que telles.

En tout état de cause, la persistance des droits d'application personnelle, couplée à la résistance des droits locaux, balaie la représentation classique d'un ordre juridique uniforme s'appliquant à l'ensemble de la population française sur la totalité du territoire national. A dire vrai, cette conception libérale fondée sur l'unicité du droit relève de la fiction juridique. L'hétérogénéité avérée du champ d'application du droit positif confirme que l'Etat ne peut plus être regardé comme « le théâtre de la loi commune »⁴. Il se présente désormais comme le théâtre d'un droit mosaïqué, composé de règles s'appliquant pour les unes à certaines régions, pour les autres à certaines personnes. Cette mosaïque juridique est d'autant plus complexe qu'elle assemble des règles de droit qui se caractérisent non seulement par leur champ d'application variable mais également par leur contenu matériel composite.

¹ Voir MESSARA (Antoine), « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme », in GAUDREAU-DESBIENS (Jean-François), GELINAS (Fabien) dir., *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, pp. 256-272 ; PIERRE-CAPS (Stéphane), « Le principe de l'autonomie personnelle et l'aménagement constitutionnel du pluralisme national : l'exemple hongrois », *RDP*, 1994, pp. 401-428.

² En ce sens, voir LAPONCE (Jean), « L'heure du fédéralisme personnel est-elle arrivée ? », in LAFONTANT (Jean) dir., *L'Etat et les minorités*, St Boniface, Presse universitaires de St Boniface, 1993, pp. 55-65 ; PIERRE-CAPS (Stéphane), « Karl RENNERT et l'Etat multinational. Contribution juridique à la solution d'imbricolios politiques contemporains », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 421-441 ; PIERRE-CAPS (Stéphane), « Le principe de l'autonomie personnelle : une solution d'avenir ? », in DIECKHOFF (Alain) dir., *La constellation des appartenances : nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 371-402. Plusieurs rapports rédigés dans le cadre du Groupe de travail sur les minorités de la Commission des droits de l'homme de l'ONU prônent également la mise en place de systèmes d'autonomie personnelle dans les Etats confrontés à la question des minorités nationales (voir notamment Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/WP.4 ; Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/CRP.2).

³ PIERRE-CAPS (Stéphane) dir., *La multination : l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995, pp. 255-282.

⁴ OTIS (Ghislain), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 47, n° 4, 2006, p. 785.

SECTION 2. UN CONTENU MATÉRIEL COMPOSITE

Pour les anthropologues et les sociologues du droit, l'intérêt majeur du pluralisme juridique réside dans la démocratisation du droit : la prise en compte des spécificités minoritaires par l'ordre juridique étatique permet en effet à ce dernier de ne pas représenter uniquement les valeurs dominantes qui sont souvent celles de la majorité, mais de refléter la diversité des valeurs portées par l'ensemble de la population nationale. En ce sens, la validation de règles traditionnelles extra-étatiques, la reconnaissance d'une autonomie normative à des collectivités infra-étatiques et la différenciation du droit étatique au profit de groupes minoritaires permettent de prendre en compte les intérêts juridiques de toutes les composantes de la nation¹. Il en résulte une hybridation du droit positif, pénétré de valeurs différentes véhiculées par les normes étatiques et les normes minoritaires qui coexistent, se complètent ou s'opposent.

Ce « métissage normatif »² perturbe à l'évidence la conception pyramidale si chère aux positivistes, en vertu de laquelle chaque règle de droit tire sa validité de la règle qui lui est supérieure. Une telle approche hiérarchique offre un intérêt indéniable pour la logique et la sécurité juridiques dans la mesure où elle prévient tout hiatus, toute incohérence, toute contradiction entre les différentes normes composant l'ordre juridique³. Dès lors que l'on introduit dans ce système homogène des règles exogènes ou s'inspirant de traditions juridiques différentes, on crée une rupture dans l'ordonnement hiérarchique en ouvrant la voie à la diversification matérielle des normes qui le composent. C'est précisément pour cette raison que « l'hétérogénéité normative [...] est une constante dans les hypothèses multijuridiques »⁴. De fait, en reconnaissant la validité de règles spécifiques à certains groupes (quelle que soit l'origine de ces règles), l'ordre juridique étatique s'éloigne de la conception idéale d'un ordre unifié et totalement cohérent⁵.

¹ A cet égard, voir WALKER (Neil), « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, Vol. 65, n° 3, May 2002, pp. 335-336 et p. 354 ; MACDONALD (Roderick), « The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity », in KULCSAR (Kálmán), SZABO (Denis) eds., *Dual Images: Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic*, Budapest, Hungarian Academy of the Sciences, 1996, pp. 52-84.

² LEBEL-GRENIER (Sébastien), « La théorie du pluralisme juridique radical et le concept de métissage normatif dans les sociétés complexes », intervention au colloque *Le défi du métissage normatif dans les sociétés pluralistes*, tenu à l'Université de Sherbrooke les 11 et 12 novembre 2004.

³ En se fondant sur le modèle hiérarchique, il est aisé d'affirmer que le droit « possède tous les caractères d'un système, notamment d'être complet, cohérent, c'est-à-dire qu'il ne comporte ni lacunes, ni antinomies ou contradictions entre normes » (TROPER (Michel), « Normativisme », in ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane) dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1078).

⁴ MOTTA (Ricardo), « Institutions incompatibles et pluralisme », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 297.

⁵ Ce constat conforte l'analyse d'Hauriou qui rejetait toute idée de droit « pur » pour affirmer que « le droit est plein d'accidents, de contradictions, de curieuses transpositions qui correspondent à la complexité de la réalité » (HAURIOU (Maurice), « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », in HAURIOU (Maurice), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la*

L'hétérogénéisation matérielle du droit positif en France présente des enjeux non négligeables qui sont directement liés à la nature des rapports qu'entretiennent les différentes normes au sein du droit positif. En effet, les normes spécifiques (exogènes ou déroatoires) peuvent s'intégrer dans l'ordre juridique étatique en le complétant, sans en troubler ni l'organisation ni le fonctionnement. On observe dans ce cas une « transitivity juridique » qui implique « l'existence d'une continuité complète entre les normes constitutives » de l'ordre juridique étatique¹. Dans d'autres hypothèses, en revanche, les normes spécifiques intégrées dans l'ordre juridique étatique en perturbent la cohérence, en introduisant en son sein des antinomies ou des contradictions. Il y a alors « intransitivity juridique » entre les normes constitutives du droit positif².

Les situations de transitivity normative sont assurément moins problématiques que les situations d'intransitivity. Toutes contribuent néanmoins à l'évolution composite du droit en vigueur en France. L'analyse de la disparité matérielle croissante du droit positif ne saurait donc être exhaustive sans prendre en compte à la fois l'hypothèse de la transitivity, découlant de l'intégration de valeurs minoritaires complémentaires au droit étatique (§ 1), et l'hypothèse de l'intransitivity, résultant de l'intégration de valeurs minoritaires contradictoires avec le droit étatique (§ 2).

§ 1. L'intégration de valeurs minoritaires complémentaires au droit étatique

De manière générale, le législateur et le juge tendent à confirmer, par les normes qu'ils prescrivent ou appliquent, les valeurs qui dominent dans la société au moment de leurs prononcés. Mais « il arrive néanmoins que des valeurs non dominantes soient entérinées dans le droit »³. L'intégration de valeurs minoritaires dans l'ordre juridique étatique suppose toutefois deux conditions préalables. La première se manifeste par l'existence de lacunes dans le droit étatique⁴ : c'est parce que les règles de droit commun sont inadaptées ou omettent de régler une situation particulière qu'il est fait

liberté, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 77).

¹ Le concept de transitivity juridique a été développé par TIMSIT (Gérard), *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986, p. 63. Ce concept qui vise à analyser les relations entre les normes d'un même système juridique, est à différencier du concept de relevance développé par Santi Romano, qui tend, pour sa part, à qualifier les relations entre les ordres juridiques (voir *supra*, pp. 105ss).

² TIMSIT (Gérard), *op. cit.*, p. 64.

³ LAJOIE (Andrée), *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, p. 15.

⁴ Supposer qu'il existe des lacunes dans le droit étatique revient à réfuter une fois de plus les thèses normativistes défendant l'idée de la perfection et de la complétude de l'ordre juridique étatique. Cette théorie était notamment défendue par Ronald Dworkin. Voir GUASTINI (Ricardo), « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et Société*, n°2, 1986, pp. 1-28.

appel à des normes exogènes (à l'exemple des coutumes *secundum* et *praeter legem* ¹) ou différenciées (telles que les mesures de discrimination positive) potentiellement porteuses de valeurs dissemblables. La seconde condition réside quant à elle dans la nécessaire perméabilité des institutions normatives étatiques : c'est parce que le constituant, le législateur et/ou le juge, en dépit de la surdétermination qui les marque inévitablement ², le permettent, que les valeurs minoritaires peuvent pénétrer l'ordre juridique étatique. A défaut, elles restent à l'état de simples revendications sociales.

Lorsque ces deux conditions cumulatives sont remplies, l'ordre juridique étatique est susceptible de prendre en compte des valeurs propres aux groupes minoritaires ou, tout au moins, à certains d'entre eux. Cette intégration peut prendre la forme, déjà envisagée ³, d'une référence à des règles exogènes (coutumières ou locales) plus adaptées ou plus légitimes que le droit légiféré pour régler certaines situations particulières. Dans cette hypothèse, le législateur ou le juge attribue à ces règles de droit extra-étatiques un brevet de positivité qui leur donne force contraignante au sein de l'ordre juridique étatique. Les règles ainsi validées conservent néanmoins leur autonomie par rapport au droit étatique, dans la mesure où elles continuent de relever de leur ordre juridique propre : leur reconnaissance par les institutions étatiques ne se traduit pas par leur intégration dans le droit étatique.

Il existe toutefois d'autres hypothèses où les valeurs minoritaires se trouvent pleinement absorbées dans le droit de l'Etat, modifiant par là même la substance de ce dernier. Ce processus, que l'on rencontre dans de nombreux États ⁴, étaye l'idée d'une évolution du droit étatique lui-même, sous l'influence des valeurs minoritaires. Pour le Professeur Arnaud, c'est précisément dans cette interaction que réside l'intérêt du pluralisme juridique ⁵. Du fait de cette interaction, l'Etat est en effet susceptible d'intégrer dans son propre droit les valeurs véhiculées par les collectivités juridiques minoritaires ; dès lors, la notion de pluralisme juridique rendrait compte du processus

¹ Ainsi, selon Portalis, « si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité [...]. Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus, ou à l'équité universelle, à défaut de tout usage » (PORTALIS (Jean-Etienne-Marie), « Discours préliminaire », in FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Imprimerie de Dussan, 1827, Vol. 1, pp. 474-475).

² Voir *supra*, p. 148. Les institutions normatives françaises sont particulièrement surdéterminées en raison de la prégnance du mythe de l'unité, qui pèse comme une chape de plomb sur l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit français.

³ Voir *supra*, pp. 139ss.

⁴ Voir notamment les travaux dirigés par le Professeur Lajoie, qui montrent par l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada que les valeurs attachées aux ressources foncières et au développement économique des tribus autochtones ont été intégrées dans le discours judiciaire canadien, au détriment toutefois des revendications liées à l'exercice du pouvoir politique. LAJOIE (André) et al., « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien », in ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 71-108.

⁵ ARNAUD (André-Jean), *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, pp. 369-387.

fondamental d'évolution du droit étatique, en présentant les normes spécifiques comme porteuses, en grande partie, de l'avenir de ce dernier ¹.

A priori, la prise en compte des valeurs minoritaires – ou tout au moins de certaines d'entre elles – semble chose plus aisée pour le juge que pour le législateur ². Il est en effet légitime que le juge, saisi d'un cas d'espèce, prenne en considération toutes les circonstances de l'affaire et notamment les particularités identitaires des individus qui y sont parties, pour adopter la solution juridique qui lui paraît la plus adéquate. En revanche, il est bien moins compréhensible que le législateur intègre des valeurs minoritaires dans des normes de portée générale. Les deux phénomènes s'observent néanmoins : de fait, l'intégration des valeurs minoritaires se manifeste à tous les stades de la production du droit étatique, lors de son application comme lors de son édicton. La prise en compte des valeurs minoritaires peut ainsi être le fait du juge (A) ou du législateur (B), lors de l'exercice de leurs fonctions normatives respectives.

A. La prise en compte des valeurs minoritaires par le juge

Dans les Etats multiculturels, il est fréquent que le juge étatique soit confronté à ce que la doctrine anglo-saxonne appelle l'« argument culturel » (*culture defense*) ³. Cette expression fait référence à la tendance, observée chez les plaideurs relevant de cultures juridiques minoritaires ou étrangères, de justifier leurs actions litigieuses au regard du droit étatique par des moyens fondés précisément sur leur différence culturelle et remettant ainsi en cause l'applicabilité des règles du droit commun à leur situation. De prime abord, le juge censé appliquer le droit étatique ne peut que réfuter cet argument ⁴. L'étude de la jurisprudence témoigne toutefois d'une certaine prise en compte du contexte culturel dans lequel le juge intervient : il arrive en effet à ce dernier de moduler les effets de la règle de droit étatique en fonction du contexte identitaire dans lequel elle est appliquée ⁵.

¹ *Ibid.*

² Le législateur fait ici référence à toute institution étatique productrice de règles de droit. Par suite, la loi sera également entendue *lato sensu*, comme l'ensemble des règles de droit produites par l'Etat.

³ Sur la notion d'argument culturel, voir notamment TORRY (William), « Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 44, 1999, pp. 127-161.

⁴ Nous nous plaçons ici dans l'hypothèse où le plaideur est soumis aux règles du droit commun, soit qu'il ne bénéficie pas d'un statut particulier, soit que l'acte litigieux ne relève pas d'une norme coutumière ou locale. Cette situation est à distinguer clairement de celle, déjà envisagée, dans laquelle le juge étatique doit appliquer une règle de droit relevant d'un ordre juridique exogène.

⁵ Cette situation n'est pas sans rappeler le contenu d'un projet de loi qui a été présenté en Australie en 1986 (*Draft Aboriginal Customary Laws Recognition Bill*) mais n'a pas été adopté. L'ordre juridique australien ne reconnaît pas officiellement le droit coutumier, hormis sous la forme du droit foncier autochtone depuis l'arrêt *Mabo*. Le projet de loi ne modifiait pas cette situation mais recommandait aux juridictions, dans l'application du droit étatique, de tenir compte du « fait coutumier », c'est-à-dire de prendre en compte la permanence du droit coutumier lors de l'application du droit étatique aux Aborigènes. La coutume autochtone aurait ainsi pu constituer une source d'inspiration lors de

Ce phénomène est particulièrement sensible dans les collectivités d'outre-mer en matière pénale : bien que le principe d'unité du droit pénal ait été affirmé en 1946¹, les juges locaux tiennent compte de l'existence de coutumes officieuses en la matière et modulent l'application des règles de droit commun². Cette reconnaissance implicite du « fait coutumier » par le juge pénal peut prendre différentes formes. Elle peut se manifester par la prise en compte des arrangements coutumiers qui ont pu avoir lieu au sein des clans avant l'instance. C'est ainsi qu'il est d'usage pour le juge correctionnel en Nouvelle-Calédonie de demander au prévenu s'il y a eu « pardon coutumier » après la commission des faits litigieux, ce « pardon coutumier » attestant d'un acte de réparation qui a pu consister en des sanctions coutumières³. Dans cette hypothèse, le principe de personnalisation des peines permet au juge étatique de moduler la peine prononcée en fonction de la réparation coutumière déjà entreprise. Dans d'autres cas, la prise en compte du contexte minoritaire se manifeste par l'adaptation de la solution du litige ou par l'adoption de modalités spécifiques d'exécution des peines⁴. Ainsi, le Ministère public a pu classer sans suites des affaires où la justice pénale interférait dans des questions sensibles touchant aux valeurs coutumières ou à l'autorité des grandes chefferies. Il a pu également user de son pouvoir de requalification des faits poursuivis en correctionnalisant des agissements qui auraient relevé, en principe, d'une qualification plus grave⁵. Fort de son expérience de magistrat à Nouméa, M. Lafargue explique à cet égard que « le contexte culturel impose au Parquet dans l'exercice de son pouvoir une certaine tolérance pour que son action ne soit pas perçue comme entachée d'ethnocentrisme, et ressentie par une partie de la société comme attentatoire à un ordre social traditionnel que conforte l'article 75 de la Constitution »⁶.

l'application de la règle étatique à la communauté aborigène. Sur ce projet de loi, voir LAFARGUE (Régis), « L'expérience australienne d'adaptation du droit pénal à la dimension culturelle : le principe d'unité du droit pénal et la prise en compte du fait coutumier », *Archives de politique criminelle*, n° 18, 1996, pp. 137-162.

¹ Décret n° 46-877 du 30 avril 1946, *JORF*, 1^{er} mai 1946, p. 3680.

² En ce sens, voir LAFARGUE (Régis), « Distinction du droit à la différence en droit civil et en droit pénal », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 456-459.

³ Sur la reconnaissance implicite du « pardon coutumier » dans la pratique des juridictions calédoniennes, voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, pp. 86-87.

⁴ GOUTTES (Bernard de), « Droit et coutume en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna », *Administration*, n° 170, 1996, pp. 65-68 ; AIMOT (Olivier), « Les institutions juridictionnelles coutumières de Wallis et Futuna », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 181.

⁵ Trib. correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *Poulawa et autres*. Les faits consistaient en des coups et blessures portés à un individu dans le cadre de sanctions coutumières. La victime devait décéder quelques jours après. La qualification criminelle retenue à l'origine a été par la suite correctionnalisée, et les faits incriminés qualifiés de coups et blessures volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours.

⁶ LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, p. 88.

Ainsi, dans les Etats comme la France où les minorités ne sont pas officiellement reconnues, il est possible, par le biais du juge, que ces minorités bénéficient d'aménagements juridiques particuliers même quand la loi ne prévoit aucune distinction. Ces aménagements tiennent alors moins à l'existence d'un régime d'exception qu'à la consécration jurisprudentielle d'une interprétation différenciée de la norme juridique. Au moment de dire le droit, le juge prend en compte le contexte dans lequel la norme s'applique et devient, de ce fait, un agent actif du pluralisme juridique par le biais de l'interprétation de la norme.

Une telle perspective suppose toutefois deux préalables. Le premier consiste à accepter l'idée que le droit étatique n'est pas entièrement déterminé par sa forme législative mais qu'il peut être interprété de manière différenciée dans chaque cas particulier¹. Telle est d'ailleurs la thèse des partisans de la théorie réaliste de l'interprétation, pour qui « le véritable législateur n'est pas l'auteur du texte, c'est l'interprète »². Le second préalable rejoint alors le premier puisqu'il conduit à reconnaître pleinement le rôle du pouvoir judiciaire – qui n'est officiellement qu'une « autorité »³ – dans la définition de la normativité étatique. Cette reconnaissance paraît d'autant plus inévitable que le droit étatique, qu'il soit constitutionnel, législatif ou réglementaire, offre au juge une variété de concepts mous, de « notions à contenu variable »⁴ susceptibles de donner lieu à de multiples interprétations.

Forte de ce pouvoir d'interprétation, l'institution judiciaire devient tout autant une instance d'application du droit étatique qu'un espace d'aménagement du droit étatique. Le tribunal se présente alors comme un nouveau forum juridique, où l'interprétation de la règle de droit constitue à la fois un enjeu et une ressource politique pour les groupes minoritaires⁵. Il peut désormais constituer une arène juridique alternative aux institutions législative et exécutive, qui font généralement peu de cas des revendications minoritaires⁶. En ce sens, « les tribunaux deviennent un espace (et l'activité judiciaire une forme) de participation politique comme les autres »⁷. Le juge trouve dans cette nouvelle fonction un rôle politique qui dépasse de

¹ En ce sens, voir notamment AMSELEK (Paul), « La teneur indécise du droit », *Revue juridique Thémis*, Vol. 26, 1992, pp. 3-19.

² TROPER (Michel), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 334.

³ Titre VIII de la Constitution de 1958.

⁴ PERELMAN (Chaïm), VANDER ELST (Raymond), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p.

⁵ Défendant cette analyse, voir NOREAU (Pierre), « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », in COUTU (Michel) dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, pp. 323-359.

⁶ Ainsi, « les tribunaux seraient plus en mesure [que les autorités politiques] d'assurer que les revendications [minoritaires] soient examinées sérieusement et traitées avec respect » (GAGNON (France), « Tolérance, pluralisme et neutralité », in DUMOUCHEL (Paul), MELKEVIK (Bjarne) dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 149).

⁷ NOREAU (Pierre), *op. cit.*, p. 331. Le Professeur Noreau poursuit sa démonstration en affirmant que le recours au juge peut alors être « compté au rang des pratiques politiques démocratiques, peut-être même comme une des modalités possibles de la négociation. Le litige (entendu ici en tant que conflit

loin la simple mise en œuvre du droit ; par son intervention, les minorités peuvent bénéficier d'un outil d'affirmation contre la « tyrannie de la majorité »¹.

D'aucuns pourraient aisément rétorquer que le pouvoir du juge se manifeste bien plus dans les systèmes de *common law*, où la liberté reconnue au pouvoir judiciaire est très supérieure à celle reconnue aux tribunaux exerçant dans un contexte juridique civiliste. Ce constat ne doit pas, pour autant, minorer le rôle joué par le juge français dans l'aménagement de certaines règles de droit au profit d'individus appartenant à une collectivité minoritaire. Ce rôle est d'autant plus décisif qu'il arrive parfois que le législateur, influencé par l'interprétation jurisprudentielle, reprenne à son compte les orientations adoptées par le juge en les inscrivant dans le corpus législatif. Ainsi, la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie officialise le droit de retour au statut coutumier kanak², droit qui était déjà reconnu, dans certains cas, par les tribunaux locaux³. L'interprétation différenciée du juge aura alors été un catalyseur pour la prise en compte des valeurs minoritaires par le législateur lui-même.

B. La prise en compte des valeurs minoritaires par le législateur

Lors de l'adoption des règles de droit, il arrive que le pouvoir législatif ou le pouvoir réglementaire soit directement influencé par certaines valeurs minoritaires. La prise en compte de ces valeurs propres à certains groupes infra-nationaux se traduit alors par une modification – plus ou moins sensible – du contenu du droit élaboré par les institutions étatiques. Un tel processus d'intégration fondé sur la complémentarité des valeurs étatiques et minoritaires s'est jusqu'à présent manifesté de deux manières. Dans la plupart des cas, il a pris la forme d'une incorporation de règles de droit minoritaires dans la loi (1). En Alsace-Moselle, toutefois, la logique de

judiciaire) devient ainsi une des formes possibles de la citoyenneté. Sa mise en action réside moins dans l'acceptation des lois formellement adoptées, que dans le débat continu qui suit leur adoption. Le conflit entre les formes nouvelles et anciennes de la norme (fondées d'un côté sur le droit et de l'autre sur ses interprétations possibles) constituerait ainsi la part la moins connue de la citoyenneté, le conflit faisant entièrement partie du débat public » (*op. cit.*, p. 343).

¹ Selon une expression empruntée à TOCQUEVILLE (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, tome 1, Paris, Gallimard, 1986, p. 369.

² Articles 12 et 13 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197. Sur le retour au statut personnel kanak, voir *supra*, pp. 443ss.

³ Dès le début des années 1990, le juge local avait affirmé, au mépris de l'article 75 de la Constitution, que l'appartenance statutaire d'un enfant pouvait évoluer vers le droit commun *ou vers le droit coutumier* en cas de modification de sa filiation, qu'elle résulte de la légitimation d'un enfant naturel (CA Nouméa, n° 196, 3 septembre 1990, *Nyipi*) ou d'une adoption (CA Nouméa, n° 43, 21 mars 1991, *Enoka-Heo* : en l'espèce, la Cour a reconnu qu'un enfant de statut civil de droit commun ayant été adopté par deux personnes de statut particulier acquérait le statut de ses adoptants). Sur les prémices judiciaires de la réforme de 1999, voir LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, pp. 40-45.

complémentarité a été poussée à l'extrême et s'est traduite par la formation inédite d'un véritable droit mixte (2).

1. L'incorporation de règles de droit minoritaires dans la loi

Au-delà des situations de délégation législative qui préservent l'autonomie des règles minoritaires reconnues, il existe une hypothèse dans laquelle une règle exogène peut devenir une véritable règle de droit étatique. Cette hypothèse est celle de l'incorporation législative, processus au terme duquel la règle de droit extra-étatique – coutumière ou locale – se trouve entièrement intégrée au droit délibéré et perd, de ce fait, toute autonomie dans son existence comme dans son évolution. Il n'y a plus deux règles juridiques d'origines différentes s'articulant entre elles, mais une règle de droit étatique qui s'est inspirée du modèle exogène pour établir le contenu de ses prescriptions. Le Professeur Teboul parle à cet égard d'une « absorption de l'usage par la loi », désignant la situation où « des règles écrites [...] trouvent leur origine dans des usages nettement identifiables et propres à certains groupes sociaux »¹.

Les exemples d'incorporation de coutumes générales ne manquent pas ; il est fréquent de constater qu'une disposition législative ou réglementaire s'inspire d'une coutume d'application nationale². En revanche, il est plus rare qu'une règle de droit étatique reprenne le contenu d'une coutume minoritaire ou d'une règle de droit local. Il faut pour cela démontrer la possibilité et l'utilité d'étendre à l'ensemble de la population nationale des règles d'application locale ou catégorielle. C'est précisément sur ce point qu'achoppe l'incorporation, maintes fois envisagée, des dispositions du droit alsacien-mosellan relatives à la faillite civile³.

L'incorporation de règles de droit minoritaires demeure donc exceptionnelle, en dépit des avantages qu'elle pourrait présenter pour le système juridique étatique. En effet, il pourrait être utile au droit étatique d'emprunter des normes à d'autres ordres

¹ TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, p. 263.

² DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, p. 406. En matière de droit administratif, le Professeur Teboul mentionne l'affouage communal (i.e. le droit de prendre du bois de chauffage dans les forêts communales) comme exemple d'usage « absorbé » par la loi (TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, pp. 277-290).

³ Le système local de la faillite civile, issu d'une loi allemande du 10 février 1877, est particulièrement protecteur des consommateurs car il permet l'apurement définitif de la situation des débiteurs faisant l'objet d'une telle procédure (leur dossier est clôturé pour insuffisance d'actifs, les créanciers perdent leur droit de poursuite individuelle, le cours des intérêts est suspendu et un mandataire de justice est nommé pour suivre la mise en œuvre du plan de désendettement). L'extension de cette procédure à l'ensemble du territoire national est régulièrement évoquée mais a toujours été rejetée en raison des inconvénients qu'elle présente pour les créanciers. Le dispositif de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers s'en inspire néanmoins visiblement (voir HYEST (Jean-Jacques), LORIDANT (Paul), *Surendettement : prévenir et guérir*, Rapport d'information n° 60, Sénat, 29 octobre 1997).

juridiques – mêmes minoritaires – pour accroître son efficacité¹. Pour ne prendre qu'un exemple, une ordonnance locale du 23 mars 1889 avait mis en place une procédure administrative contentieuse propre à l'Alsace-Moselle, dont certaines dispositions étaient particulièrement innovantes, comme le caractère suspensif du recours sous certaines conditions, l'organisation d'un débat oral lors de l'audience ou encore l'existence d'un recours spécifique en opposition contre les délibérations d'un Conseil municipal pour l'adoption desquelles un élu intéressé à l'affaire a joué un rôle prépondérant². Saisi de ces différentes règles qui étaient pleinement applicables devant le tribunal administratif de Strasbourg, le Conseil d'Etat a conclu à leur abrogation implicite³, en dépit de l'intérêt que de telles règles pouvaient présenter pour la protection des droits des administrés, pour l'efficacité de la procédure administrative contentieuse ou pour le bon déroulement des instances. En témoigne d'ailleurs la réforme, en 2000, des procédures d'urgence devant le juge administratif qui reprend en partie les règles qui étaient applicables depuis plus d'un siècle en Alsace-Moselle⁴. Une telle démarche suppose toutefois que les autorités étatiques abandonnent au préalable tout préjugé négatif à l'encontre des ordres juridiques minoritaires, dont la qualité est souvent déconsidérée⁵. Elle suppose également que les institutions propres aux ordres juridiques minoritaires soient mieux connues et, pour cela, plus souvent étudiées dans une perspective de droit comparé visant à confronter différents systèmes juridiques pour en faire ressortir les atouts respectifs.

Pour l'heure, l'incorporation des règles minoritaires à l'ordre juridique étatique demeure une possibilité sous-exploitée en France. D'autres Etats sont, de fait, beaucoup plus avancés en matière d'intégration des valeurs minoritaires dans leur propre droit. Ainsi, le code pénal groenlandais de 1979 ambitionnait déjà d'incorporer au système juridique danois les méthodes inuites traditionnelles de réhabilitation⁶. Cet exemple allait même au-delà de l'incorporation normative puisqu'il s'agissait de mettre progressivement en place un véritable droit mixte propre à la province du

¹ Il est vrai que la notion d'efficacité du droit reste encore très incertaine. La doctrine lui a consacré quelques travaux, en se centrant toutefois sur l'efficacité économique du droit (voir notamment JOSSELIN (Jean-Michel), MARCIANO (Alain), « L'efficacité du droit spontané : une évaluation micro-économique », *Revue internationale de droit économique*, 2000, pp. 351-363 ; CANIVET (Guy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), KLEIN (Mickael), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, 176 p.). On pourrait toutefois considérer l'efficacité en termes de rapidité de la procédure, d'accès au droit, de sécurité juridique, de protection des droits fondamentaux, etc.

² A cet égard, voir STAUB (Materne), « Le droit communal alsacien-mosellan en procès », *RDP*, 2006, pp. 1089-1091.

³ Du fait de l'adoption ultérieure de normes générales contraires. Voir CE, 27 novembre 1995, *Pinault, Leb.*, tables, p. 662. Voir également CE Sect., 1^{er} juillet 2005, *M. Hermann et Mme Scheer, Leb.*, p. 281 ; *JCP-ACT*, n° 36, 2005, p. 1326, note E. Glaser et F. Séners ; *RDP*, 2006, p. 1087, note M. Staub.

⁴ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, *JORF*, 1^{er} juillet 2000, p. 9948. Voir CASSIA (Paul), *Les référés administratifs d'urgence*, Paris, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2003, pp. 11-17.

⁵ Ce préjugé demeure particulièrement persistant au sujet des droits coutumiers, souvent qualifiés, dans un esprit néo-colonialiste, de primitifs.

⁶ A cet égard, voir SCHECHTER (Elaine), « The Greenland Criminal Code and the Limits to Legal Pluralism », *Etudes Inuit*, Vol. 7, 1983, pp. 79-93.

Groenland. C'est une ambition similaire qui préside à la formation, jusqu'ici inédite en France, d'un droit mixte spécifique à l'Alsace-Moselle.

2. La formation d'un droit mixte alsacien-mosellan

De prime abord, la notion de droit mixte est ignorée par la doctrine française, alors que nombre de travaux y sont consacrés à l'étranger. Il est vrai que le phénomène concerne surtout les Etats ou les régions qui ont été sous l'empire de systèmes juridiques successifs, à l'exemple des Etats du Maghreb, d'Afrique noire ou d'Amérique du Sud, de l'Inde¹, du Québec² ou encore de la Louisiane³. Ces Etats ou ces régions sont aujourd'hui soumis à une législation dont les dispositions résultent de l'application cumulative ou de l'interaction des différents systèmes juridiques qui étaient autrefois en vigueur⁴. Ces systèmes distincts se sont amalgamés pour former dans chaque Etat un droit nouveau qualifié de « mixte » en raison de ses multiples inspirations. Il s'agira ici d'un croisement entre droit autochtone et droit colonial, là d'un syncrétisme entre droit civil et *common law*, là encore, comme en Belgique ou au Luxembourg, d'un mélange entre droit français et droit allemand. Les possibilités d'hybridation sont à cet égard pléthoriques.

En toute hypothèse, l'édiction d'un droit mixte n'est envisageable que si les ordres juridiques sont poreux. En effet, la simple coexistence de systèmes juridiques différents sur le territoire d'un Etat ne conduit pas systématiquement, loin s'en faut, à la naissance d'un droit mixte ; encore faut-il qu'il y ait des interactions entre les systèmes ou que ceux-ci s'appliquent de manière cumulative et complémentaire dans un même domaine⁵. C'est précisément pour cette raison que le pluralisme juridique intra-étatique observable en France n'a engendré la formation d'un droit mixte que dans un seul cas, celui de la « troisième législation » applicable en Alsace-Moselle.

¹ ROULAND (Norbert), « Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique », in BENOIST (Jean) dir., *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de common law et de droit civil*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 51.

² L'Acte de Québec de 1774 est généralement considéré comme la source de la dualité de systèmes juridiques au Québec, dans la mesure où il confirme l'application des anciennes lois françaises, tout en consacrant l'introduction du droit pénal anglais. Sur la formation du droit mixte québécois, voir BRIERLEY (John), « The Reception of English Law in the Canadian Province of Québec », in VANDERLINDEN (Jacques), DOUCET (Michel) dir., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 103-138.

³ La Louisiane est soumise à un droit mixte rappelant celui du Québec. Nombre de juristes annoncent toutefois la fin de la mixité du droit en Louisiane, du fait de l'hégémonie notable de la culture juridique américaine. En ce sens, voir LEVASSEUR (Alain), « La Louisiane : un vaisseau à la dérive ? », in BERGEL (Jean-Louis) dir., *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, pp. 257-277.

⁴ Le droit mixte suppose en effet « que les institutions juridiques d'une législation nationale émanent de systèmes différents et résultent de l'application cumulative ou de l'interaction de techniques qui appartiennent ou se rattachent à ces systèmes » (GARRON (Robert), « Le droit mixte : notion et fonction », in BENOIST (Jean) dir., *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de droit civil*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 13).

⁵ Pour des exemples non limitatifs d'institutions juridiques nouvelles, nées de l'interaction de systèmes juridiques différents, voir GARRON (Robert), *op. cit.*, pp. 17-19.

Cette législation d'application locale produite par le Parlement national répond bien à la définition d'un droit mixte dans la mesure où elle résulte d'une fusion entre les règles de droit français et les règles de droit allemand ; il s'agit de ce fait d'un droit novateur, né de « l'utilisation cumulative d'une pluralité de techniques émanant de systèmes juridiques différents »¹.

L'exemple de la « troisième législation », qui a permis la régénération du droit local alsacien-mosellan voué jusqu'alors à l'harmonisation progressive, est révélateur du degré d'ouverture du système juridique et des institutions normatives étatiques. En édictant un droit mixte, le législateur ne se contente pas d'entériner l'existence d'un système juridique local concurrent, il accepte de modifier la substance de son propre droit en s'inspirant d'une culture juridique exogène. Ce processus rejoint la logique du processus d'adaptation normative utilisé pour ajuster le droit étatique aux spécificités ultra-marines ou corses : dans les deux cas, il s'agit de modifier le fond du droit légiféré. La portée de ces deux processus est toutefois sans commune mesure : l'adaptation normative permet des accommodements ponctuels visant à éviter l'application de dispositions juridiques étatiques manifestement inadaptées aux spécificités locales, tandis que la création d'un droit mixte révèle la volonté de mettre en place un ordre juridique spécifique, propre à une collectivité infra-étatique.

Au regard de cet objectif, la formation d'un droit mixte semble participer d'une approche pluraliste. Il ne peut toutefois pas s'agir d'une véritable manifestation de pluralisme juridique, dans la mesure où le droit mixte demeure un droit créé par l'Etat qui tend à remplacer, comme le révèle l'exemple alsacien-mosellan, un droit exogène préexistant. Dès lors, bien qu'il intègre des éléments empruntés à d'autres droits, le droit mixte relève formellement d'une logique moniste. Comme l'indique le Professeur Rouland, « ces systèmes juridiques mixtes tendent à l'unicité pour deux raisons : ils tirent leur force exécutoire de l'autorité de l'Etat qui les promulgue [et] même s'ils utilisent des éléments disparates, ils forment système »².

Pour autant, sur le plan matériel, la formation d'un droit mixte entraîne bien la pluralisation de l'ordre juridique étatique. En ce sens, elle conforte la théorie du changement juridique, qui défend l'idée que tout système juridique subit des mutations plus ou moins régulières contribuant à son perfectionnement³. Or, ces

¹ GARRON (Robert), *op. cit.*, pp. 13-14.

² ROULAND (Norbert), « Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique », in BENOIST (Jean) dir., *op. cit.*, p. 43.

³ Pour des réflexions sur le changement ou les mutations juridiques, voir notamment WATSON (Alan), « Legal Change : Sources of Law and Legal Culture », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, n° 5, 1983, pp. 1121-1157 ; BOURAOUI (Soukeina), BEN ACHOUR-DEROUCHE (Sana), BELAID (Sadok), LAGHMANI (Slim), « Mutations des systèmes juridiques. Note pour une modélisation », *Droit et Sociétés*, n° 15, 1990, pp. 173-180 ; NELKEN (David), « Towards a Sociology of Legal Adaptation », in NELKEN (David), FEEST (Johannes) eds., *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 7-54 ; BENDA-BECKMANN (Franz and Keebet von), « The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 53-54, 2006, pp. 1-44.

mutations résultent essentiellement des interactions entre les ordres juridiques, qui impliquent des transferts, des emprunts ou des croisements normatifs : c'est parce qu'un ordre juridique est poreux, perméable, réceptif aux ordres juridiques étrangers qu'« il subit régulièrement le renouvellement de ses éléments constitutifs »¹ et évite ainsi de se scléroser. L'idée statique d'une pureté du droit découlant de la production hiérarchisée de normes au sein d'un système juridique unitaire laisse alors la place à celle, plus dynamique, d'un perfectionnement du droit résultant des interactions réciproques et des apports mutuels entre les différents systèmes juridiques en vigueur². C'est en se fondant sur cette idée de progrès qu'il faut appréhender la formation d'une « troisième législation » en Alsace-Moselle, révélatrice du potentiel d'évolution du droit positif. Si ce phénomène demeure pour l'heure singulier en France, son existence pourrait ouvrir la voie à la création d'autres droits mixtes qui résulteraient, par exemple, d'un mélange entre le droit commun et certains droits coutumiers autochtones. D'autres Etats ont déjà expérimenté de tels métissages juridiques, à l'exemple du Canada ou de l'Australie³.

C'est à la lumière de ces perspectives qu'il faut donc envisager toutes les potentialités du pluralisme juridique : s'il permet dans certains cas de ménager les caractéristiques de chaque ordre juridique, il autorise dans d'autres cas la formation de nouveaux droits hybrides résultant de la convergence d'ordres juridiques complémentaires⁴. Il est vrai néanmoins que cette complémentarité normative est loin d'être systématique : dans la plupart des cas, les cultures juridiques en présence – celle de la majorité et celles des minorités – demeurent irréductibles sur plusieurs points. Ce n'est alors plus la complémentarité mais la dissonance qu'il faut organiser, ce qui n'est pas sans soulever de difficultés pour la cohérence générale du droit positif, dès lors que sont intégrées des valeurs minoritaires contradictoires avec le droit étatique.

¹ CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 25-26.

² Le Professeur Deumier défend ainsi l'idée d'un perfectionnement du droit positif qui résulterait de la conjonction du droit délibéré et du droit coutumier, cette conjonction permettant de cumuler la validité de l'un et l'effectivité de l'autre. Voir DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, pp. 316-317.

³ En Australie, la reconnaissance juridique du « titre autochtone » depuis 1992 et le respect des spécificités aborigènes ont conduit à la création d'un droit mixte. Afin d'écartier tout risque de scission entre les communautés européennes et aborigènes, les autorités fédérales ont en effet entrepris de réformer le droit australien, en instaurant progressivement un droit métissé prenant en compte les différentes traditions juridiques. Voir LAFARGUE (Régis), « Droits de l'homme, politiques judiciaires et gestion communautaire des conflits : la normalisation des rapports inter-ethniques par l'adaptation du droit anglo-australien à la coutume aborigène », *Droit et Cultures*, n° 31, 1996, pp. 219-265.

⁴ Sur la notion de convergence des ordres juridiques, surtout utilisée par la doctrine en matière de droit international et de droit communautaire, voir CANIVET (Guy), « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*, 2003, pp. 7-22.

§ 2. L'intégration de valeurs minoritaires contradictoires avec le droit étatique

A l'issue de ses divers travaux relatifs au pluralisme juridique dans les sociétés occidentales, le Professeur Belley estime qu'en raison du phénomène de centralisme juridique qui caractérise ces sociétés, les rapports entre les différents systèmes juridiques en vigueur en leur sein sont plus complémentaires qu'antagonistes¹. Si ce constat s'applique à l'évidence à la France, il doit néanmoins être nuancé pour s'avérer pleinement exact. En effet, il n'est pas improbable, loin de là, que des valeurs minoritaires ne s'accordent pas avec celles de la société nationale. L'exemple le plus marquant est probablement celui de la polygamie qui, bien qu'encadrée, demeure une institution coutumière traditionnelle de la culture juridique mahoraise. L'ouverture de l'ordre juridique étatique à ces cultures juridiques exogènes peut donc se traduire par l'intégration de valeurs contradictoires avec celles portées par le droit étatique. De fait, « nos systèmes juridiques ne sont pas des systèmes éthiques unitaires, c'est-à-dire qu'ils ne se fondent pas [...] sur un groupe de postulats cohérents, mais ils sont des systèmes à plusieurs valeurs et ces valeurs sont souvent antinomiques entre elles »².

De tels conflits de valeurs sont indéniablement néfastes à la cohérence du droit positif puisqu'ils se traduisent par la coexistence, au sein de ce dernier, de normes contradictoires. La doctrine parle alors d'« antinomies juridiques », sans toutefois en déterminer pleinement ni l'ampleur, ni les effets³. Ce sont pourtant ces deux éléments qui permettent de mesurer le niveau d'intransitivité entre les normes minoritaires et étatiques et, par suite, d'évaluer le degré d'hétérogénéité du droit dans l'Etat. C'est donc à ces deux aspects qu'il faut ici s'attacher, en mettant en évidence l'existence d'antinomies juridiques matérielles dans le droit français (A), dont découle la possibilité de conflits juridiques internes (B).

A. L'existence d'antinomies juridiques matérielles

Aucun système juridique multiculturel traversé de conflits de valeurs ne peut faire l'économie d'antinomies juridiques, ces antinomies étant précisément « le reflet [de

¹ BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 29-30.

² BOBBIO (Norberto), « Des critères pour résoudre les antinomies », in PERELMAN (Chaïm) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 240.

³ Les travaux sur les antinomies en droit sont rares. Entre 1961 et 1964, le Centre national belge de recherches de logique a mené sur le sujet une série d'études qui présentent un intérêt théorique indéniable mais qui sont centrées sur le droit belge et nécessiteraient d'être actualisées (PERELMAN (Chaïm) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, 404 p.). Plus récemment, diverses analyses ont eu recours à la notion d'antinomie, sans toutefois en dégager toutes les implications. Voir TIMSIT (Gérard), *Les noms de la loi*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991, pp. 93-102 ; MALAURIE (Philippe), « Les antinomies des règles et leurs fondements », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 25-31.

ces] conflits de valeurs »¹. En s'ouvrant au multiculturalisme, le système juridique français ne fait pas exception et regroupe en son sein de plus en plus de normes matériellement contradictoires². Encore faut-il déterminer l'ampleur de ces contradictions. Etymologiquement, le terme d'antinomie revêt une signification large et pourrait désigner toute contradiction entre deux règles de droit³. Cette définition paraît toutefois trop approximative pour pouvoir distinguer clairement les situations d'antinomies. Deux précisions doivent être apportées pour la rendre plus opérationnelle.

En premier lieu, la contradiction dont il est question s'apparente bien plus à une inconciliabilité qu'à une incompatibilité entre règles de droit. Les deux termes sont souvent utilisés comme synonymes mais il n'est pas inutile de les employer ici dans leur sens propre, en considérant deux normes « qui s'excluent réciproquement » comme inconciliables, et deux normes « qui ne peuvent coexister, être associées, réunies » comme incompatibles⁴. Dès lors, deux normes sont inconciliables lorsqu'elles ne peuvent s'appliquer ensemble à une même situation juridique, l'une des deux devant être écartée. Elles sont en revanche incompatibles lorsqu'elles ne peuvent exister ensemble dans le même ordre juridique, l'une des deux devant alors disparaître. Dans la mesure où les situations d'antinomies se produisent au sein d'un même ordre juridique⁵, elles font intervenir des normes inconciliables mais nécessairement compatibles⁶. Une antinomie se traduit donc par l'impossibilité d'appliquer simultanément à un cas d'espèce deux règles de droit positif, ces deux règles prescrivant des solutions juridiques contraires.

Il faut toutefois préciser, en second lieu, quelles sont les règles de droit qui peuvent être inconciliables. Certains auteurs estiment que seules peuvent être antinomiques des normes ayant même valeur juridique ; à défaut, « la hiérarchie légale empêche l'antinomie de naître puisque [...] les normes apparemment contradictoires

¹ ROSSEL (Jean-Edouard), « L'interprétation des normes contradictoires », in PERRIN (Jean-François) dir., *Les règles d'interprétation : principes communément admis par les juridictions*, Fribourg, Ed. universitaires, 1989, p. 83.

² La multiplication des antinomies ne résulte pas uniquement, loin de là, de la reconnaissance d'ordres juridiques minoritaires. En pratique, toute intégration de normes juridiques provenant de sources exogènes est porteuse d'antinomies potentielles. Ainsi, l'intégration croissante de normes d'origine internationale ou communautaire dans le droit national démultiplie les possibilités d'antinomies juridiques entre ces normes et les normes édictées par l'Etat. A cet égard, voir VANDER ELST (Raymond), « Antinomies en droit international privé », in PERELMAN (Chaim) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 166-168.

³ Sur la définition du terme antinomie, voir FORIERS (Paul), « Les antinomies en droit », in PERELMAN (Chaim) dir., *op. cit.*, pp. 20-21.

⁴ Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, v° « inconciliable » et « incompatible ».

⁵ De fait, il ne peut y avoir « antinomie entre deux systèmes juridiques différents, étrangers l'un à l'autre et entre lesquels ne s'opère aucune intégration » (BUCH (Henri), « Conceptions dialectiques des antinomies juridiques », in PERELMAN (Chaim) dir., *op. cit.*, p. 383).

⁶ L'hypothèse de l'incompatibilité normative ne concerne donc que les règles de droit appartenant à des ordres juridiques irrelevants, tandis que l'hypothèse de l'inconciliabilité s'applique aux situations d'intransitivité.

se meuvent sur des plans différents : la norme inférieure ne contredit pas la norme supérieure, elle l'enfreint »¹. Cette logique kelsénienne est séduisante sur le plan théorique mais elle présente en pratique un défaut lié au respect effectif de la hiérarchie des normes. En effet, la hiérarchie normative en elle-même ne peut pas empêcher l'antinomie de naître, dès lors que l'autorité réglementaire, législative ou constituante décide d'édicter ou de reconnaître une règle de droit illégale ou inconstitutionnelle². Au mieux, la hiérarchie des normes se présente alors comme l'une des solutions dont le juge dispose (s'il est saisi) pour résoudre l'antinomie ainsi créée, mais elle ne fait pas pour autant disparaître celle-ci³. Dès lors, les antinomies peuvent survenir à tous les niveaux de la pyramide juridique, quel que soit le rang respectif des normes en contradiction. Rien n'exclut, du reste, que des antinomies apparaissent au sein de la Constitution elle-même, ce qui n'est pas sans soulever la question de la cohérence et de la stabilité du système juridique dans son ensemble⁴. C'est en effet la logique même de l'ordonnement juridique qui est remise en cause dès lors que l'on constate, comme en France, la présence d'antinomies dans l'ordre juridique étatique (1) mais également la multiplication des antinomies dans la Constitution (2).

1. La présence d'antinomies dans l'ordre juridique étatique

Il serait particulièrement fastidieux et sans doute peu utile de recenser l'ensemble des antinomies générées par l'édiction ou la reconnaissance de règles de droit spécifiques à certaines collectivités minoritaires. Il paraît bien plus profitable de définir dans quelles situations des antinomies peuvent apparaître, qu'elles soient susceptibles de naître à l'avenir ou qu'elles existent déjà sans avoir jamais été résolues. Quatre situations peuvent ainsi être distinguées.

La première concerne la reconnaissance de règles coutumières contraires aux règles de droit étatique. Il s'agit au demeurant d'une situation ubuesque pour le

¹ BOLAND (Georges), « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in PERELMAN (Chaïm) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 201. Dans le même sens, voir BUCH (Henri), « Conceptions dialectiques des antinomies juridiques », in PERELMAN (Chaïm) dir., *op. cit.*, p. 383 ; MALAURIE (Philippe), « Les antinomies des règles et leurs fondements », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 26-27.

² Cette hypothèse remet profondément en cause le principe de rationalité du législateur qui imprègne la science du droit mais demeure bien un mythe. Voir notamment ZIEMBINSKI (Zygmunt), « La notion de rationalité du législateur », *APD*, 1978, pp. 175-187 ; OST (François), KERCHOVE (Michel van de), « Rationalité et souveraineté du législateur, paradigmes de la dogmatique juridique ? », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n° 62, 1985, pp. 227-251.

³ En ce sens, voir FORIERS (Paul), « Les antinomies en droit », in PERELMAN (Chaïm) dir., *op. cit.*, pp. 23-24.

⁴ Il est révélateur que les théories positivistes nient les antinomies, qui remettent en cause la pureté de l'ordre juridique et sa cohérence, ainsi que la structure de la hiérarchie normative. De fait, l'existence d'une antinomie entre deux règles de droit constitue une faille dans la pyramide théoriquement si bien ordonnée. A cet égard, voir KOUBI (Geneviève), « Des-ordre/s juridique/s », in CURAPP, *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, p. 208.

législateur que de devoir reconnaître non seulement l'existence mais également la validité de normes exogènes contraires au droit de l'Etat. Une telle hypothèse n'est pourtant pas totalement fantaisiste, comme le confirme la consécration ponctuelle de coutumes *contra legem*. Les exemples les plus marquants résultent indéniablement de la reconnaissance du statut coutumier mahorais, qui relève d'une culture juridique présentant des dissemblances notoires – particulièrement en droit de la famille – avec la culture juridique romano-civiliste. Ainsi, le droit islamique admet la polygamie, alors que le Code civil l'interdit¹ et que le Code pénal la sanctionne². Si une ordonnance du 28 mars 1996 dispose que le délit de polygamie n'est pas applicable aux citoyens français relevant du statut personnel mahorais³, cette précision ne supprime pas l'antinomie matérielle créée par l'article 75 de la Constitution⁴. De la même manière, l'absence de nom patronymique en droit coutumier et certaines règles de filiation, relatives notamment aux enfants naturels, heurtent les dispositions du Code civil⁵. De telles antinomies ont parfois donné lieu à des jurisprudences pour le moins déconcertantes au regard du droit commun. Ainsi, dans un arrêt du 25 février 1997, la Cour de Cassation a limité le bénéfice d'une succession aux seuls enfants légitimes du défunt, en application du droit successoral musulman applicable aux citoyens de statut personnel mahorais⁶. Il est vrai que, depuis lors, le législateur a formellement abrogé de tels usages en étendant progressivement à Mayotte les règles du droit commun en matière de nom patronymique⁷ comme en matière de filiation⁸. Cette initiative a contribué à marginaliser les coutumes *contra legem*, s'agissant tout au moins du droit applicable à Mayotte. Elle n'a toutefois pas fait disparaître toutes les antinomies normatives résultant de la consécration constitutionnelle des statuts personnels coutumiers. Comme le reconnaissent en 2003 les députés requérants lors de la saisine du Conseil constitutionnel pour le contrôle de la loi de programme pour

¹ Article 107 du Code civil : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

² Article 433-20 du Code pénal : « Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent ».

³ Ordonnance n° 96-267 du 28 mars 1996 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte, *JORF*, 31 mars 1996, p. 4957.

⁴ Rappelons que la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003 (*JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320) interdit les mariages polygamiques aux citoyens de statut personnel mahorais atteignant l'âge requis pour se marier après le 1^{er} janvier 2005, mais qu'elle laisse cette possibilité ouverte aux Mahorais ne répondant pas à cette condition. Voir GUILLAUMONT (Olivier), « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte », *JCP*, n° 37, 10 septembre 2003, pp. 1553-1554.

⁵ Article 57 et 312 ss du Code civil.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah*, *RCDIP*, 1998, p. 602, note Droz ; *JCP*, 17 décembre 1997, n° 51, p. 557, note L.-A. Barrière et T. Garé ; *Dalloz*, 1997, p. 463, note H. Fulchiron.

⁷ Ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des noms et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte, *JORF*, 10 mars 2000, p. 3799.

⁸ Article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320 ; ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, 6 juillet 2005, p. 11159. Ces textes sont applicables de plein droit à Mayotte aux termes de l'article 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 (*JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199).

l'outre-mer, « certaines règles locales ne sont pas parfaitement compatibles avec des droits fondamentaux »¹. C'est précisément pour cette raison que le juge constitutionnel avait alors indiqué que « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, [le législateur] pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles *dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés* »².

La deuxième situation génératrice d'antinomies normatives réside dans la survivance de droits locaux antérieurs à la Constitution, à l'exemple du droit alsacien-mosellan³. Si l'existence du droit local ne heurte pas, en elle-même, les principes constitutionnels d'indivisibilité de la République et d'égalité des citoyens⁴, le contenu de certaines règles locales est, en revanche, d'une constitutionnalité discutable. Ainsi, le régime local des cultes s'opposerait au principe de laïcité⁵ ; le régime local d'association, prévoyant une inscription administrative avec droit d'opposition préfectoral, paraît contraire au principe de la liberté d'association ; le contrôle de l'accès à certaines professions ou les règles sur le repos dominical peuvent contredire la liberté du commerce et de l'industrie ; et certaines dispositions du Code pénal local semblent heurter les principes d'égalité devant la loi pénale, de proportionnalité des peines ou encore de légalité des délits et des peines⁶. *A priori*, les lois antérieures au 4 octobre 1958 qui sont contraires à la Constitution doivent être regardées comme tacitement abrogées par l'adoption de la loi constitutionnelle postérieure⁷. Néanmoins, pour que l'abrogation tacite de la loi antérieure soit retenue, il faut que sa non-conformité à la Constitution soit incontestable ; il est nécessaire, pour cela, que le

¹ *JORF*, 22 juillet 2003, p. 12345.

² CC, décision n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *Rec.*, p. 389 (les italiques ont été ajoutées par nos soins) ; *Dalloz*, n° 18, 2004, p. 1272, note O. Le Bot ; *RDP*, 2003, p. 1789, note F. Luchaire ; *RFDC*, n° 56, 2003, p. 788, note O. Guillaumont ; *LPA*, n° 151, 30 juillet 2003, p. 11, note J.-E. Schoettl.

³ Il n'est donc pas ici question de la « troisième législation », postérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution, qui peut toujours faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité en vertu de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. Jusqu'à présent, le juge constitutionnel n'a jamais été saisi expressément de la question de la conformité à la Constitution d'une disposition nouvelle de droit local.

⁴ En ce sens, voir CC, décisions n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Rec.*, p. 38 ; et n° 92-305 DC du 21 février 1992 (*Rec.*, p. 27). Voir FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1627-1640.

⁵ Le droit alsacien-mosellan n'est pas ici le seul en cause. Ainsi, la concession de l'enseignement public à Wallis-et-Futuna en faveur de la congrégation catholique des Pères de Sainte-Marie est contraire au principe de laïcité. Il en est de même de l'ordonnance royale du 27 août 1828, applicable en Guyane, en vertu de laquelle le clergé catholique est rémunéré par le Conseil général.

⁶ Pour une discussion sur la constitutionnalité de ces différentes règles de droit local, voir FLAUSS (Jean-François), *op. cit.*, pp. 1640-1668. Pour justifiés qu'ils soient, les arguments du Professeur Flauss relèvent du débat doctrinal et ne peuvent préjuger de la position du juge dans l'hypothèse où ce dernier se trouverait saisi de la question.

⁷ CE, 12 février 1960, *Eckly, Leb.*, p. 101. Il est à noter que l'abrogation tacite par la Constitution ne s'effectue pas en raison du caractère supérieur de la norme constitutionnelle mais en vertu de la règle selon laquelle la loi nouvelle abroge la loi antérieure incompatible avec elle. Dès lors, si une règle de droit local contrarie un principe fondamental reconnu par les lois de la République antérieur à la règle locale litigieuse, cette dernière ne peut être abrogée car le principe constitutionnel n'a pas alors le caractère de loi nouvelle. En ce sens, voir CE, 6 avril 2001, *SNES, Leb.*, p. 170 ; *AJDA*, 2002, p. 63, note B. Toulemonde ; *Revue du droit local*, n° 33, 2001, p. 47, note J.-M. Woehrling.

juge intervienne¹. A cet égard, les possibilités de contrôle par le Conseil constitutionnel sont limitées ; le Conseil ne pourrait se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de droit local en vigueur que par voie incidente², lors du contrôle d'une loi nouvelle mentionnant une règle locale. Or, jusqu'à présent, le juge constitutionnel s'est refusé à procéder de manière extensive à un tel contrôle incident³. Le juge ordinaire, pour sa part, manifeste une certaine réticence à accueillir le moyen tiré de l'abrogation implicite d'une disposition législative antérieure par la loi constitutionnelle postérieure⁴. Ni la Cour de Cassation ni le Conseil d'Etat statuant au contentieux n'ont encore constaté une telle contrariété⁵. Pour pallier ces limites du contrôle de constitutionnalité, les juridictions ordinaires ont néanmoins développé une politique jurisprudentielle d'interprétation neutralisante des règles de droit local susceptibles d'être taxées d'inconstitutionnalité⁶.

D'autres antinomies juridiques pourraient, en troisième lieu, résulter de l'adoption de règles dérogatoires par le législateur lui-même. En effet, le Conseil constitutionnel a estimé que la Constitution ne faisait pas obstacle à l'exercice, par le législateur, de son pouvoir de dérogation : « toutes les dispositions législatives ayant la même force juridique, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur, après avoir adopté une règle générale, d'y faire exception ou d'y déroger »⁷. Le législateur est donc libre d'adopter des règles dérogatoires au droit commun qui seraient susceptibles, par définition, de heurter d'autres dispositions législatives préexistantes. Quand un texte – la Constitution, un traité ou une loi antérieure – détermine la procédure de mise en œuvre du pouvoir de dérogation, le législateur se trouve soumis à ces conditions qui peuvent être de forme comme de fond. En revanche, en l'absence de textes fixant le mode d'exercice du pouvoir de dérogation,

¹ Voir WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc. 122-1, n° 40-41.

² Dans le prolongement de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Rec.*, p. 43. Voir FERSTENBERT (Jacques), « Le contrôle par le Conseil constitutionnel de la régularité constitutionnelle des lois promulguées », *RDP*, 1991, pp. 339-391.

³ CC, décisions n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Rec.*, p. 35 ; n° 91-299 DC du 2 août 1991, *Rec.*, p. 124 ; n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Rec.*, p. 27.

⁴ Le moyen de l'abrogation tacite est examiné par le juge, mais généralement rejeté comme mal fondé (voir CE Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les Cigognes »*, *Leb.*, p. 37 ; *RFDA*, 1988, p. 95, concl. B. Stirn). Lorsqu'il s'agit d'examiner la constitutionnalité d'une disposition locale infra-législative, le juge se retranche derrière la théorie de l'écran législatif pour conclure au caractère inopérant du moyen d'inconstitutionnalité soulevé (voir Cass. crim., 5 novembre 1980, *Eichlinger*, Inédit).

⁵ Les sections administratives du Conseil d'État ont toutefois eu l'occasion de constater l'abrogation implicite de dispositions de droit local en raison de leur incompatibilité avec des principes constitutionnels (CE, Section de l'Intérieur, *EDCE*, n° 92, 1990, pp. 81-83 ; CE, Section de l'Intérieur, avis n° 355-149 du 16 novembre 1993, *EDCE*, 1993, p. 353 ; *Revue du droit local*, n° 12, 1994, p. 19, note Bonnet). Le tribunal administratif de Strasbourg s'est également prononcé dans le sens de l'abrogation par la Constitution d'une disposition locale antérieure (TA Strasbourg, 14 octobre 1997, *Maronese c. Ministre du budget*, req. n° 932035 ; *AJDA*, 1998, p. 501, note J.-M. Woehrling ; *RDP*, 1998, p. 521, note J.-F. Flauss).

⁶ Voir GALABERT (Jean-Michel), « Conclusions sur Conseil d'Etat, 25 juillet 1980, *Eglise évangélique de Colmar* », *AJDA*, 1981, p. 209.

⁷ Décision n° 83-162 DC, 19-20 juillet 1983, *Rec.*, p. 49.

le législateur n'a pas d'autres limites que celles imposées à l'exercice de son pouvoir législatif, à savoir le respect des normes supra-législatives¹ et le respect du parallélisme des formes et des compétences².

Enfin, la quatrième situation susceptible de générer des antinomies juridiques résulte de l'attribution de compétences dérogatoires à certaines collectivités locales, en outre-mer comme en métropole. Fortes d'une autonomie normative, d'un pouvoir d'adaptation des textes nationaux ou encore d'un droit d'expérimentation juridique, les collectivités locales sont désormais en mesure de mettre en oeuvre, dans leur ressort, des mesures dérogeant à des dispositions réglementaires, législatives, voire même constitutionnelles. Pour ne prendre qu'un exemple, l'adoption de lois du pays établissant des discriminations positives en faveur des populations de Nouvelle-Calédonie ou de Polynésie française heurtera, à l'évidence, plusieurs principes constitutionnels³. Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas manqué de souligner, lors de l'examen en 2003 du projet de loi organique portant statut de la Polynésie française, que les transferts de compétences auxquels le projet ouvrait droit étaient susceptibles de créer « confusions et conflits entre le droit commun et le droit local »⁴. De telles antinomies ne se limitent toutefois pas à une opposition entre un acte local et une règle de portée nationale. En effet, l'adoption de délibérations locales ou de lois du pays dérogatoires ne se justifie juridiquement que parce qu'elle est autorisée par le législateur, soit aux termes du statut, lui-même dérogatoire, de la collectivité concernée, soit aux termes d'une autorisation d'adaptation ou d'expérimentation juridique. Le législateur, pour sa part, ne peut accorder un statut dérogatoire ou une autorisation d'adaptation ou d'expérimentation à une collectivité locale que sur le fondement de dispositions constitutionnelles elles-mêmes dérogatoires, en l'occurrence les articles 72 alinéa 4, 73, 74 et 77 de la Constitution. Dès lors, la contradiction entre la norme locale et la norme constitutionnelle dépasse le simple conflit entre deux normes de rangs différents ; elle révèle l'existence d'antinomies au sein même de la Constitution.

¹ Il s'agit à l'évidence des dispositions du bloc de constitutionnalité et des conventions internationales, auxquelles le législateur ne saurait porter atteinte, dans l'exercice de son pouvoir de dérogation, en les privant des garanties que la loi leur assure. En ce sens, voir la décision du Conseil constitutionnel n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Rec.*, p. 110 ; voir également MOLLION (Grégory), « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, n° 62, avril 2005, pp. 257-289.

² En vertu de ce principe, le législateur ne peut déroger qu'en appliquant des conditions de fond et de forme identiques à celles qui lui sont imposées pour régler la matière. Toutefois, lorsque des formalités ont été suivies par le législateur sans qu'elles soient obligatoires ni substantielles, elles ne s'imposent pas dans l'élaboration de la disposition dérogatoire.

³ Voir *supra*, pp. 329ss.

⁴ CE, avis du 9 octobre 2003 sur le projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *EDCE*, 2004, p. 59.

2. La multiplication des antinomies dans la Constitution

La Constitution et, *a fortiori*, le bloc de constitutionnalité, n'ont jamais été matériellement homogènes¹ ; ils ont toujours comporté en leur sein des dispositions disparates, issues des influences diverses et parfois antagonistes qui ont présidé à l'élaboration de la Constitution². Au-delà de la contradiction souvent mentionnée entre le droit de grève et le principe de continuité des services publics³, l'une des antinomies originelles les plus frappantes est sans doute celle qui oppose les articles 1^{er} et 75 de la Constitution. La difficile conjonction entre ces deux articles avait d'ailleurs été relevée lors des débats parlementaires en 1958 : M. Reinach avait observé que le principe d'un statut personnel tombait sous le coup des prohibitions des distinctions fondées sur l'origine, la race et la religion, sans que son objection fasse l'objet d'un quelconque débat⁴.

La multiplication des révisions constitutionnelles n'a pu qu'accentuer cette situation, sous l'œil réprobateur d'une grande partie de la doctrine⁵. De fait, l'intégration dans la Constitution de valeurs propres au multiculturalisme par les lois constitutionnelles des 20 juillet 1998, 28 mars 2003 et 23 février 2007⁶ s'est traduite par une véritable hétérogénéisation matérielle du texte constitutionnel, qui assemble désormais nombre de dispositions contradictoires⁷. Comme l'explique le Professeur Le Pourhiet, la reconnaissance des spécificités du peuple kanak, la consécration d'un droit à l'expérimentation des collectivités territoriales ou la définition restrictive d'une citoyenneté de Nouvelle-Calédonie « par des révisions *ad hoc* fait sans doute disparaître l'interdit juridique mais pas la contradiction logique qui vient donc s'installer au cœur de la loi fondamentale elle-même. Si une norme inférieure B est jugée contraire à une norme supérieure A, le fait de hisser B au niveau de A valide

¹ En ce sens, voir ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 7^{ème} éd., 2006, pp. 122-123.

² En 1984, le Professeur Rials indiquait déjà que les antinomies constitutionnelles étaient « assez flagrantes » (RIALS (Stéphane), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 599).

³ DRAGO (Guillaume), « La conciliation entre principes constitutionnels », *Dalloz*, Chron., 1991, p. 265.

⁴ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. 3, Paris, La Documentation française, 1987, p. 417.

⁵ En ce sens, voir CARCASSONNE (Guy), « Surprises, surprises... Les révisions de la Constitution », *RDP*, 1998, pp. 1485-1497 ; FOUQUET-ARMAND (Maud), « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la V^{ème} à la VI^{ème} République ? », *RRJ*, 2001, pp. 1591-1622 ; LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, pp. 1019-1035.

⁶ Lois constitutionnelles n° 98-610 du 20 juillet 1998 (*JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143), n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JORF*, 29 mars 2003, p. 5568) et n° 2007-237 du 23 février 2007 (*JORF*, 24 février 2007, p. 3354).

⁷ Le Professeur Le Pourhiet dénonce ainsi une Constitution « bricolée depuis les années 1990, notamment pour satisfaire des revendications catégorielles, transformant la norme fondamentale en self-service » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1023).

sans doute B du point de vue juridique mais ne la rend pas pour autant conforme à A. Le même corpus normatif devient donc bel et bien contradictoire »¹.

Une telle évolution paraît d'autant plus inquiétante que les antinomies créées par le « droit constitutionnel nouveau »² affectent le « noyau » même de la Constitution³, qui repose sur les « dispositions programmatiques »⁴ présentes dans le préambule et les premiers articles du texte. Si Kelsen accordait peu d'intérêt à ces dispositions en raison de leur caractère prétendument non contraignant, Carl Schmitt les considérait au contraire comme autant d'« indices utiles, voire déterminants, pour qualifier le régime politique instauré par la Constitution »⁵. C'est en effet dans le préambule et les premiers articles de la Constitution que sont consacrés le respect des droits fondamentaux, le caractère indivisible, laïque, démocratique et social de la République et le fondement de la souveraineté nationale. Or, ce sont précisément à ces dispositions que les dernières révisions constitutionnelles portent atteinte. Ainsi, l'article 77, ajouté par la révision du 20 juillet 1998 et modifié par celle du 23 février 2007, attribue valeur constitutionnelle à l'Accord de Nouméa, « lequel déroge, selon les termes mêmes du Conseil constitutionnel, à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle »⁶, parmi lesquels l'interdiction de toute discrimination entre les citoyens français établie par l'article 1^{er}, le principe d'universalité du suffrage affirmé à l'article 3 alinéa 3 de la Constitution⁷ ou encore le principe d'égalité résultant de la Déclaration de 1789⁸. De manière similaire, le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales, consacré à l'article 72 alinéa 4

¹ LE POURHIET (Anne-Marie), « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », in MORENA (Frédérique de la) dir., *Actualité de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 124.

² Selon les termes du Professeur GOHIN (Olivier), « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, p. 504.

³ Cette expression est empruntée à BEAUD (Olivier), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1994, p. 364.

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir BEAUD, *op. cit.* p. 347.

⁶ CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 ; *JCP*, 2000, I, p.201, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC*, 1999, p. 334, note J.-C. Car ; *AJDA*, 1999, p. 324, note J.-E. Schoettl. Le constituant était lui-même pleinement conscient des antinomies que la constitutionnalisation de l'Accord de Nouméa allait introduire dans le corpus constitutionnel. En ce sens, voir TASCIA (Catherine), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Rapport n° 972, Ass. nat., 9 juin 1998, pp. 65-67.

⁷ L'article 88-3 introduit par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 (*JORF*, 26 juin 1992, p. 8406) qui accorde aux citoyens de l'Union européenne résidant en France le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, déroge également implicitement à l'article 3 alinéa 4 qui indique que « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Par les effets combinés des révisions constitutionnelles de 1992 et de 1998, on peut ainsi se retrouver dans la situation paradoxale où un citoyen allemand est en mesure de voter aux élections municipales d'une commune française, alors qu'un citoyen français, quoique contribuable, peut ne pas être en mesure de voter aux élections d'une province néo-calédonienne.

⁸ A cet égard, voir GOHIN (Olivier), « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, p. 505.

par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, déroge ouvertement au principe d'égalité devant la loi et à l'article 34 de la Constitution ¹.

A l'évidence, la formation d'antinomies au sein de la Constitution remet en cause sa cohérence interne. Si cette évolution présente des incidences théoriques relatives à la conception de l'ordre juridique, elle présente surtout des conséquences pratiques potentiellement inquiétantes. En effet, dès lors qu'une révision constitutionnelle intègre dans le corps de la Constitution une disposition matériellement dérogatoire à certains droits fondamentaux tels que le suffrage universel ou l'égalité des citoyens devant la loi, le législateur peut adopter des lois susceptibles de porter atteinte à ces droits sans encourir la censure du juge constitutionnel, qui sera tenu d'appliquer la disposition dérogatoire en vertu de la hiérarchie des normes ². Le Professeur Le Pourhiet remarque à cet égard qu'« il est frappant de constater combien le mouvement du relativisme culturel s'accorde parfaitement avec la théorie kelsénienne. Envisageant le contrôle de constitutionnalité sous un angle purement technique et formel, la théorie pure évacue les jugements de valeur sur le fond des lois pour ne s'intéresser qu'à leur validité procédurale » ³. Plus encore, la présence d'antinomies dans la Constitution autorise le législateur à traiter de manière différente des citoyens français censés être « égaux en droits ». C'est précisément pour éviter ces inégalités que la doctrine défend le principe de cohérence du droit car si la cohérence n'est pas une condition de validité des ordres juridiques, elle est une condition de leur justice ⁴.

Dans ce cadre, la position du Conseil constitutionnel peut paraître curieuse. Confronté à la question des antinomies générées par les révisions constitutionnelles successives, le Conseil affirme en effet, aux termes d'une jurisprudence constante, que « rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle, ces dérogations pouvant n'être qu'implicites » ⁵.

¹ Selon le constat du Conseil constitutionnel lui-même, aux termes de la décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003 (*Rec.*, p. 406) ; *LPA*, n° 195, 30 septembre 2003, p. 5, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 2003, p. 1715, note J.-M. Pontier.

² Les travaux d'Agnès Roblot-Troizier tendent toutefois à démontrer que les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité se trouvent modifiées dès lors que ce contrôle est opéré sur le fondement de normes qui ne sont que visées par la Constitution française – à l'instar de l'Accord de Nouméa. Voir ROBLOT-TROIZIER (Agnès), *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, 688 p.

³ LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1028.

⁴ En ce sens, voir BOBBIO (Norberto), « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 89-103.

⁵ CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 relative à la loi organique portant statut de la Nouvelle-Calédonie (*Rec.*, p. 51) ; décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003 relative à la loi organique sur l'expérimentation par les collectivités territoriales (*Rec.*, p. 406) ; décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004 relative à la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française (*Rec.*, p. 41). Ce considérant de principe avait été affirmé dans la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992

Sans doute le juge constitutionnel n'est-il pas, au regard de l'article 5 de la Constitution, le garant de la cohérence matérielle de la Constitution, mais ce considérant laisse néanmoins perplexe. En se prononçant ainsi, le Conseil ouvre en effet la voie à la multiplication des antinomies juridiques dans le texte constitutionnel¹. Si l'on pousse cette logique à son terme, rien n'interdirait au constituant d'ajouter un article 1^{er}-1 disposant que la France est une République fédérale, reconnaissant l'application de lois différentes aux citoyens en fonction de leur origine ethnique ou territoriale, et assurant aux minorités nationales une protection spécifique. Au regard des titres XII et XIII de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle, l'hypothèse d'un tel énoncé apparaît désormais bien plausible.

Le Conseil constitutionnel a donc privilégié la souveraineté du constituant au détriment de la cohérence de la Constitution. Cette position se trouve du reste pleinement confirmée par le refus catégorique du juge de contrôler le contenu des lois constitutionnelles². Si une partie de la doctrine supposait (espérait ?) que le Conseil contrôlerait, le cas échéant, les atteintes portées par le constituant à « la forme républicaine du gouvernement » et préserverait les valeurs de la République et les droits fondamentaux au titre d'une hypothétique supraconstitutionnalité³, la décision du 26 mars 2003 a mis fin à ces conjectures⁴. Si le Conseil s'était déclaré compétent, cette décision qui portait justement sur la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République⁵ aurait pu donner lieu à un examen sans doute

relative au traité sur l'Union européenne (*Rec.*, p. 76 ; *RDP*, 1992, p. 1587, note F. Luchaire ; *RFDA*, 1992, p. 937, note B. Genevois).

¹ Le Conseil constitutionnel a indiqué que la mise en oeuvre de telles dérogations aux principes à valeur constitutionnelle ne serait admise « que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'Accord » de Nouméa (décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *précit.*) ou « ne saurait intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à l'application du statut d'autonomie » de la Polynésie française (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *précit.*) mais sa fermeté n'est pas allée plus loin puisqu'il a estimé que les dispositions dérogatoires examinées répondaient à ces conditions.

² CC, décision n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Rec.*, p. 293. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 49, pp. 867-876.

³ Cette interprétation se fondait sur la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 aux termes de laquelle « le pouvoir constituant est souverain sous réserve [...] du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » (*Rec.*, p. 76). Plusieurs auteurs estimaient que ce considérant ouvrait la voie à un contrôle du contenu des lois constitutionnelles, sur la base du respect des valeurs républicaines. En ce sens, voir notamment BADINTER (Robert), « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant » in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 217-225 ; GENEVOIS (Bruno), « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1999, pp. 909-921 ; ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 6^{ème} éd., 2001, pp. 212-214.

⁴ CAMBY (Jean-Pierre), « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, pp. 665-688 ; MAILLARD DESGREES DU LOÛ (Dominique), « Le pouvoir constituant dérivé reste souverain », *RDP*, 2003, pp. 725-739 ; MAGNON (Xavier), « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n° 59, 2004, pp. 594-617.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

instructif des antinomies constitutionnelles créées par cette loi¹. A défaut, le pouvoir constituant dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation qui n'est soumis ni au contrôle d'une éventuelle erreur manifeste, ni à l'obligation de respecter, dans l'exercice de sa compétence, les principes et règles de valeur constitutionnelle².

Jusqu'à présent, le constituant dérivé a toutefois fait preuve d'une certaine finesse dans ses interventions : n'osant pas affecter directement les principes fondamentaux de la République, il a préféré les contourner par le biais de dérogations, entendues à la suite de Carl Schmitt comme des atteintes « à des dispositions constitutionnelles dans un ou plusieurs cas particuliers déterminés, mais à titre exceptionnel, c'est-à-dire à la condition que les dispositions auxquelles on déroge conservent par ailleurs toute leur validité ; elles ne sont donc ni supprimées durablement ni temporairement suspendues »³. Ainsi, bien qu'elle produise des antinomies matérielles, la technique de la dérogation permet de préserver la cohérence formelle du système juridique étatique. L'usage de cette technique par le constituant conduit parfois la doctrine à considérer les antinomies constitutionnelles comme des « antinomies apparentes »⁴ ou « illusoires »⁵. S'il est vrai que les dispositions dérogatoires ont un champ d'application (géographique, matériel ou temporel) circonscrit, ce constat n'efface toutefois ni la contradiction normative ni, surtout, l'inégalité des citoyens français devant les dispositions constitutionnelles, ce qui accroît d'autant la possibilité de conflits juridiques internes.

B. La possibilité de conflits juridiques internes

Au demeurant, le pluralisme juridique est inséparable des conflits de droits¹. Dès lors que coexistent plusieurs ordres juridiques, les oppositions entre normes relevant de ces différents ordres sont inéluctables, au point que l'on pourrait considérer la

¹ Antinomies que les sénateurs requérants n'avaient pas manqué de relever dans leur saisine (voir le texte de saisine sur le site <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469/saisine.htm#0>).

² Cela signifie, *a fortiori*, que le constituant peut fort bien adopter des nouvelles dispositions constitutionnelles – à l'exemple de l'Accord de Nouméa – contrevenant aux dispositions internationales en vigueur. Dans ce cas, toutefois, il n'est pas à exclure « que la responsabilité de la France soit recherchée sur le plan international du fait de l'insertion dans la Constitution d'une disposition qui serait considérée comme non conforme aux conventions internationales portant sur des droits fondamentaux » (MAUGÛE (Christine), « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », CCC, n° 7, 1999, p. 89).

³ SCHMITT (Carl), *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1993, p. 238. Dans le même sens, le Professeur Rigaux indique que la dérogation institue un conflit de règles « tout en y apportant la solution appropriée, à savoir la paralysie partielle de la norme qui régit en principe une situation, grâce à l'adoption d'une règle différente qui évince la première sans lui faire perdre ni sa force obligatoire, ni sa valeur de principe » (RIGAUX (François), « Préface », in LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. III).

⁴ Les « antinomies apparentes » seraient des antinomie réductibles, par opposition aux « antinomies absolues » qui persistent. Cette distinction est opérée par VANDER ELST (Raymond), « Antinomies en droit international privé », in PERELMAN (Chaim) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 175-176.

⁵ Voir VEDEL (Georges), « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, pp. 57-58.

survenance de conflits juridiques comme la preuve même de l'existence du pluralisme juridique². Plusieurs questions peuvent en effet être soulevées aux points de rencontre des ordres juridiques étatique et minoritaires. En premier lieu, quel est le droit applicable à un individu se trouvant en situation de pluralisme juridique ? En second lieu, quel est le droit applicable (et, accessoirement, le juge compétent) lorsque des individus se réclamant d'ordres juridiques différents sont en situation conflictuelle ? Ces interrogations ne sont pas sans rappeler celles que tente de régler le droit international privé, à ceci près qu'il s'agit ici de conflits juridiques internes et non internationaux. Sous cette réserve, une certaine analogie peut être faite entre pluralisme juridique intra-étatique et pluralisme juridique inter-étatique³. Dans les deux cas, des conflits juridiques résultent de l'applicabilité à un même cas d'espèce de deux règles de droit issues de systèmes juridiques différents⁴. Dans les deux cas, il s'agit de trouver des solutions à ces conflits de droits.

La problématique des conflits de droits au sein de la République est ancienne. Si les codes napoléoniens, en unifiant le droit applicable à tous les Français, ont mis fin aux conflits entre les différentes coutumes des provinces d'Ancien Régime, la possibilité de conflits juridiques en métropole est réapparue en 1919 avec le rattachement des départements d'Alsace-Moselle et la reconnaissance de leur législation locale. Cette possibilité se trouvait démultipliée outre-mer, en raison non seulement de l'application d'ordres juridiques indigènes dans les territoires sous domination coloniale, mais aussi de la coexistence au sein même de ces territoires de statuts personnels de droit civil, de droit musulman et/ou de droit coutumier⁵. Si la fin de l'empire colonial a réduit les possibilités de conflits de lois internes de manière drastique, elle ne les a pas pour autant fait disparaître. Au contraire, la résistance des statuts coutumiers et la vigueur retrouvée des droits locaux ont entraîné, ces dernières décennies, une diversification des conflits juridiques potentiels.

¹ Le pluralisme juridique se fonde en effet sur l'existence d'une variété « de catégories et d'identités auxquelles sont appliquées des régimes distincts et qui constituent autant de risques de conflits portant sur le domaine matériel d'application des règles en concours » (LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 31-32).

² On pourrait même aller plus loin en envisageant une relation de proportionnalité entre la fréquence des conflits de droits et le degré de pluralisme juridique dans une société. L'accroissement des conflits juridiques pendant la période coloniale semble conforter une telle hypothèse.

³ Rappelons en ce sens que l'acte de naissance du droit international privé est généralement attribué par la doctrine occidentale à l'école italienne des statuts au XIII^e siècle, le « statut » désignant la loi portée par les collectivités particulières, par opposition au droit romain considéré comme le droit commun (voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, p. 43). On se place donc *a priori* dans la même logique d'interrelations juridiques

⁴ VANDER ELST (Raymond), « Antinomies en droit international privé », in PERELMAN (Chaïm) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 160.

⁵ Ce n'est donc pas un hasard si les études les plus approfondies en matière de conflits de lois internes ont été menées pendant la période coloniale. Voir notamment LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, pp. 249-324 ; GANNAGE (Pierre), « La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois », in *Mélanges Paul Roubier*, tome 1, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, pp. 229-240.

Une telle évolution présente de sérieuses implications, dans la mesure où « ces conflits constituent une des plus grandes difficultés de l'ordre juridique »¹. Influencés par la doctrine kelsénienne, les juristes valorisent en effet une conception hiérarchisée du droit, à l'aune de laquelle « un conflit de normes représente une absurdité »². Par suite, le conflit de normes n'est pas regardé comme une propriété de l'ordre juridique, mais comme un dysfonctionnement qu'il faut alors résorber³. Il existerait ainsi une tendance irrépressible à « normaliser » toute situation de conflit de droits⁴, dans le but de garantir la cohérence interne du droit positif. Ainsi, « lorsqu'un ordre juridique autonome [le droit étatique] attribue une "relevance juridique" aux règles d'un autre ordre [minoritaire] il devient indispensable de mettre au point, en cas de conflit portant sur le champ matériel d'application de deux règles hétérogènes, des principes spécifiques de solution qui tiendront compte, dans leurs hypothèses comme dans leurs solutions, de la disparité des composantes du conflit »⁵. En ce sens, la diversification des conflits juridiques potentiels (1) trouve son pendant nécessaire dans la résolution des conflits juridiques déclarés (2).

1. La diversification des conflits juridiques potentiels

Un conflit de droits peut se produire dès lors qu'une situation juridique est susceptible d'être rattachée à différents ordres juridiques, selon le critère que l'on retient : nationalité, statut civil, domicile, lieu de conclusion ou d'exécution d'un contrat, etc. De tels conflits de droits sont fréquents dans les relations internationales⁶ mais peuvent également survenir au sein d'un Etat. L'hypothèse se rencontre du reste fréquemment dans les Etats fédéraux, où des conflits de normes peuvent survenir non seulement entre le droit fédéral et le droit d'une entité fédérée⁷ mais aussi entre des droits fédérés concurrents. Elle demeure plus rare dans les Etats unitaires mais peut néanmoins survenir lorsque des normes antinomiques sont susceptibles de s'appliquer à certaines catégories de citoyens ou sur certaines parties du territoire national. On

¹ ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951, p. 24.

² KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, p. 206. Kelsen reviendra par la suite sur cette impossibilité logique du conflit de normes valides en déclarant les lois de la logique inapplicables aux normes et en admettant la possibilité de l'existence de conflits insolubles. Il confinera toutefois ces cas dans la catégorie des hypothèses indésirables (KELSEN (Hans), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1996, pp. 161-166).

³ A cet égard, voir FAVRE (Jérôme), « Le juriste, entre pathologie de la normalisation et normalité du pathologique : le cas des conflits de normes fondamentales », Contribution au VI^e Congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel (Montpellier, 9-11 juin 2005), disponible sur le site <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/FAVRE.pdf>.

⁴ Pour reprendre la terminologie utilisée par Jérôme Favre (*Ibid.*).

⁵ LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 82.

⁶ Le droit international privé parle alors de « conflits de lois ».

⁷ Les possibilités de conflits sont d'autant plus fréquentes qu'il existe des compétences concurrentes entre l'Etat fédéral et les entités fédérées. Dans cette hypothèse, la Constitution américaine comme la Constitution allemande prévoient que le droit fédéral prime le droit des entités fédérées. C'est la *Supremacy Clause* aux Etats-Unis ou, dans la version allemande, *Bundesrecht bricht Landesrecht*.

pourrait ainsi donner l'exemple, en droit du travail, d'un individu embauché en métropole aux termes d'un contrat conclu selon les règles prévues par le code du travail métropolitain. Au bout de quelques mois, cet individu est amené à exercer ses fonctions professionnelles en Polynésie française. Or, le droit du travail fait partie des compétences transférées par l'Etat à la COM, qui dispose ainsi de son propre code du travail¹. Dès lors, quelles sont les règles qui s'appliquent en matière de conditions de travail, de rémunération et de rupture du contrat ? La loi métropolitaine, loi de l'employeur et du contrat, ou la loi polynésienne, loi du lieu d'exécution du contrat² ?

Cet exemple est symptomatique des nouveaux conflits de droits qui émergent ces dernières années du fait du développement des droits locaux ultra-marins³. L'octroi à certaines collectivités d'une large autonomie normative, la reconnaissance d'un pouvoir d'adaptation des textes nationaux et le renforcement de la spécialité législative des COM sont en effet à l'origine d'une diversification des droits locaux dont les dispositions peuvent parfois s'opposer au droit commun. La question n'est, du reste, nullement spécifique à l'outre-mer puisqu'en métropole, l'application du droit alsacien-mosellan peut également donner lieu à des conflits juridiques, lorsque les éléments d'un rapport de droit se rattachent concurremment au droit général et au droit local⁴. Il est à supposer que la multiplication des expérimentations juridiques par les collectivités territoriales contribuera aussi, le cas échéant, à un accroissement des conflits de droits.

Ces « conflits interrégionaux »⁵ liés au champ d'application territorial des droits en concurrence se distinguent des « conflits interpersonnels »⁶ qui sont, pour leur part, engendrés par la mise en œuvre de droits d'application personnelle, propres à

¹ Voir DROLLET (Solange), « Le droit du travail polynésien : système normatif et politique de l'emploi dans le cadre de l'autonomie », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 211-222.

² Cet exemple est loin d'être fictif. Il est inspiré de l'ordonnance n° 2005-57 du 26 janvier 2005 (*JORF*, 28 janvier 2005, p. 1510), qui prévoyait que le contrat de travail des salariés des entreprises établies dans un département métropolitain ou d'outre-mer, mais exerçant leur activité dans une COM ou en Nouvelle-Calédonie, restait régi par les dispositions juridiques applicables à l'entreprise les employant. Saisi de l'ordonnance, le Conseil d'Etat a estimé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier le bien-fondé d'une telle mesure. D'après le Commissaire du Gouvernement, cette incompétence est opportune car « la question de savoir si le législateur pouvait écarter de manière radicale [...] toute application du droit du lieu d'exécution du contrat aurait pu poser de redoutables difficultés. L'application du droit du pays d'origine est un sujet qui fâche, on le sait, depuis les débats sur la proposition de directive communautaire relative aux services dans le marché intérieur ou "directive Bolkenstein" » (Concl. C. Vérot sur CE Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française, RFDA*, 2005, p. 1132).

³ Voir *supra*, pp. 415ss.

⁴ Voir WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur droit administratif*, fasc. 122-1, n° 87 ss.

⁵ LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, pp. 254-255. D'autres auteurs parlent à cet égard de « conflits interprovinciaux » (BATIFFOL (Henri), *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1949, p. 276).

⁶ D'après le Professeur Lampué, les conflits interpersonnels « mettent en présence des systèmes juridiques dont chacun a pour ressort non pas un espace délimité mais un groupe de personnes déterminé en fonction d'une qualité propre qui leur appartient » (LAMPUÉ (Pierre), *op. cit.*, p. 259).

certaines catégories de citoyens. Les conflits interpersonnels étaient monnaie courante pendant la période coloniale¹ ; s'ils ont nettement régressé depuis lors², ils subsistent toutefois sous la forme de conflits dits « mixtes » entre personnes de statut civil coutumier et personnes de statut civil de droit commun, ou entre personnes relevant de statuts coutumiers différents. A l'évidence, la mobilité accrue des citoyens français qui favorise les contacts entre personnes de statuts différents ne pourra qu'étendre les possibilités de conflits mixtes.

Ainsi, les différentes formes *ratione loci* et *ratione personae* de pluralisme juridique intra-étatique sont la source de conflits internes de droits. Les conflits juridiques relevant du droit international privé n'épuisent donc pas la théorie générale des conflits de lois. Il serait alors tentant de faire un parallèle entre les conflits qui peuvent naître entre les lois de deux Etats, et les conflits susceptibles de naître entre les règles de deux ordres juridiques internes à un Etat. De prime abord, les spécialistes de droit international privé sont réticents à opérer une telle comparaison, expliquant que « la démarche [du droit international privé] est assurément originale par rapport à celle qu'adoptent les autres branches du droit interne, public et privé, qui n'envisagent cette pluralité de règles qu'au travers de leurs sources. Celles-ci peuvent, certes, être internationales, mais en aucun cas il ne s'agira de règles empruntées à un système étranger. Il s'agira toujours de dispositions *intégrées* au système français »³. De surcroît, d'après une thèse devenue célèbre⁴, les conflits du droit international privé se caractérisent pas le fait que les lois en présence ont des titres égaux, liés au fait qu'elles se rattachent à des souverainetés différentes ; cette égalité de titre ne s'observe pas dans les conflits de droits internes, la positivité des droits en cause

¹ De nombreux auteurs parlaient alors de « conflits coloniaux » (SOLUS (Henri), *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, p. 6 ; NIBOYET (Jean-Paulin), *Traité de droit international privé français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, tome 1, 1938, p. 10 ; BATIFFOL (Henri), *op. cit.*, p. 261). D'autres auteurs préféraient l'expression plus communautariste de « conflits interethniques » (WENGLER (Wilhelm), « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *RCDIP*, 1953, p. 55).

² La question des conflits interpersonnels n'est plus véritablement d'actualité dans les Etats occidentaux où l'unification du statut des personnes a été opérée, au moins partiellement, au nom de l'égalité entre les citoyens. Elle demeure toutefois sensible dans plusieurs Etats orientaux où le statut des personnes varie suivant l'appartenance communautaire et/ou confessionnelle, le cas du Liban étant particulièrement révélateur. Voir GANNAGÉ (Pierre), « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », in *Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz / PUF / Ed. du JurisClasseur, 1999, pp. 431-440.

³ RALSER (Elise), « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ*, Vol. 55, n° 4, 2003, p. 2550 (les italiques figurent dans le texte original). Dans le même sens, le Professeur Pierré-Caps met en garde contre la confusion entre « les situations régies par le droit international privé et qui mettent en présence des législations émanant d'Etats souverains et celles régies par le droit public émanant d'un seul Etat » (PIERRE-CAPS (Stéphane), « Les "nouveaux cultes" et le droit public », *RDP*, 1990, p. 1114).

⁴ Voir BARTIN (Étienne-Adolphe), *Principes de droit international privé*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, tome 1, 1930, § 9, 12 et 55.

émanant d'une même souveraineté. Il existerait donc une différence de nature entre les conflits de lois, selon qu'ils correspondent ou non à des « conflits de souveraineté »¹.

Ces arguments sont contestables. En effet, un conflit entre deux lois émanant d'Etats différents n'est pas un conflit entre deux souverainetés. Il s'agit juste, pour le juge appelé à statuer, de déterminer quelle loi il appliquera à la question de droit qui lui est posée. La préférence donnée à l'une ou l'autre des deux lois trouve son fondement dans le droit international privé de l'Etat au nom duquel il rend la justice, c'est-à-dire dans le droit étatique interne². Comme l'indique le Professeur Lampué, « il n'y a donc là qu'une application du droit de l'Etat dont relève le juge, et non pas un conflit de souverainetés que celui-ci arbitrerait »³. En réalité, en distinguant les conflits de lois selon qu'ils correspondent ou non à des « conflits de souverainetés », les auteurs opposent simplement les conflits entre droits émanant de législateurs différents, et les conflits entre droits édictés par un même législateur pour différentes parties du territoire ou pour différents groupes de personnes. Les premiers correspondraient à des conflits de droit international, tandis que les seconds seraient des conflits internes⁴. Une telle distinction conduit à oublier bien vite que les règles de droit applicables à certaines minorités nationales, si elles ont été *reconnues* par le législateur étatique, n'ont pas été *produites* par lui. On se trouve donc bien en présence de systèmes juridiques « étrangers », quoiqu'intégrés au système français. Dès lors, les conflits juridiques internes et les conflits juridiques internationaux « pourraient malgré tout constituer deux espèces distinctes d'un même genre »⁵ ; par suite, la résolution des conflits de droits internes, jusqu'ici problématique, pourrait s'inspirer des solutions proposées par le droit international privé.

2. La résolution des conflits juridiques déclarés

La résolution des conflits de droits internes a toujours été une question délicate sur le plan juridique comme sur le plan politique. Privilégier le droit étatique au détriment du droit minoritaire (ou l'inverse) traduit en effet une conception particulière – et toujours sujette à controverse – des relations entre majorité et minorités nationales. La frilosité du législateur en la matière est du reste révélatrice de cette difficulté : jusqu'à présent, aucune législation générale ne règle la question des conflits juridiques internes. Si quelques textes épars sont intervenus ces dernières années à la faveur

¹ En ce sens, voir ELIESCO (Michel), *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflits de souveraineté*, Paris, Picart, 1925, 448 p.

² Réserve faite du cas exceptionnel où un règlement de droit international privé a été établi par un traité. Voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, pp. 9-17.

³ LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, p. 262.

⁴ En ce sens, voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, p. 69.

⁵ MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *op. cit.*, p. 68.

notamment du renouveau des statuts coutumiers¹, la question est le plus souvent laissée à l'appréciation du juge qui dispose ainsi d'une grande marge de manœuvre pour déterminer le droit applicable en cas d'antinomie juridique.

Que le conflit de droits soit résolu *a priori* par le législateur ou *a posteriori* par le juge, la détermination de la norme applicable passe obligatoirement par l'édition préalable d'une règle de conflit². C'est précisément sur ce point que les autorités étatiques rencontrent le plus de difficultés. Le législateur comme le juge seraient à l'évidence prédisposés à faire systématiquement prévaloir la règle de droit étatique sur la règle de droit minoritaire³. Pourtant, dès lors que la validité des règles de droit minoritaires dans l'ordre juridique étatique est reconnue (*a fortiori* si cette validation est le fait de la Constitution), rien ne justifie que l'application de ces règles minoritaires soit écartée au nom d'une prétendue supériorité du droit étatique. Pour mettre un terme à ces hésitations, une partie de la doctrine suggère de s'inspirer des règles de conflits de lois utilisées en droit international privé pour résoudre les éventuels conflits de droits internes⁴. La proposition est d'autant plus intéressante que le législateur lui-même a parfois recours aux principes du droit international privé pour régler certains conflits interrégionaux⁵. Néanmoins, les dissemblances entre conflits juridiques internes et conflits juridiques internationaux interdisent la transposition *in extenso* des solutions du droit international privé. Pour ne prendre qu'un exemple, la règle de conflit applicable en France en matière de statut personnel (au sens du droit international privé)⁶ retient comme critère de rattachement celui de la nationalité⁷. Or, en matière de conflits interpersonnels, il est impossible de prendre en considération la nationalité des personnes puisque celles-ci relèvent du même Etat

¹ Voir notamment l'article 59 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 (*JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199) et l'article 9 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197).

² RALSER (Elise), « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ*, Vol. 55, n° 4, 2003, p. 2550.

³ Comme l'indique le Professeur Charpentier, « lorsqu'un juge chargé de trancher un litige constate une contradiction entre deux normes susceptibles de s'y appliquer, l'une faisant partie de l'ordre juridique dont il relève, l'autre d'un ordre juridique [extérieur], il sera inévitablement enclin, par la place qu'il occupe dans les structures de l'ordre juridique dont il est l'organe, de ne pas en méconnaître les normes, et d'en assurer l'efficacité » (CHARPENTIER (Jean), « Eléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », in *Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 300).

⁴ Suggérant une telle solution, voir VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 673.

⁵ Ainsi, l'article 15 de la loi du 24 juillet 1921 (*JORF*, 26 juillet 1921) précisant les règles de résolution des conflits entre le droit local d'Alsace-Moselle et le droit commun, indique que ces règles doivent être, au besoin, « complétées par les règles du droit international privé admises en France ».

⁶ Voir *supra*, note 5 p. 119.

⁷ Ainsi, en matière d'état et de capacité des personnes, l'article 3 du Code civil impose l'application de la loi française aux Français, quel que soit le lieu où ils résident, et le juge français applique la loi de l'Etat d'origine dès lors qu'est en cause l'état ou la capacité d'un étranger en France. Jusqu'à présent, l'abandon du critère de la nationalité au profit de celui du domicile des personnes concernées n'a été retenu ni par le législateur ni par les tribunaux français, bien que le recours à la loi du domicile eût pu épargner au juge français les difficultés qu'il rencontre aujourd'hui, notamment lorsqu'il est confronté au droit d'Etats musulmans. En ce sens, voir MEZGHANI (Ali), « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, 2003, p. 734.

et ont donc la même nationalité. La règle du droit international privé ne peut donc pas être utilisée. En revanche, en matière de conflits interrégionaux, il est tout à fait possible, comme en droit international privé, de retenir comme critères de rattachement le domicile, le lieu d'accomplissement d'un acte ou de survenance d'un fait, ou encore celui de la situation d'un bien. Dans tous les cas, le choix de la règle de conflit revient au législateur ou, à défaut, au juge.

S'agissant tout d'abord des conflits interpersonnels, leur résolution a longtemps été laissée à la charge du juge. Quelques lois avaient été adoptées pendant la période coloniale pour régir les rapports entre les statuts coutumiers et de droit commun dans les colonies¹ mais aucune ne réglait la question dans les territoires d'outre-mer. La Constitution de 1946, comme celle de 1958 par la suite, restait elle-même muette sur la question². Le pragmatisme des juges locaux avait donc permis de pallier l'absence de règles formelles pour la résolution des conflits de statuts mais donnait parfois lieu à des solutions divergentes³. Ce n'est que récemment que le législateur est intervenu en la matière, mettant ainsi fin à l'incertitude juridique en indiquant la solution légale de certains conflits de droits. Ainsi, l'article 9 alinéa 1^{er} de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie⁴ prévoit que « dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique »⁵. Ce principe de primauté du droit commun a été confirmé par l'article 59 alinéa 1^{er} de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, dont la formulation est similaire à celle de la loi sur la Nouvelle-Calédonie⁶. Dans les deux cas, le législateur est allé au-delà de la seule hypothèse des conflits mixtes, en indiquant également la solution applicable aux conflits impliquant des personnes « qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels

¹ C'était notamment le cas en Algérie. A cet égard, voir LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, pp. 292-302.

² Certains auteurs interprètent néanmoins l'article 75 comme établissant le principe de primauté du statut civil de droit commun. En ce sens, voir GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 4, 2001, p. 1567.

³ La plupart des décisions rendues établissaient la primauté du statut civil de droit commun sur les statuts personnels. Ainsi, les mariages mixtes étaient régis par le droit commun, solution que confirmait, pour la Nouvelle-Calédonie, la délibération de l'assemblée territoriale n° 424 du 3 janvier 1967. Ce principe n'était cependant pas absolu. Par exemple, en matière de successions, la Cour de cassation avait estimé que la loi du *de cuius* était seule applicable, quel que soit le statut civil des héritiers. En matière de contrats, le juge faisait appel à la théorie de l'autonomie de la volonté ou recherchait l'intention des parties dans le caractère de la convention en cause. Voir LAMPUÉ (Pierre), *Droit d'outre-mer et de la coopération*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, p. 131 ; ORFILA (Gérard), « L'application du droit privé français en Nouvelle-Calédonie », *Droit et Cultures*, n° 32, 1996, pp. 124-127. Sur la délibération du 3 janvier 1967, voir NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *RJPIC*, Vol. 46, n° 2, 1992, pp. 241-254.

⁴ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁵ Au regard de cette solution, l'affirmation de l'égalité des statuts de droit coutumier et de droit commun apparaît comme une simple affirmation de principe.

⁶ « Dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil de droit local applicable à Mayotte, le droit commun s'applique » (loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199).

différents » ; dans ce cas, « le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire »¹. Cette formulation semble, au demeurant, concerner l'hypothèse des rapports juridiques entre des Français jouissant de statuts coutumiers différents². La solution adoptée par le législateur en faveur du droit commun est peu surprenante³, bien qu'elle soit contestable dans la mesure où elle limite les effets de la garantie consacrée à l'article 75 de la Constitution⁴. En revanche, le fait que les personnes puissent refuser l'application du droit commun au litige est bien plus déconcertante : cette disposition revient en effet à rendre disponibles les droits relevant de l'état et de la capacité des personnes, que le juge français considère traditionnellement comme indisponibles. L'option de législation se trouve ainsi réhabilitée.

Si ces dispositions législatives facilitent le travail du juge, elles ne tiennent toutefois pas lieu de solutions à l'ensemble des conflits interpersonnels susceptibles de survenir en France. Ainsi, aucune mesure ne se rapporte à l'hypothèse d'un conflit mixte impliquant un citoyen de statut wallisien ou futunien⁵. Il est probable que le juge saisi s'inspirerait alors des règles de conflits applicables à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie, mais il pourrait tout aussi légitimement faire appel aux principes généraux du droit international privé, qui ne présument aucunement de la prévalence du droit commun⁶. De la même manière, reste en suspens la question du droit applicable au conflit entre un citoyen français relevant d'un statut personnel coutumier et un ressortissant étranger. L'article 3 du Code civil précise que « les lois » françaises

¹ Article 9 alinéa 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.* ; article 59 alinéa 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *précit.*

² On pourrait supposer que cette disposition concerne également les personnes qui jouissaient d'un statut coutumier reconnu par la France avant l'indépendance de leur territoire et continuent à bénéficier de ce statut tant qu'il n'y ont pas expressément et individuellement renoncé (en vertu de l'arrêt CA Besançon, 13 juin 1995, *Narmada et Radjeswari c/ Parquet général*, *RRJ*, n° 1, 1997, p. 352).

³ Elle l'est d'autant moins pour Mayotte que l'article 19 du décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores prévoyait déjà qu'« en cas de conflit irréductible de coutumes, le tribunal applique la loi française ».

⁴ Le Professeur Lampué considérait du reste, au sujet du décret du 1^{er} juin 1939, qu'« il ne s'agi[ssai]t pas là d'une solution du conflit, mais d'une renonciation à le résoudre » (LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, p. 318).

⁵ La loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 portant statut de Wallis et Futuna (*JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019) dispose que les tribunaux de droit commun connaissent des litiges dans lesquels une personne de statut civil de droit commun est partie ou se trouve intéressée. Ce faisant, elle détermine le juge compétent mais non la loi applicable. Or, en la matière, le fond ne suit pas la compétence.

⁶ Les droits coutumiers applicables à Wallis et Futuna prévoient toutefois des solutions spécifiques pour le règlement des conflits de statuts entre Wallisiens et Futuniens. Ainsi, en cas de litige entre un Wallisien et un Futunien habitant le Royaume d'Uvéa (Wallis), le Code Bataillon dispose que « la loi du gouvernement uvéen est que tous les hommes qui habitent à Uvéa y sont soumis ». En cas de conflit entre Futuniens de statuts personnels différents, la détermination de la règle applicable se fonde sur l'idée que « protocolairement, le royaume d'Alo, vainqueur de la dernière guerre [au milieu du XIX^e siècle], a préséance sur celui de Sigave ». Ces règles qui font prévaloir un statut personnel sur un autre heurtent le principe d'égalité des statuts personnels mais elles permettent de trancher les litiges suivant une logique acceptée de tous. A cet égard, voir AIMOT (Olivier), « Les institutions juridictionnelles coutumières de Wallis et Futuna », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 176 et 182.

s'appliquent impérativement aux Français en matière de capacité des personnes, mais ces « lois » incluent-elles les statuts coutumiers ? Autrement dit, le juge appliquerait-il le droit coutumier du citoyen français, ou bien ce dernier se verrait-il appliqué impérativement le droit commun en matière de mariage ou de nom ?

La résolution des conflits interrégionaux ne semble pas beaucoup plus cadrée. Les conflits opposant le droit alsacien-mosellan au droit général, pour leur part, sont réglés par la loi du 24 juillet 1921 complétée par celle du 1^{er} juin 1924, qui pose des règles de conflits qui ne sont pas sans rappeler celles utilisées en droit international privé¹. En revanche, aucune loi équivalente ne codifie les règles applicables aux conflits entre le droit métropolitain et les droits locaux d'outre-mer². Les règles très parcellaires posées à cet égard résultent de dispositions législatives éparses qui laissent au juge une grande liberté dans la détermination des solutions jurisprudentielles. Dans le silence de la loi, d'autres autorités ont été tentées d'intervenir. Ainsi, par l'ordonnance du 26 janvier 2005 portant actualisation et adaptation du droit du travail outre-mer³, le gouvernement précisait l'articulation des règles du droit du travail édictées par la Polynésie française avec celles en vigueur en métropole⁴. Saisi de cette disposition par le Président de la Polynésie française, le Conseil d'Etat a dû trancher la question inédite de l'autorité compétente pour édicter une règle de conflit de droits internes sur le sol français⁵. Pouvait-il s'agir de la Polynésie au titre de ses compétences propres ? De la Polynésie et de l'Etat concurremment ? Ou de l'Etat exclusivement ? Curieusement, le Gouvernement se fondait sur un raisonnement de droit international privé pour soutenir qu'en matière de conflits de lois, chacun des ordres juridiques auxquels le litige pouvait être rattaché était compétent pour édicter et mettre en œuvre sa propre règle de conflit. Aux termes de cet argument, les règles de conflits auraient donc pu être posées concurremment par l'Etat et par la Polynésie. A l'évidence, un tel partage de compétence entre l'Etat et les COM aurait été à l'origine de désordres normatifs similaires à ceux qui surviennent dans l'ordre international ou dans les Etats fédéraux. C'est précisément pour cette raison que le Commissaire du Gouvernement, suivi par le Conseil d'Etat, a estimé que seul l'Etat pouvait déterminer les règles de

¹ Le critère principal de rattachement est le domicile des personnes intéressées mais cette règle suppose un certain nombre de précisions et de nuances pour déterminer sa mise en œuvre pratique. Pour une présentation détaillée de ces règles de conflits de lois, voir WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur droit administratif*, fasc. 122-1, n° 89-91. Voir également SANDER (Eric), « Conflits de lois et conflits de juridiction », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, fasc. 309 ; VALLENS (Jean-Luc), « À qui s'applique le droit local ? », *Revue du droit local*, n° 23, janvier 1998, pp. 25-36.

² Il aurait pu être envisagé d'étendre les règles de conflits posées par la loi du 24 juillet 1921 mais le législateur a voulu affirmer la spécificité du droit local alsacien-mosellan en limitant le champ d'application de la loi de 1921 aux seuls départements d'Alsace et de Moselle (article 15).

³ Ordonnance n° 2005-57 du 26 janvier 2005, *JORF*, 28 janvier 2005, p. 1510.

⁴ La solution faisait prévaloir le droit métropolitain, dans la mesure où elle soumettait le contrat de travail des salariés des entreprises établies dans un département métropolitain ou d'outre-mer, mais exerçant leur activité en Polynésie française, au droit du travail applicable en métropole.

⁵ CE Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française, Leb.*, p. 475 ; *AJDA*, 2005, p. 2095, note M.-C. de Montecler ; *RFDA*, 2005, p. 1129, concl. C. Vérot.

conflit de lois : « la règle de conflit de lois affecte l'exercice des compétences respectives de l'Etat et des collectivités d'outre-mer. Elle ne peut donc être édictée que par l'autorité qui dispose de la *compétence de la compétence* »¹. Dès lors, l'édition d'une règle de conflit de lois ne peut pas relever des compétences propres d'une COM². De plus, dès lors que de telles règles participent directement à la définition des compétences respectives de l'État et d'une collectivité d'outre-mer, elles sont du ressort exclusif du législateur organique. Le juge suit ici la logique de l'article 74 de la Constitution, en vertu duquel seule la loi organique peut déterminer la répartition des compétences entre l'Etat et une COM³. Fort de cette jurisprudence, le législateur organique dispose désormais seul de la compétence pour déterminer les règles de résolution des conflits entre les lois applicables en métropole et les règles de droit spécifiques à l'outre-mer. La reconnaissance de cette compétence ne s'est toutefois pas traduite par l'adoption de nouvelles règles de conflits, en dépit des lacunes observées en la matière⁴. Le juge reste donc l'acteur indispensable de la résolution des antinomies créées par la reconnaissance de normes d'application locale.

Plus généralement, en matière de conflits entre les différents ordres juridiques applicables en France, une liberté d'appréciation étendue est laissée au juge : tantôt la réglementation fait défaut, tantôt elle n'impose que des solutions limitées à des points particuliers, tantôt encore elle est conçue en des termes si généraux que l'interprétation du juge demeure nécessaire. La jurisprudence a donc en la matière un rôle essentiel à jouer, en dégagant les lignes directrices du droit des conflits entre ordres juridiques internes. Faute de restaurer une certaine cohérence juridique ou, tout au moins, une certaine sécurité juridique par la détermination de règles de conflits précises, il est à craindre que la validité et l'effectivité de l'ordre juridique étatique soient mises à mal, pâtissant de l'intégration de valeurs minoritaires contradictoires avec le droit étatique⁵.

¹ Concl. C. Vérot sur CE Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française, RFDA*, 2005, p. 1134 (les italiques figurent dans le texte original).

² « La Polynésie n'a pas la *compétence de sa compétence* : elle n'est donc pas autorisée à redéfinir le champ d'application d'une matière qui lui a été transférée d'une manière telle qu'elle ajouterait ou retirerait aux compétences de l'Etat ou à ses propres compétences » (concl. C. Vérot, *précit.*, p. 1133).

³ Depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 qui visait à faire du recours à la loi organique une garantie du respect du statut et des compétences des collectivités d'outre-mer (loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *JORF*, 26 juin 1992, p. 8406).

⁴ Les hésitations du législateur organique à intervenir en matière de règles de conflits de lois sont perceptibles à la lecture des travaux parlementaires ayant présidé à l'adoption de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 relative à l'outre-mer (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121). Cette loi organique ratifie en effet plusieurs ordonnances, dont l'ordonnance précitée du 26 janvier 2005. Relevant la censure partielle du Conseil d'Etat pour incompétence, le rapporteur du projet de loi organique ne suggère en aucune façon de confirmer les règles de conflits de lois annulées (ce que le législateur organique était en droit de faire) mais d'abroger les dispositions annexes qui avaient été adoptées à la suite des dispositions censurées. Voir COINTAT (Christian), *Rapport sur le projet de loi portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rapport n° 25, Sénat, 18 octobre 2006, pp. 522-524.

⁵ Cette crainte est suggérée par l'observation des conflits entre le droit communautaire et le droit constitutionnel, qui auraient pour conséquence de relativiser la valeur juridique et la force contraignante

Conclusion du chapitre 1

Les différentes formes de pluralisme juridique sont donc bien à l'origine d'une hétérogénéisation formelle et matérielle du droit en vigueur en France. Un tel constat est loin d'être anodin. En effet, la variabilité du champ d'application du droit positif et le caractère composite de son contenu présentent des implications qu'il est impossible d'ignorer. Sur le plan théorique, ce double phénomène altère manifestement les caractéristiques du système juridique étatique, fondé sur la cohérence et l'harmonie¹. De fait, la multiplication des sources du droit, la fragmentation de son application, sa différenciation et les antinomies qui en résultent mettent en lumière le « désordre » du système normatif français². Désormais, le droit ne doit plus être pensé en termes de hiérarchie ou de pyramide, mais comme « un labyrinthe plus ou moins obscur, un dédale où plusieurs portes offrent des choix multiples, où plusieurs ordres juridiques se croisent, se combattent quelquefois, se conjuguent sans véritablement se hiérarchiser »³.

Cette évolution conceptuelle n'est pas sans incidences pratiques. En effet, la juxtaposition et l'emboîtement de systèmes juridiques différents, complémentaires ou parallèles, brouillent désormais les rapports juridiques en les inscrivant dans une complexité croissante, qui n'a d'égale que la perplexité des théories à cet égard. Pour s'en persuader, il suffit de revenir sur le cas pratique que nous avons présenté en ouverture de ce chapitre⁴. Les éléments développés entre-temps permettent de clarifier quelque peu la situation juridique de notre Mahorais, tout en laissant subsister certaines incertitudes témoignant des lacunes du système juridique pluraliste. L'affaire met en scène un citoyen français relevant du statut personnel mahorais, qui rencontre en Nouvelle-Calédonie une Wallisienne bénéficiant elle aussi d'un statut coutumier. La première question juridique soulevée par cette situation est relative au droit applicable à l'union entre ces deux personnes. Aux termes de l'article 9 alinéa 1^{er} de la loi organique du 19 mars 1999⁵, ce mariage mixte sera soumis au droit commun, à moins que les époux ne se prononcent en faveur des coutumes mahoraises ou des

des ordres juridiques communautaire et constitutionnel. A cet égard, voir GAUDIN (Hélène), « Primauté absolue ou primauté relative ? », in GAUDIN (Hélène) dir., *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 100.

¹ La cohérence excluant les antinomies et l'harmonie supposant « que l'ensemble des règles qui constituent le système ont une inspiration commune, sont pénétrées d'un même esprit qui se manifeste par la concordance des solutions » (HUBERLANT (Charles), « Antinomies et recours aux principes généraux », in PERELMAN (Chaim) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 233).

² OST (François), KERCHOVE (Michel van de), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p. ; KOUBI (Geneviève), « Des-ordre/s juridique/s », in CURAPP, *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, pp. 201-214. Le professeur Koubi affirme qu'en dépit de la difficulté des juristes à s'affranchir de la notion d'ordre juridique, le désordre est immanent à l'ordre, et en particulier à l'ordre juridique. Le défi actuel du juriste est donc « de ne pas bannir de la recherche le désordre, de ne pas éliminer des lectures pratiques du droit par simple commodités » (*op. cit.*, p. 203).

³ MIAILLE (Michel), « Désordre, droit et science », in AMSELEK (Paul) dir., *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 91.

⁴ Voir *supra*, p. 411.

⁵ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

coutumes wallisiennes. Leur enfant, pour sa part, relèvera du statut civil de droit commun (quel que soit son mode de vie réel) dans la mesure où l'état civil de Nouvelle-Calédonie ne prévoit pas la reconnaissance de statuts coutumiers autres que le statut kanak. Contraint d'émigrer en raison des restrictions d'accès à l'emploi local qui, du fait de leur champ d'application territorial, s'imposent à tout individu domicilié en Nouvelle-Calédonie, notre homme part en Alsace où son statut personnel demeure théoriquement applicable. Il y fait la connaissance d'une Mahoraise qu'il décide d'épouser en 1989. En vertu du droit coutumier mahorais, ce mariage bigame est possible mais il ne sera pas opposable à la première épouse, qui ne relève pas du statut mahorais. Il est également probable que cette union ne soit pas reconnue par l'état civil métropolitain, en dépit de la garantie posée par l'article 75 de la Constitution. Si elle l'est, les règles de droit local en matière de régime matrimonial lui sont applicables, le mariage étant célébré dans l'un des trois départements régis par le droit alsacien-mosellan¹. En cas de conflit entre le droit coutumier mahorais et le droit local, la solution demeure toutefois incertaine ; l'on peut supposer que les normes coutumières prévaudraient en raison du fondement constitutionnel des statuts personnels, mais cette supposition est sujette à discussion. En revanche, il est certain que l'enfant né de cette deuxième union sera soumis au droit commun, en l'absence d'état civil adapté à la reconnaissance des statuts coutumiers en métropole, et en dépit de sa filiation. Le retour de cet enfant à Mayotte, comme celui de son demi-frère, ne leur permettra pas de recouvrer le statut personnel mahorais, la loi limitant cette possibilité de retour au seul statut kanak.

Cet exemple fictif témoigne à lui seul de la complexité engendrée par le pluralisme juridique, et renforcée par les difficultés de l'Etat à gérer la multiplicité des sources du droit. Une telle complexité du droit accroît manifestement l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent certains citoyens français. Il ne faudrait toutefois pas limiter les effets de l'hétérogénéisation du droit à cet aspect négatif. En effet, la complexification du droit peut aussi être perçue comme la preuve de l'ouverture de l'ordre juridique étatique à d'autres ordres normatifs, révélant ainsi son caractère évolutif et ses possibilités de transformation par confrontation avec d'autres cultures juridiques². En ce sens, le désordre de l'ordre juridique étatique « joue un rôle important comme facteur du développement, du progrès du droit »³. Il montre que le droit positif est, comme l'affirmait Hauriou, « un droit essentiellement en mouvement »⁴. C'est

¹ Rappelons toutefois que les règles locales en matière de mariage ont été abrogées par la loi n° 90-1248 du 29 décembre 1990 (*JORF*, 3 janvier 1991, p. 103).

² En ce sens, voir BENDA-BECKMANN (Franz and Keebet von), « The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 53-54, 2006, pp. 1-44.

³ BUCH (Henri), « Conceptions dialectiques des antinomies juridiques », in PERELMAN (Chaïm) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 391.

⁴ HAURIOU (Maurice), « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 77.

précisément dans cette évolution incrémentale des ordres juridiques par leur interaction que résident tout l'intérêt et tout l'enjeu du pluralisme juridique¹. Il faut en effet abandonner l'idée que les ordres juridiques évoluent de manière parallèle et cloisonnée², comme il faut démentir celle d'une infiltration à sens unique des ordres juridiques minoritaires par l'ordre juridique étatique. La réalité témoigne bien plus d'une interpénétration des ordres juridiques, d'une évolution conjointe du fait de leurs influences réciproques³. Ce processus n'est toutefois pas sans limite : face à l'essor du pluralisme juridique, l'Etat va tenter de préserver ses valeurs républicaines et la cohérence de son ordre juridique, en encadrant l'hétérogénéisation du droit positif.

Dans le même sens, voir KOUBI (Geneviève), « Des-ordre/s juridique/s », in CURAPP, *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, pp. 207-214.

¹ L'évolution par interaction des ordres juridiques est un phénomène que l'on observe dans toute société multiculturelle. La France ne fait donc pas exception. Voir STARR (June), COLLIER (Jane), « Historical Studies of Legal Change », *Current Anthropology*, Vol. 28, 1987, pp. 367-372.

² Cette théorie paraît illusoire dès lors qu'existent des contacts, même infimes, entre les groupes concernés. Elle bénéficie toutefois d'un large crédit dans la mesure où elle répond aux aspirations croissantes des mouvements identitaires insistant sur la préservation des particularismes culturels.

³ La doctrine parle alors d'« interlégalité », d'« internormativité », de « pluralité intégrale », de « réticularité » ou encore d'« hybridation » des systèmes juridiques. La théorie des « champs sociaux semi-autonomes » développée par le Professeur Falk Moore tend également à démontrer que ce sont les interactions entre les ordres juridiques qui déterminent le contenu du droit à un endroit et à un moment donnés. Sur ces différents néologismes qui désignent le même concept, voir HOEKEMA (André), « European Legal Encounters Between Minority and Majority Cultures : Cases of Interlegality », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 51, 2005, pp. 1-28 ; SVENSSON (Tom), « Interlegality, a Process for Strengthening Indigenous Peoples' Autonomy », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 51, 2005, pp. 51-77 ; CARBONNIER (Jean), « Les phénomènes d'internormativité », *European Yearbook of Law and Sociology*, 1977, pp. 42-52 ; BELLEY (Jean-Guy) dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1996, 279 p. ; FITZPATRICK (Peter), « Law and Societies », *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 22, 1984, pp. 115-138 ; DUPRET (Baudouin), « Violence juridique et dualité normative dans le monde arabe », *Les Cahiers du Monde arabe*, n° 110, 1994, p. 26 ; KYMLICKA (Will), *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 126 ; MOORE (Sally Falk), « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, Vol. 7, 1973, pp. 719-746.

- CHAPITRE 2 -

L'HÉTÉROGÉNÉISATION ENCADRÉE DU DROIT POSITIF

Au regard des évolutions juridiques récentes, il paraît indéniable que, sous la pression des revendications minoritaires, le système juridique français progresse de plus en plus dans la voie du pluralisme. Ce processus n'est toutefois pas sans limite ; il ne faut pas oublier que l'Etat, même démocratique, se présente en soi comme un facteur de « dépluralisation »¹. De fait, si des assouplissements aux principes d'unité et d'égalité sont acceptés, l'Etat a pris soin d'encadrer ces manifestations pluralistes qui modifient son ordre juridique. Face à l'hétérogénéisation du droit positif se dressent donc des garde-fous – plus ou moins efficaces – visant à préserver la cohérence du droit, de l'Etat, du droit de l'Etat et de l'Etat de droit.

Car c'est bien le modèle de l'Etat de droit qui se trouve ici éprouvé. Ce modèle suppose une organisation hiérarchique de l'ordre juridique qui s'impose à l'Etat mais implique également la primauté des droits fondamentaux. Comme l'indique le Professeur Rousseau, l'Etat de droit n'est pas « l'Etat de n'importe quel droit »² mais d'un droit sous-tendu par un ensemble de valeurs et de principes qui bénéficient d'une consécration juridique explicite et sont assortis de mécanismes de garantie appropriés. Ce modèle, promu au rang de « contrainte axiologique » s'imposant à tout Etat³ se trouve, à l'évidence, malmené par le développement du pluralisme juridique. Certains auteurs ont même suggéré de substituer au respect de l'Etat de droit la réalisation « d'états de droit »⁴ qui rendraient mieux compte de la diversité des situations juridiques.

Une telle suggestion conduit toutefois à sonner bien vite le glas de l'Etat de droit. Même ébranlé, ce dernier se présente comme l'ultime rempart contre le désordre, l'incohérence et l'insécurité juridiques générés par le pluralisme du droit. De fait, le principe de hiérarchie des normes fonde un ordre juridique rationnel répondant aux exigences de cohérence et d'unité non contradictoire ; il permet l'établissement d'un « ordre de paix », selon la formule employée par Kelsen⁵. C'est donc essentiellement sur ce principe que vont s'appuyer les autorités étatiques pour encadrer la progression du pluralisme juridique.

¹ L'expression est empruntée au Professeur Vanderlinden, cité in ROULAND (Norbert), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », n° 2528, 1995, pp. 84-85.

² ROUSSEAU (Dominique), « De l'Etat de droit à l'Etat politique », in COLAS (Dominique), *L'Etat de droit*, Paris, PUF, 1987, p. 200.

³ CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 4^{ème} éd., 2003, p. 116.

⁴ LE ROY (Etienne), *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, Série Anthropologie, 1999, p. 264.

⁵ KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, p. 46.

Dès lors, toute la question va se centrer sur le respect effectif de la norme suprême de l'Etat par le droit s'appliquant aux minorités nationales¹. L'enjeu est de taille. En effet, la Constitution entendue ici *lato sensu* proclame un certain nombre de droits fondamentaux mais affirme aussi les valeurs fondatrices de la République. En ce sens, elle n'est pas seulement une règle juridique dont il faut assurer la prévalence au nom d'une hiérarchie normative formelle. Elle se présente également comme « la traduction d'un pacte politique et social »² dont le respect est la garantie de la cohésion nationale. La primauté de la Constitution dépasse donc de loin la simple question de la cohérence de l'ordre juridique étatique, puisqu'elle assure la prévalence des principes fondamentaux de l'État (section 1) et la résistance des principes fondateurs de la République (section 2) face au développement du pluralisme juridique.

SECTION 1. LA PRÉVALENCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ÉTAT

Depuis les travaux de Carré de Malberg³ et de Kelsen⁴, la hiérarchie des normes s'impose à la science du droit comme condition d'intelligibilité des systèmes juridiques. Le droit se conçoit dans cette optique comme un ensemble hiérarchisé dans lequel chaque norme tient sa validité d'une prescription supérieure. Les théories contemporaines ont adopté ce principe hiérarchique qui constitue désormais « le mode spécifique dominant d'organisation, d'expression et de symbolisation du juridique en Occident [...]. Il n'est peut-être pas de droit sous nos contrées qui ne se fasse et ne se médite d'abord en référence à un modèle de rationalité hiérarchique »⁵.

La hiérarchie normative se présente alors, sinon comme un obstacle, du moins comme une limite à l'hétérogénéisation de l'ordre juridique. Comme l'affirme le Professeur de Béchillon, « la hiérarchie s'avère prodigieusement destructive en termes de pluralisme »⁶, dans la mesure où une norme juridique extra-étatique ne peut être

¹ La question du respect de la hiérarchie des normes peut se rapporter à celle du respect de la Constitution, dans la mesure où la Constitution représente le fondement du droit étatique, l'ordre juridique de l'Etat s'unifiant et s'organisant autour d'elle.

² CONSTANT (Fred), « Allocution d'ouverture », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 11.

³ CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, 839 p. Cet ouvrage constitue le véritable point de départ de la théorie française de l'Etat de droit.

⁴ KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, 367 p.

⁵ BECHILLON (Denys de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996, pp. 4-5. Dans le même sens, le Professeur Viala observe « l'universalisme de la hiérarchie des normes comme mode de raisonnement des juristes » (VIALA (Alexandre), in ROUSSEAU (Dominique) dir., *Désordres et reconstructions du droit sous l'effet des principes fondamentaux dégagés par les Cours suprêmes nationales et européennes*, CERCoP, Mission de recherche Droit et Justice, 2004, p. 243).

⁶ BECHILLON (Denys de), « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 32, 1994, p. 109.

reconnue par l'Etat que si elle est « hiérarchisable »¹ et donc compatible avec les règles du droit étatique². Dans ce cadre, la hiérarchie normative représente « l'instrument étatique de la négation du pluralisme, [...] l'outil parfait d'un écrasement des multiplicités »³.

De fait, la mise en œuvre du principe hiérarchique dans l'ordre juridique français lui assure une certaine unité, en dépit de son hétérogénéisation. D'un point de vue formel, tous les ordres juridiques particuliers applicables sur le territoire national trouvent le fondement de leur positivité dans la Constitution, soit qu'ils aient été établis ou reconnus par le constituant ou le législateur, soit qu'ils émanent d'autorités distinctes mais tenant elles-mêmes leurs pouvoirs de la Constitution ou de la loi. Cela englobe donc les ordres juridiques extra-étatiques reconnus par l'Etat, comme les ordres juridiques infra-étatiques établis par l'Etat. D'un point de vue matériel, les principes fondamentaux consacrés par la Constitution dominent nécessairement (en théorie tout au moins) les différents ordres juridiques minoritaires ; leur prévalence implique ainsi l'existence de règles communes d'application générale.

Pour autant, le renforcement du pluralisme juridique appelle parfois quelques adaptations du principe de hiérarchie des normes. De fait, l'application stricte du modèle pyramidal ne s'accommode pas toujours de l'autonomie normative accordée à certaines collectivités extra- ou infra-étatiques. Si la hiérarchie normative « constitue assurément notre principal paradigme juridique »⁴ en assurant la prévalence des normes et des principes fondamentaux de l'Etat, elle peut faire l'objet, dans certains cas, d'ajustements qui traduisent la prise en compte du pluralisme juridique. Ainsi, les ordres juridiques extra-étatiques sont soumis à une hiérarchie des normes qui s'avère relative (§ 1) et les ordres juridiques infra-étatiques à un principe de légalité qui peut être aménagé (§ 2).

§ 1. La soumission des ordres juridiques extra-étatiques à une hiérarchie des normes relative

Au demeurant, l'intégration des ordres juridiques extra-étatiques dans le droit positif pourrait être analysée au regard de la théorie moniste adoptée par une partie de

¹ Ce qui signifie, selon les critères posés par le Professeur de Béchillon, « 1) située dans un certain rapport de conformité à une norme supérieure d'origine publique ; 2) susceptible de prescrire une conduite devant être rapportée à elle en termes de licéité » (*Ibid.*).

² Cela implique qu'on ne peut parler de hiérarchie normative que si l'on se trouve dans un pluralisme juridique intra- ou infra-étatique. En cas de pluralisme juridique extra-étatique, tous les ordres juridiques se placent sur un pied d'égalité.

³ BECHILLON (Denys de), *op. cit.*, p. 111.

⁴ BECHILLON (Denys de), « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 32, 1994, pp. 121-122.

la doctrine pour expliquer les rapports entre le droit national et le droit international ¹. Le monisme juridique suppose en effet « l'existence d'un ordre juridique global dont relèveraient tous les autres » ². Cet ordre juridique se trouve donc être hiérarchiquement supérieur ³, en vertu du fait que « le droit des communautés plus larges prime le droit des communautés plus étroites » ⁴.

Cette lecture des rapports entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques minoritaires est séduisante sur le plan de la logique juridique, mais elle ne résiste pas à la pratique. Il peut arriver que certaines normes coutumières reconnues comme valides soient antinomiques avec des règles du droit étatique, sans que leur applicabilité soit aucunement remise en cause. Cette situation révèle la difficulté d'imposer une hiérarchie normative formelle à des ordres juridiques générés hors de l'Etat. La multiplication des sources de droit ébranle ainsi la pyramide juridique.

Pour autant, le respect de l'Etat de droit ⁵ implique que certains droits et certains principes considérés comme essentiels soient impérativement observés, y compris par les traditions culturelles minoritaires. En effet, comme l'a démontré le philosophe allemand Jürgen Habermas, « l'identité d'une communauté politique [...] dépend en premier lieu de principes constitutionnels enracinés dans une culture politique et non de modes de vie ethno-culturels » ⁶. La construction de toute communauté politique, y compris en France, suppose donc l'existence d'un « patriotisme constitutionnel » ⁷, c'est-à-dire d'une adhésion aux valeurs matérielles fondamentales de l'Etat, dont la Constitution serait l'un des refuges formels. Ces valeurs, qui prennent souvent la

¹ Dans la doctrine internationaliste, la théorie moniste s'oppose à la théorie dualiste, qui conçoit les ordres juridiques comme distincts, indépendants et strictement séparés. Les partisans du dualisme affirment donc que les ordres juridiques national et international sont irrelevants, le droit international ne pouvant produire d'effets en droit national que par transposition des normes internationales en droit interne. Une telle approche paraît inutile ici, dans la mesure où la reconnaissance des ordres juridiques minoritaires suppose l'existence d'une relevance entre ces ordres et l'ordre juridique étatique.

² VIRALLY (Michel), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 199. On retrouve ici l'idée de « niveaux juridiques » (*legal levels*) développée par le Professeur Pospisil, pour qui « chaque système juridique peut être considéré comme appartenant au système juridique qui lui est superposé, le système du groupe le plus inclusif étant appliqué aux membres de tous les sous-groupes constituants » (POSPISIL (Leopold), *Anthropology of Law: A Comparative Perspective*, New York, Harper and Row, 1971, p. 125, traduction libre).

³ La hiérarchie des ordres juridiques est l'une des deux lois dégagés par le Professeur Scelle comme corollaires de la théorie moniste, l'autre étant celle du dédoublement fonctionnel. Sur ces deux lois, voir SCELLE (Georges), *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, pp. 21-23).

⁴ DUVERGER (Maurice), « A propos du manuel de Droit international public de M. Georges Scelle », *RDP*, 1943, p. 284.

⁵ Entendu ici dans son sens substantiel, comme le garant du respect de droits fondamentaux considérés comme essentiels. Voir CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 4^{ème} éd., 2003, pp. 104-114.

⁶ HABERMAS (Jürgen), « Citizenship and National Identity : Some Reflections on the Future of Europe », in BEINER (Ronald) ed., *Theorizing Citizenship*, Albany, University of New York Press, 1995, p. 278.

⁷ HABERMAS (Jürgen), *op. cit.*, pp. 255-281.

forme de droits fondamentaux, bénéficieraient ainsi d'une prévalence sur toute autre norme du droit positif¹.

Faute de pouvoir assurer le respect total d'une hiérarchie normative formelle, les autorités étatiques imposent aux ordres juridiques minoritaires le respect d'une hiérarchie substantielle. Les droits coutumiers se trouvent donc soumis à une hiérarchie des normes relative, où le respect impératif d'une hiérarchie normative matérielle (B) constitue un palliatif somme toute opportun au respect difficile d'une hiérarchie normative formelle (A).

A. Le respect difficile d'une hiérarchie normative formelle

Dans la mesure où les normes de droit traditionnel sont édictées hors du cadre étatique, leur formation n'est pas soumise au respect des normes du droit de l'Etat. Ce n'est qu'à partir du moment où elles deviennent applicables dans l'ordre juridique étatique qu'elles intègrent la hiérarchie normative et sont susceptibles d'être soumises à des règles supérieures que le juge devrait alors faire prévaloir. Le principe paraît simple mais laisse une question en suspens : quelles sont les normes étatiques qui peuvent prévaloir sur les coutumes ? Autrement dit, quelle est la place des coutumes reconnues dans la pyramide des normes ?

Si l'on peut supposer que la valeur d'une coutume *praeter legem* est déterminée par le juge qui la consacre, il paraît plus difficile de déduire la valeur des coutumes *secundum legem* de la valeur du texte qui les reconnaît². Si l'on prend l'exemple révélateur des statuts coutumiers reconnus par la Constitution, il serait tentant d'affirmer que les coutumes relevant de ces statuts ont elles-mêmes valeur constitutionnelle. Cela supposerait toutefois que ces coutumes bénéficient d'une immunité qui est démentie par la possibilité, pour les autorités législatives et réglementaires, de modifier le contenu des statuts coutumiers³. Déterminer la valeur juridique des normes extra-étatiques s'apparente donc à un véritable casse-tête qui a donné lieu à de nombreuses discussions doctrinales pas toujours convaincantes, ainsi qu'à des jurisprudences parfois contradictoires. La confrontation de ces références diverses conduit à penser que si la prévalence des statuts coutumiers sur les normes infra-constitutionnelles est constatée (1), leur soumission aux dispositions constitutionnelles, désormais établie, a été longtemps discutée (2).

¹ Il est à noter que le principe de la soumission des règles de droit coutumier à des règles essentielles communes à l'ensemble de l'Etat apparaît dès l'époque coloniale. Voir BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, pp. 253-254.

² A cet égard, voir *supra*, p. 153ss.

³ Ainsi que l'a reconnu le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, *Rec.*, p. 389 ; *Dalloz*, n° 18, 2004, p. 1272, note O. Le Bot ; *RDP*, 2003, p. 1789, note F. Luchaire ; *RFDC*, n° 56, 2003, p. 788, note O. Guillaumont ; *LPA*, n° 151, 30 juillet 2003, p. 11, note J.-E. Schoettl.

1. La prévalence constatée des statuts coutumiers sur les normes infra-constitutionnelles

Au terme de nombreux revirements de jurisprudence et de débats contradictoires, le juge et la doctrine semblent déduire du fondement constitutionnel des statuts coutumiers la prévalence de ces statuts sur l'ensemble des normes infra-constitutionnelles. Les coutumes relevant d'un statut personnel primeraient ainsi sur les normes réglementaires et les principes généraux du droit, mais également sur les lois et sur les dispositions du droit international, européen et communautaire, ce qui n'est pas sans susciter une certaine perplexité.

Prenons tout d'abord le cas des principes généraux du droit, créés par le juge « à partir des conceptions idéologiques de la conscience nationale et/ou d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs »¹. Certains auteurs, à l'exemple du Professeur Lampué, ont indiqué que les règles coutumières incompatibles avec l'un ou l'autre de ces principes devaient être écartées, car les « principes généraux du droit s'imposent dans tout le territoire français, et sont munis d'une force supérieure à celle des coutumes »². Une telle affirmation, qui tient plus de la tautologie que de la démonstration, conduit toutefois à dénier toute valeur à l'article 75 de la Constitution. Or, comme toute disposition constitutionnelle, celui-ci est d'applicabilité directe, ainsi que l'a rappelé la Cour de Cassation dans un arrêt du 25 février 1997³. En l'espèce, le juge était confronté à un litige successoral entre héritiers de statut personnel mahorais ; le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou avait appliqué les règles du Code civil pour déterminer la vocation héréditaire de chacun d'entre eux. La Cour de Cassation a cassé ce jugement, estimant que le litige ne pouvait être réglé qu'au regard des règles du statut personnel applicable aux parties. Or, le droit musulman connaissant uniquement la filiation légitime, la qualité d'héritier du défunt « dépendait de l'établissement de cette filiation à son égard ». Dès lors, en application du droit musulman, la Cour a limité le bénéfice de la succession aux seuls enfants légitimes⁴. Le juge a ainsi fait primer l'article 75 de la Constitution, sans se préoccuper de la

¹ FRIER (Pierre-Laurent), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 3^{ème} éd., 2004, p. 82.

² LAMPUE (Pierre), *Droit d'outre-mer et de la coopération*, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, p. 128. Cette démonstration est reprise BOYER (Alain), « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *RRJ*, n° 1, 1994, p. 395.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah*, *Dalloz*, jurispr., 1997, p. 453, note H. Fulchiron ; *JCP*, 17 décembre 1997, n° 51, p. 557, note L.-A. Barrière et T. Garé.

⁴ Cette solution constituait un revirement de jurisprudence. En 1964, la Cour de Cassation avait été saisie d'un litige successoral entre deux descendants, l'un de statut coutumier, l'autre de statut civil de droit commun, d'un *de cujus* de statut coutumier somali. Le tribunal supérieur de Djibouti avait débouté le descendant de statut civil de droit commun de son action, au motif que la succession d'une personne musulmane devait être dévolue suivant la loi coranique. La Cour de Cassation avait alors cassé ce jugement, estimant « qu'une incapacité successorale fondée sur la non-appartenance à une religion déterminée est directement contraire aux principes de la loi française et notamment à celui de la liberté de conscience » (Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1964, *Bull.*, p. 391 ; *Penant*, 1965, p. 251, note Lampué).

conformité de la solution retenue aux principes généraux du droit ou aux dispositions législatives d'ordre public ¹.

Ces dernières sont pourtant considérées, aux termes de l'article 6 du Code civil, comme des normes auxquelles il est interdit de déroger par des conventions particulières. En élargissant le champ de l'article 6 aux coutumes minoritaires, cela reviendrait à encadrer ces coutumes par les lois d'ordre public. Au demeurant, une telle extrapolation n'est pas déraisonnable, une loi d'ordre public pouvant s'entendre de « toute loi comprenant des normes juridiques qui sont à ce point fondamentales et essentielles, individuellement et collectivement, qu'elles deviennent impératives et donc incontournables de façon absolue » ². Ces lois jouissent donc d'une autorité renforcée, interdisant toute méconnaissance de leurs dispositions. L'arrêt précité du 25 février 1997 révèle pourtant que les coutumes relevant des statuts personnels particuliers prévalent sur les lois, y compris les lois d'ordre public. Tel n'est pas le cas, en revanche, des coutumes extérieures aux statuts particuliers : la polygamie pratiquée par les Noirs-Marrons de Guyane, les mariages célébrés avant 18 ans dans certaines tribus amérindiennes ou encore les coutumes amérindiennes relatives à l'unicité du nom pourraient se voir sanctionnés du fait de leur contrariété avec des règles d'ordre public ³. Le caractère partiel des statuts coutumiers génère donc des incohérences juridiques qui témoignent de l'absence de traitement global de la question minoritaire en France. Dans certaines collectivités, les coutumes sont reconnues par la Constitution et prévalent sur la loi générale ; dans d'autres, des coutumes pourtant identiques ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle et peuvent alors se voir sanctionnées du fait de leur contrariété avec la législation.

Un constat similaire pourrait être fait s'agissant de la prévalence des coutumes minoritaires sur les conventions internationales. Ces dernières bénéficient d'une présomption d'applicabilité à l'ensemble du territoire national, à moins qu'elles n'en disposent autrement par clause expresse contraire ⁴. L'Etat a toutefois pris soin

¹ Ce qui paraît moralement discutable mais juridiquement fondé : comme l'indique le Professeur Fulchiron, « cette solution paraît tout à fait orthodoxe au regard de la Constitution » (note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah, Dalloz*, jurisp., 1997, p. 453). Il est toutefois à noter que depuis lors, les effets de l'arrêt du 25 février 1997 ont été limités par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 qui accorde aux enfants naturels de statut mahorais les bénéfices de la filiation (art. 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320).

² TURI (Joseph), « Le droit linguistique ou les droits linguistiques », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 31, n° 2, 1990, p. 645. Aux termes de cette définition, on ne peut qu'opérer un rapprochement entre les lois d'ordre public telles que décrites par le Code civil, et les lois de police intéressant le droit international privé. Ces dernières, qui sont également désignées sous le nom de « lois d'application nécessaire », regroupent l'ensemble des lois applicables, même si l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'Etat qui l'a édictée estime nécessaire de les voir appliquées (voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, p. 88). Ce caractère d'application nécessaire est généralement déduit du but même de la loi, soit par la jurisprudence, soit plus rarement par le législateur lui-même.

³ Respectivement les articles 147, 144 et 57 du Code civil.

⁴ Cette présomption d'applicabilité des traités à l'ensemble du territoire de l'Etat signataire est relativement récente. Pendant la période coloniale, il était considéré que le silence d'une convention

d'émettre des réserves à l'application outre-mer de certaines dispositions conventionnelles susceptibles de remettre en cause les spécificités juridiques locales, et notamment les statuts coutumiers. Ainsi, l'article 5 du Protocole 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, relatif à l'égalité entre époux¹, a fait l'objet d'une réserve selon laquelle cet article « ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte et les territoires de Nouvelle-Calédonie et des îles Wallis et Futuna »². De fait, plusieurs règles des statuts coutumiers mahorais, kanaks, wallisien et futuniens sont susceptibles de heurter des normes internationales ratifiées par la France, au premier chef desquelles certaines dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme elle-même³. Si l'applicabilité directe de la CESDH est assurée en métropole, ses dispositions doivent être appliquées dans les collectivités d'outre-mer en tenant compte des « nécessités locales »⁴. Cette réserve, qui se présente comme le gage de la prise en considération de l'altérité ultra-marine, a toutefois fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle restrictive : l'existence de « nécessités locales » pouvant justifier la non-application ou l'application différenciée de la Convention aux COM ne peut être constatée que s'il est fait « la preuve décisive et manifeste d'une nécessité » qui doit, en outre, « revêtir un caractère impérieux »⁵. Dans ce cadre, peut-on estimer que la préservation des modes de vie traditionnels des populations autochtones en France constitue une nécessité locale suffisamment impérieuse pour écarter l'application des dispositions conventionnelles qui pourraient remettre en cause certaines coutumes ?

internationale au sujet de son champ d'application territorial permettait à la métropole d'exclure ses colonies des bénéfices (ou des charges) impliquées par la convention. Cette clause dite « coloniale » n'est plus admise aujourd'hui. Désormais, la publication d'un traité au *JORF* le rend exécutoire en toute partie du territoire national (CE Sect., 14 mai 1993, *Mme Smets*, *AJDA*, 1993, p. 500, concl. C. Vigouroux). Voir LUCHAIRE (François), « L'application des conventions internationales dans les territoires d'outre-mer », *RDP*, 1993, pp. 1493-1500.

¹ « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants ».

² Cité in JEAN (Patrice), « Quelques aspects des droits aux différences devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 52.

³ Pourraient ainsi être remis en cause l'article 3 (interdiction des traitements dégradants), l'article 6 (droit à un procès équitable), l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), l'article 12 (droit au mariage), l'article 14 (interdiction des discriminations fondées sur la différence de sexe). En ce sens, voir FULCHIRON (Hugues), « Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997 », *Dalloz*, 1997, p. 463.

⁴ En vertu de l'article 56 de la Convention, « Tout Etat peut [...] déclarer [...] que la présente Convention s'appliquera [...] à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales [...]. Dans lesdits territoires, les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales ». Sur le fondement de cet article qui n'est pas sans rappeler l'ancienne clause coloniale, la France a déclaré en 1974 qu'il devait être tenu compte, « en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales » pour l'application de la CESDH (déclaration du 3 mai 1974). Pour une étude de la clause des nécessités locales, voir KARAGIANNIS (Syméon), « L'aménagement des droits de l'Homme outre-mer : la clause des 'nécessités locales' de la Convention européenne », *Revue belge de droit international*, 1995, pp. 224-305.

⁵ En ce sens, voir CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, Série A, n° 26, § 38 ; CEDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, Rec. 1999-I, § 59.

A *a priori*, la jurisprudence européenne pose une véritable « présomption d'inexistence de nécessités locales »¹ mais une évolution pourrait bien se dessiner à la suite des dernières réformes constitutionnelles en France. En effet, si la CEDH n'est pas liée par le droit national et *a fortiori* local, l'existence de différences entre les deux pourrait toutefois constituer à ses yeux un indice sérieux quant à l'existence de « nécessités locales ». Or, les révisions constitutionnelles du 20 juillet 1998² et du 28 mars 2003³ accentuent les spécificités des droits locaux ultra-marins. C'est du reste en se fondant sur l'Accord de Nouméa que la Cour européenne a estimé, en 2005, que « l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des nécessités locales de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant »⁴. Cette unique concession aux nécessités locales doit-elle être pour autant considérée comme un précédent susceptible de faire prévaloir les spécificités des statuts personnels sur les droits garantis par la CESDH ? La réponse dépend sans doute du statut personnel en cause⁵ mais surtout du juge saisi. S'il s'agit du juge national, les jurisprudences *Sarran* et *Fraisse*, aux termes desquelles la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle⁶, trouveraient à s'appliquer : en présence d'une norme supralégislative mais infraconstitutionnelle (le traité) et d'une norme dont la Constitution impose le respect (la règle de statut personnel), le juge national privilégierait la seconde. Il en irait différemment en cas de saisine de la CEDH par une personne de statut personnel dénonçant la non-conformité de ce statut avec des dispositions de la Convention⁷. Dans cette hypothèse, la France ne pourrait arguer de l'article 75 de la Constitution pour refuser d'appliquer la Convention. Dès lors, « il

¹ KARAGIANNIS (Syméon), *op. cit.*, p. 265. De fait, avant 2005, aucune des affaires relatives aux TOM portées devant la Commission et/ou la Cour européenne n'avait donné lieu à l'application de la clause de nécessités locales (en ce sens, voir notamment CEDH, 27 avril 1995, *Piermont c. France*, Série A, n° 314 ; *RTDH*, 1996, p. 364, note J.-F. Flauss).

² Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, *JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, § 64 ; *AJDA*, 2005, p. 551, note J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2006, p. 139, note A. Roblot-Troizier et J.-G. Sorbara.

⁵ Il est probable que la Cour européenne des Droits de l'Homme se fonderait de nouveau sur « l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie » pour accepter certaines entorses à la Convention du fait de la mise en œuvre des statuts coutumiers kanaks. En revanche, elle serait sans doute plus encline à appliquer la Convention si elle était saisie de coutumes litigieuses relevant des statuts mahorais, wallisien ou futuniens, dans la mesure où les collectivités de Mayotte et de Wallis et Futuna ne sont pas engagées dans un processus d'autodétermination, contrairement à la Nouvelle-Calédonie.

⁶ CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *AJDA*, 1998, p. 965, note F. Raynaud et F. Fombeur, concl. Ch. Maugué ; Cass. Ass. plénière, 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, *Bull. Ass. plén.*, n° 4 ; *Dalloz*, n° 42, 2000, p. 965, note B. Mathieu et M. Verpeaux.

⁷ L'hypothèse est rare mais existe. Ainsi, les consorts Abdallah, déboutés de leur demande de participation à la succession par la Cour de Cassation dans l'arrêt précité du 25 février 1997, auraient pu agir devant la Cour de Strasbourg.

n'est donc pas impossible que la France soit un jour condamnée pour la non-conformité d'un statut de droit local à la [CESDH] »¹.

Cela serait en revanche impossible dans l'hypothèse où une règle d'un statut coutumier contredirait une norme de droit communautaire. En effet, la Nouvelle-Calédonie et les collectivités d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution constituent, selon le droit communautaire, des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) qui, en raison des « relations particulières » qu'ils entretiennent avec la France, bénéficient d'un régime spécifique d'association régi par le titre IV du Traité instituant la Communauté européenne². Le droit communautaire (initial comme dérivé) connaît donc une application restreinte dans les PTOM³ ; seul est applicable le régime d'association adopté le 27 novembre 2001⁴. Les habitants des collectivités d'outre-mer ne sont donc soumis ni aux règles du droit communautaire, ni à la jurisprudence de la CJCE. Il existe toutefois une hypothèse où la question de la hiérarchie entre les règles du droit communautaire et les règles des statuts coutumiers pourrait se poser. Les statuts coutumiers étant d'application personnelle, ils suivent leurs détenteurs où qu'ils se trouvent sur le territoire national. Or, si un individu jouissant d'un statut coutumier voyage en métropole, il se retrouve alors pleinement soumis au droit communautaire d'applicabilité directe et immédiate. En cas de conflit de normes, le juge devra alors arbitrer entre une norme communautaire et une norme de valeur constitutionnelle. Dans ce cas, le juge communautaire privilégiera la norme communautaire⁵. L'attitude du juge national, en revanche, sera probablement plus ambiguë, au regard de la jurisprudence récente qui tend à concilier la suprématie constitutionnelle avec les exigences liées à la participation de la France à l'Union et aux Communautés européennes⁶.

Ainsi, les coutumes relevant des statuts personnels particuliers bénéficient d'une certaine immunité constitutionnelle résultant de l'article 75 de la Constitution. Toutefois, cette impossibilité pour les PGD, les lois, les traités et les normes communautaires de prévaloir sur les différents statuts coutumiers est à relativiser, dans la mesure où certaines de ces normes ont été constitutionnalisées⁷. Leur valeur

¹ L.-A. Barrière et T. Garé, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah*, *JCP*, 17 décembre 1997, n° 51, p. 557.

² Voir BLOT (Jacques), « L'application du traité CE aux territoires d'outre-mer », *AJDA*, 2003, pp. 1426-1429.

³ En ce sens, voir CA Papeete, 22 juillet 2004, *Mme de Obregon Lanuza c. Conseil de l'Ordre des Avocats*, *Revue juridique polynésienne*, 2004, p. 242, note P. Gourdon.

⁴ Décision du Conseil de l'Union européenne n° 2001/822/CE du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne (*Journal officiel des Communautés européennes* L 314 du 30 novembre 2001 et L 324 du 07 décembre 2001.)

⁵ En application de la jurisprudence CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, p. 629.

⁶ Voir notamment CE Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine* ; *RFDA*, 2007, p. 384, concl. M. Guyomar. Voir LONG (Marceau) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 118, pp. 934-948.

⁷ Il en est ainsi des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat et repris par le Conseil constitutionnel en tant que principes à valeur constitutionnelle (à l'exemple du principe d'égalité), ou

constitutionnelle acquise pourrait désormais permettre de les faire primer sur les statuts coutumiers de l'article 75.

2. La soumission discutée des statuts coutumiers aux dispositions constitutionnelles

La question des rapports entre statuts coutumiers et normes constitutionnelles a été abordée à plusieurs reprises par la doctrine¹. Celle-ci n'est toutefois jamais parvenue à un consensus, révélant ainsi toute la difficulté de concilier hiérarchie des normes et pluralisme juridique.

A dire vrai, cette question ne se posait pas sous la IV^e République. Le second alinéa de l'article 82 de la Constitution de 1946 précisait en effet que le bénéficiaire d'un statut coutumier « ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyens ». D'après les commentateurs autorisés de l'époque, cette précision constitutionnelle imposait, « sinon l'unité de législation, du moins l'unité des principes dominant celle-ci »². Curieusement, le constituant de 1958 n'a pas repris cette formulation, l'estimant sans doute évidente³. Ce silence a toutefois ouvert la voie à des incertitudes quant à la prévalence des normes constitutionnelles sur les statuts coutumiers reconnus par l'article 75 de la Constitution. Ces incertitudes étaient d'autant plus grandes que l'article 75 n'avait fait l'objet d'aucune interprétation jurisprudentielle jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 2003⁴.

Jusqu'à cette décision, la formulation lapidaire de l'article 75 laissait ouvertes deux hypothèses. La première était celle de l'autonomie complète des statuts personnels par rapport aux autres dispositions constitutionnelles. En vertu de cette interprétation, les statuts personnels pouvaient être appliqués sans contrainte, l'article 75 de la Constitution formant un abri protecteur contre toute immixtion des droits et principes constitutionnels. Ainsi, Olivier Guillaume se fondait sur l'arrêt de la Cour

des dispositions législatives du Code civil auxquelles le juge constitutionnel attribue valeur constitutionnelle (voir CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative à la loi instituant le pacte civil de solidarité, *RA*, 2001, p. 584, note J. Roux) ou encore des droits consacrés par la CEDH, qui trouvent leur équivalent dans la Constitution.

¹ Voir NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *RJPIC*, Vol. 46, n° 2, 1992, pp. 219-257 ; VIVIER (Jean-Louis), « Le droit français face à la coutume kanak », *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, pp. 470-476 ; BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, pp. 252-256 ; GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 4, 2001, pp. 1572-1573.

² LAMPUE (Pierre), ROLLAND (Louis), *Droit d'outre-mer*, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1959, p. 140.

³ Voir HORY (Jean-François), « L'article 75 », in CONAC (Gérard), LUCHAIRE (François) dir., *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987, p. 1309.

⁴ CC, décision n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *Rec.*, p. 389 ; *Dalloz*, n° 18, 2004, p. 1272, note O. Le Bot ; *RDP*, 2003, p. 1789, note F. Luchaire ; *RFDC*, n° 56, 2003, p. 788, note O. Guillaume ; *LPA*, n° 151, 30 juillet 2003, p. 11, note J.-E. Schoettl.

de Cassation du 25 février 1997¹ pour affirmer que « la thèse de la soumission des statuts personnels [...] aux droits et libertés fondamentaux ne peut être retenue »². Une telle affirmation paraissait toutefois discutable, ne serait-ce que parce que les requérants dans l'affaire *Abdallah* ne se prévalaient pas, en l'espèce, de droits constitutionnels. Comme l'a indiqué le Professeur Sermet, « cette hypothèse crédible à l'époque coloniale ne l'est plus aujourd'hui »³.

De fait, c'est bien la seconde hypothèse, celle de la soumission des statuts coutumiers aux normes constitutionnelles, qui semble avoir été privilégiée par le Conseil constitutionnel⁴. Aux termes de la décision du 17 juillet 2003 relative à la loi de programme pour l'outre-mer, le juge constitutionnel indique en effet que le législateur peut faire « évoluer les règles du statut personnel *dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés* »⁵. En autorisant ainsi le législateur à modifier la substance des coutumes *contra constitutionem*⁶, le juge constitutionnel affirme la primauté des « principes et droits constitutionnellement protégés » sur les statuts coutumiers. Il ne saurait donc y avoir de cloison étanche entre les droits de nature civile et les droits de nature constitutionnelle. Les limites de ce pouvoir de modification tiennent toutefois à l'impossibilité pour le législateur de remettre en cause l'existence même du statut personnel ; cela signifierait « l'interdiction de porter atteinte aux droits [coutumiers] dans une intensité telle que la substance même des sources de droit serait méconnue, en ce que l'essence même du statut personnel serait en cause »⁷. Pour autant, les réformes du statut personnel mahorais entreprises en 2003 par la loi de programme pour l'outre-mer ne touchent-elles pas à « l'essence même » de ce statut ? On serait en

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah*, *Dalloz*, jurispr., 1997, p. 453, note H. Fulchiron ; *JCP*, 17 décembre 1997, n° 51, p. 557, note L.-A. Barrière et T. Garé.

² GUILLAUMONT (Olivier), *op. cit.*, p. 1572.

³ SERMET (Laurent), « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », in FABERON (Jean-Yves) (dir.), *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 192.

⁴ CC, décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, *précit.*

⁵ CC, décision n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *précit.* (les italiques ont été ajoutées par nos soins). Sur cette décision, voir GUILLAUMONT (Olivier), « Le Conseil constitutionnel et les subtilités de l'article 75 de la Constitution. Note sous Conseil constitutionnel, décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003 », *RFDC*, n° 56, 2003, pp. 788-795 ; LAMBERT (François), « La coutume révisée par la loi (du bon usage de l'article 75 de la Constitution) », *RFDC*, n° 56, 2003, pp. 796-800.

⁶ Il peut paraître curieux que le Conseil constitutionnel laisse le législateur libre de modifier (ou non) les coutumes *contra constitutionem*. On aurait pu envisager que cette faculté soit reconnue comme une obligation, dans la perspective de rétablir la cohérence du système juridique et d'assurer la protection effective des droits et principes constitutionnels. Il faut néanmoins y voir la confirmation de la jurisprudence classique du Conseil constitutionnel, en vertu de laquelle « il est à tout moment loisible au législateur [...] d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles » (CC, décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Rec.*, p. 110).

⁷ SERMET (Laurent), « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », in FABERON (Jean-Yves) (dir.), *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 191.

effet tenté de penser, à l'instar du Professeur Sermet, que « la vocation de la loi [de 2003] vise à terme à porter atteinte fondamentalement, juridiquement et dans les faits, au statut personnel substantiel »¹. La garantie de l'article 75 de la Constitution n'aurait alors plus grande signification.

Pour éviter que la substance même des statuts coutumiers ne soit sujette à abrogation, une troisième hypothèse pourrait être proposée. On pourrait envisager, à la suite du Professeur Sermet, « qu'après réflexion politique, sociale et juridique, seuls certains aspects non substantiels d[es] statut[s] personnel[s] puissent à l'avenir être modifiés. Par exemple, une classification pourrait être imaginée entre les droits et libertés constitutionnels incontournables et opposables au[x] statut[s] personnel[s] et ceux qui seraient considérés, par référence à l'article 75, comme subsidiaires, en fonction de la substance du droit au statut personnel »². Cette solution permettrait en effet de concilier le droit au statut personnel qui tend aujourd'hui à être bafoué par le législateur comme par le pouvoir réglementaire, et le respect des droits fondamentaux – ou, tout au moins, de ceux jugés indérogeables. Au demeurant, une telle suggestion ne contrevient pas à la solution avancée en 2003 par le Conseil constitutionnel. Elle suppose toutefois de situer les statuts coutumiers dans une hiérarchie normative non plus formelle, mais matérielle.

B. Le respect impératif d'une hiérarchie normative matérielle

Faute de pouvoir insérer les coutumes d'origine extra-étatique dans une hiérarchie normative formelle, il serait peut-être envisageable de les intégrer dans une hiérarchie matérielle. Dans ce cadre, certaines normes étatiques prévaudraient sur les coutumes non plus en fonction de leur rang mais en fonction de leur contenu. L'objectif de cet échelonnement matériel serait triple. Il s'agirait en premier lieu de rétablir la cohérence de l'ordre juridique étatique, que la pyramide normative formelle n'est, à l'évidence, pas en mesure d'assurer totalement. Cela permettrait ensuite d'articuler les différents ordres juridiques autour de standards communs, dans la perspective éventuelle de leur harmonisation future. Enfin, et surtout, le respect d'une hiérarchie normative substantielle ouvrirait la voie à la suprématie des droits considérés comme fondamentaux³.

L'enjeu d'une telle hiérarchisation matérielle est donc loin d'être anodin. Au-delà de la logique juridique, il s'agit de préserver l'Etat de droit et l'unité nationale, en établissant la prévalence de droits et de principes supérieurs. Comme le montre le

¹ SERMET (Laurent), *op. cit.*, p. 196.

² SERMET (Laurent), « Mayotte : évolution du statut personnel de droit local », in FABERON (Jean-Yves) (dir.), *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 192-193.

³ Sur la notion imprécise de droit fondamental, voir notamment DREYER (Emmanuel), « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ*, n° 113, 2006, pp. 551-580.

Professeur Constant, « la mise en œuvre d'une citoyenneté différenciée suppose au moins la réunion de trois garde-fous susceptibles de prévenir toute dérive communautariste. Tout d'abord, la prise en compte de la diversité culturelle et identitaire ne peut se faire au détriment du partage de références communes. Ensuite, la mise en œuvre de droits collectifs ne peut concurrencer le renforcement des droits individuels. Enfin, l'édification d'un Etat multiculturel doit exprimer le souci constant d'une plus grande justice sociale. Sous cette triple conditionnalité, une citoyenneté différenciée, adaptée et maîtrisée, peut constituer une réelle avancée démocratique »¹. Ces trois « garde-fous » témoignent de l'importance d'un noyau dur de valeurs auxquelles chaque citoyen serait tenu d'adhérer, quelle que soit son appartenance culturelle ou ethnique, afin de garantir une certaine cohésion nationale contre les forces centrifuges qui animent toute société multiculturelle. En ce sens, il est impératif que toutes les collectivités juridiques en France, quel que soit le degré de leur autonomie normative, soient tenues au respect de droits et de principes intransgressibles.

Cette notion de droits intransgressibles appelle toutefois quelques précisions. Au demeurant, l'intransgressibilité renvoie à l'idée d'une « normativité renforcée »². Parler de droits supérieurs intransgressibles revient donc à envisager ces droits comme impératifs. Cette seule impérativité ne suffit toutefois pas à imposer à toutes les collectivités juridiques le respect des droits supérieurs ; il faut donc qu'en plus de leur intransgressibilité, ces droits soient caractérisés par leur indérogeabilité. Ce n'est qu'en vertu de ce caractère indérogeable qu'il pourra être interdit aux collectivités juridiques minoritaires d'adopter des régimes normatifs dérogatoires, « et cela pour protéger l'intégrité normative du régime général, considéré indispensable au regard de certaines valeurs sociales »³. Un droit ou un principe indérogeable se caractérise donc par un seuil minimal de protection, qui ne peut être violé par d'autres normes (minoritaires en l'occurrence). On retrouve donc ici l'idée, souvent critiquée par la doctrine, de « noyau intangible d'un droit »⁴.

En France, c'est essentiellement le juge qui a contribué à déterminer le contour souvent incertain et toujours variable de ces droits indérogeables. Pour ce faire, il a usé de deux techniques complémentaires. La première, utilisée depuis la période coloniale, consiste à recourir à l'exception d'ordre public consacrée par le droit

¹ CONSTANT (Fred), « La citoyenneté entre égalité et identité », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Actes du colloque de Nouméa (3-5 juillet 2002), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 65.

² KOLB (Robert), « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative" », *RGDIP*, 2005, p. 325. La notion de « principes intransgressibles » a été utilisée par la Cour internationale de justice pour désigner indirectement les normes internationales de *jus cogens* (CIJ, AC, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.*, 1996, p. 257, § 79).

³ KOLB (Robert), *op. cit.*, p. 324.

⁴ Sur cette notion étudiée à partir de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la CEDH, voir MUZNY (Petr), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP*, 2006, pp. 977-1005.

international privé (1). La seconde, qui est aujourd'hui privilégiée, réside dans l'imposition de droits fondamentaux indérogeables proclamés par le constituant, le législateur ou le juge (2).

1. Le recours à l'exception d'ordre public

Il existe en droit international privé un procédé permettant au juge du for de refuser d'appliquer une loi étrangère à un cas d'espèce lorsque cette application conduit à une solution choquante, jugée inacceptable au regard des valeurs nationales¹. Dans cette hypothèse, le juge dispose d'une faculté d'éviction de la loi étrangère, sur le fondement de la contrariété à l'ordre public de son système juridique². L'ordre public donc il est question ici, que la doctrine qualifie maladroitement d'« ordre public international », se distingue de l'ordre public interne dont le principal effet est de provoquer la nullité des conventions privées qui prétendraient y déroger³. L'ordre public international se présente, pour sa part, comme un mécanisme défensif, protecteur des valeurs nationales et « des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »⁴. L'ordre public international regroupe donc l'ensemble des dispositions du droit français considérées comme essentielles⁵ et qui, de ce fait, conduisent à écarter l'application des lois étrangères qui y seraient contraires.

Le parallèle avec la situation des ordres juridiques minoritaires peut alors être aisément fait. Face à une coutume minoritaire comme face à une loi étrangère, le juge

¹ L'exception d'ordre public peut être invoquée dans tous les domaines du droit, qu'il s'agisse du droit des obligations (respect des engagements), du droit des biens (respect du droit de propriété) ou de procédure (respect des droits de la défense). Néanmoins, c'est essentiellement aux lois étrangères qui organisent la famille sur des principes radicalement différents de ceux du droit français, que le juge oppose l'exception d'ordre public. Ainsi, au nom du principe de monogamie sur lequel est fondé le mariage en droit français, un mariage polygamique ne peut être valablement célébré en France, même s'il est conforme au statut personnel des époux. De même, une répudiation unilatérale ne peut être reconnue en France, dans la mesure où la loi étrangère sur laquelle elle est fondée est contraire au principe d'égalité entre époux. A cet égard, voir LAGARDE (Paul), « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 263-276 ; MEZGHANI (Ali), « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, 2003, pp. 744-759 ; MONEGER (Françoise), « Les Musulmans devant le juge français », *JDI*, 1994, pp. 345-374.

² Sur l'exception d'ordre public en droit international privé, voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, pp. 145-149.

³ Sur la confusion terminologique entre ordre public interne et ordre public international, voir LOUSSOUARN (Yvon), BOUREL (Pierre), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2004, pp. 335-336.

⁴ Selon la formule du célèbre arrêt *Lautour* : Cass. civ., 25 mai 1948, *RCDIP*, 1949, p. 89, note Batiffol ; ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n° 19, pp. 164-176.

⁵ Il est difficile de déterminer plus précisément le domaine de l'ordre public international français, dans la mesure où ce dernier varie en fonction des circonstances et des évolutions sociales. Pour ne donner qu'un exemple, avant la réforme du divorce en 1975, les lois étrangères qui admettaient facilement le divorce étaient considérées comme contraires à l'ordre public. Depuis, ce sont plutôt les lois étrangères proscrivant le divorce qui sont déclarées comme telles.

français se trouve confronté à une règle de droit extérieure à l'ordre juridique étatique mais dont il est pourtant censé assurer l'application, dès lors que la règle de conflit impose cette solution. Au regard de cette similarité, il pourrait être envisageable de recourir à l'exception d'ordre public pour écarter l'application non plus d'une loi étrangère, mais bien d'une coutume minoritaire contraire aux « principes de justice universelle » de l'ordre juridique étatique. C'est précisément le raisonnement que tenaient le législateur et le juge français pendant la période coloniale. Bien que le principe du maintien du droit privé local fût établi, les autorités coloniales n'hésitaient pas à écarter des dispositions coutumières au nom de leur « mission civilisatrice » et sur le fondement de l'ordre public¹. Si cette intervention paraissait nécessaire pour interdire et réprimer les coutumes que l'ordre public français ne pouvait tolérer, comme en matière de privation de la vie², elle s'avérait toutefois plus délicate dans d'autres domaines. Ainsi, la conception française de la liberté individuelle aurait pu amener le législateur à intervenir dans le droit de la famille mais, en la matière, l'intervention du législateur a été mesurée : si certaines règles coutumières qui constituaient de véritables actes de disposition de la femme ont justifié l'interdiction du législateur, d'autres coutumes heurtaient l'ordre public mais pas au point qu'il faille envisager leur suppression, comme le mariage polygamique. C'est ainsi que la polygamie a pu perdurer à Mayotte, jusqu'à sa suppression par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003³. Ces exemples révèlent que l'ordre public applicable aux ordres juridiques « indigènes » n'avait pas les mêmes contours que celui opposable aux lois étrangères. Le Professeur Solus distinguait à cet égard l'ordre public international de ce qu'il appelait l'« ordre public colonial », estimant que les divergences entre ces ordres publics n'étaient pas qualitatives mais quantitatives⁴.

A partir de 1946, la constitutionnalisation des statuts coutumiers a remis en cause la théorie de l'ordre public colonial. En imposant l'application des coutumes, le constituant semblait en effet exclure la possibilité pour le juge d'en écarter l'application au nom d'un ordre public « de droit commun ». De fait, les tribunaux se

¹ Ainsi, le décret du 16 août 1912 pour l'Afrique occidentale française, le décret du 17 février 1923 pour l'Afrique équatoriale française, le décret du 13 avril 1921 pour le Cameroun ou encore le décret du 22 novembre 1922 pour le Togo précisait que « les juridictions indigènes appliquent la loi et les coutumes locales en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux principes de la civilisation française ». Voir AMADEO (G.), « Ordre public et droit privé négro-africain », *RJPUF*, Vol. 12, n° 4, 1956, p. 611.

² C'est ainsi que le législateur français réprimait les faits d'anthropophagie, les faits de sorcellerie aboutissant à l'assassinat, et l'exécution de sacrifices humains. Était également réprimé l'exercice du droit de vie ou de mort que les chefs de famille indigènes possédaient traditionnellement sur les membres de leur famille. Ces exemples sont cités in AMADEO (G.), *op. cit.*, p. 612. Rappelons que ce n'est qu'en 1947 que le droit pénal a été unifié dans l'ensemble des territoires français.

³ Art. 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320.

⁴ Ainsi, « envisageant une loi française déterminée, on dira qu'elle est d'ordre public interne si son respect s'impose à tous les Français ; qu'elle est d'ordre public international si son respect s'impose aux étrangers en France ; qu'elle est d'ordre public colonial si son respect s'impose aux indigènes ou assimilés dans les colonies françaises » (SOLUS (Henri), *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, pp. 302-303). *Contra*, soutenant la thèse de l'unité de l'ordre public, voir PILLET (Antoine), *Principes de droit international privé*, Paris, Pedone, 1903, p. 395.

sont montrés plus circonspects face à l'exception d'ordre public, la doctrine se demandant même si le refus d'appliquer une règle coutumière relevant d'un statut personnel n'était pas constitutif d'un crime de forfaiture¹. Cette attitude, justifiée en droit, paraît néanmoins discutable dans la mesure où l'exception d'ordre public a pour objet et pour résultat qu'un juge ne revête pas de la formule exécutoire une décision qui serait contraire aux principes fondamentaux du droit national. A ce titre, elle pourrait avoir sa place en droit d'outre-mer afin d'éviter que le droit coutumier ne reçoive application quand il heurte les valeurs considérées comme les plus essentielles à la culture juridique française. L'exception d'ordre public constituerait en ce sens un mécanisme de sécurité permettant de refuser la mise en œuvre de certaines règles, à l'exemple de la « clause de non-contrariété » (*repugnancy clause*) que l'on trouve dans certaines Constitutions d'Etats membres du Commonwealth². Mais au-delà de cet effet abrogatif, l'utilisation de l'ordre public pourrait également favoriser l'évolution progressive du droit coutumier, dans le sens d'un rapprochement avec les conceptions qui dominent le droit français. On pourrait alors être tenté de parler d'un « ordre public d'évolution »³.

En la matière, la jurisprudence demeure hésitante, fluctuant entre l'éviction des coutumes jugées trop choquantes au regard de l'ordre public⁴, et l'application de plein droit de ces mêmes coutumes sur le fondement de l'article 75 de la Constitution⁵. De fait, on ne peut exclure la possibilité (et l'utilité) du recours à l'exception d'ordre public à l'encontre des droits coutumiers. Il faut toutefois insister sur les particularités que l'usage d'un tel mécanisme en outre-mer présente par rapport au droit international privé. En particulier, les conditions de recevabilité de l'exception d'ordre public ne peuvent être les mêmes selon qu'elle est orientée contre une loi étrangère ou contre une coutume reconnue par l'ordre juridique étatique. Face à une loi étrangère, les tribunaux se montrent en général très soucieux du respect de l'ordre public

¹ En ce sens, voir J. Roussier, note sous Trib. civil de la Seine, 26 mars 1956, *Dalloz*, jurisp., p. 653.

² La clause de non-contrariété est une disposition constitutionnelle prévoyant que toute loi ou toute coutume contraire à la Constitution est nulle et non avenue. Cette clause était en vigueur dans toutes les colonies britanniques, dans le but évident d'imposer les valeurs de la métropole et d'écarter l'application des droits coutumiers. On la retrouve aujourd'hui notamment dans les Constitutions indienne et sud-africaine, où sa présence impose l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois mais aussi des coutumes (voir VAN NIEKERK (Gardiol), « Indigenous Law, Public Policy and Narrative on the Courts », *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, Vol. 63, n° 3, 2000, pp. 403-415).

³ LAMPUÉ (Pierre), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, p. 291. Le Professeur Lampué demeure toutefois circonspect par rapport à cette utilisation de l'ordre public international, dans la mesure où « l'évolution du droit constitue une donnée qui s'impose par elle-même, sans qu'il soit besoin de lui trouver aucune justification dans la théorie de l'ordre public » (*Ibid.*).

⁴ En ce sens, voir Cass. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1964, *Bull.*, I, p. 391 ; *Penant*, 1965, p. 251, note Lampué. Voir également Cass. civ., 3^{ème}, 24 février 1976, *Bull.*, I, p. 66.

⁵ Voir Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Abdallah*, *RCDIP*, 1998, p. 602, note G. Droz ; *Dalloz*, jurisp., 1997, p. 453, note H. Fulchiron ; *JCP*, 1997, p. 556, note L.A. Barrière et T. Garé. Cet arrêt présente un aspect culturaliste dans la mesure où il fait primer le respect des normes juridiques minoritaires, au risque de permettre l'application de règles de droit non libérales.

international français, qui recouvre alors un domaine assez étendu¹. Face à une coutume minoritaire, en revanche, l'ordre public (que l'on pourrait qualifier d'ultra-marin) ne peut qu'avoir un contenu plus restreint, pour deux raisons. En premier lieu, si le jeu de l'exception d'ordre public paralysait trop souvent les effets du droit coutumier, une désaffectation des tribunaux étatiques risquerait de se produire au profit d'une justice traditionnelle plus ou moins officieuse, bien moins susceptible de faire respecter les principes de l'Etat de droit. En second lieu, l'utilisation excessive de l'exception d'ordre public à l'encontre du droit coutumier viderait de son contenu le principe du maintien des institutions coutumières de droit privé, pourtant consacré par la Constitution. Ces considérations impliquent que les exigences de l'ordre public ultra-marin ne doivent pas être aussi impérieuses que celles de l'ordre public international².

Cela ne signifie pas pour autant que le juge est tenu d'appliquer toutes les coutumes relevant des statuts personnels, quel que soit leur contenu. Il demeure en effet des valeurs fondamentales infranchissables, opposables aux coutumes minoritaires : le droit coutumier ne peut recevoir application lorsqu'il transgresse une limite irréductible, qui est celle des droits fondamentaux³. En ce sens, les droits fondamentaux représenteraient les contours d'un ordre public ultra-marin incompressible, que l'on pourrait alors définir comme le minimum de conditions qui paraissent indispensables pour garantir l'exercice des libertés et droits fondamentaux. Ce resserrement de l'ordre public ultra-marin autour de la notion de droits fondamentaux présente l'avantage de clarifier le discours juridique, dans la mesure où l'argument d'ordre public « aux contours incertains et éminemment idéologiques »⁴, se voit progressivement remplacé par la référence explicite à des droits fondamentaux indérogables, garantis notamment par la Constitution et la Convention européenne des Droits de l'Homme⁵.

¹ Voir MAYER (Pierre), HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2004, pp. 147-148. La jurisprudence récente révèle toutefois un rétrécissement de l'ordre public international, les juges acceptant désormais plus facilement l'application de normes étrangères auxquelles ils étaient jusqu'ici fermés. En ce sens, démontrant que l'exception d'ordre public relève de plus en plus d'un raisonnement pluraliste impliquant une véritable comparaison des droits en cause, voir BODEN (Didier), *L'ordre public : limite et condition de la tolérance (Recherches sur le pluralisme juridique)*, thèse de doctorat, Université Paris I, 2002, 993 p.

² En ce sens, voir LAMPUE (Pierre), ROLLAND (Louis), *Droit d'outre-mer*, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1959, p. 213 ; ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 523.

³ HAMMJE (Petra), « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP*, 1997, pp. 1-31.

⁴ KOUBI (Geneviève), « Des-ordre/s juridique/s », in CURAPP, *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, p. 204.

⁵ Sur la CESDH comme source de l'ordre public international français, voir MAYER (Pierre), « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP*, 1991, pp. 651-665 ; FOYER (Jacques), « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'exception d'ordre public international », in *Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 333-348.

2. L'imposition de droits fondamentaux indérogeables

L'établissement d'un pluralisme juridique intra-étatique permet d'accorder une certaine protection aux ordres juridiques minoritaires mais cette situation n'est pas sans soulever d'inquiétudes, liées à l'étendue des droits spécifiques ou de l'autonomie normative reconnue aux minorités nationales. Jusqu'où peut aller cette reconnaissance sans menacer les droits fondamentaux des individus membres de la minorité, et sans constituer une discrimination à l'égard des individus qui n'en font pas partie ? La réponse à cette question pourrait résider dans l'imposition de droits indérogeables qui constitueraient autant de limites matérielles à la mise en œuvre des droits spécifiques des différentes minorités. En ce sens, la reconnaissance de droits spécifiques devrait être conciliée avec la protection effective des droits fondamentaux des individus ; c'est précisément ce qu'entend le Professeur Koubi lorsqu'elle écrit que « le droit des minorités ne peut s'ériger à l'encontre des principes fondamentaux des droits de l'homme »¹.

Pour humaniste qu'elle puisse paraître, cette solution n'est pas forcément légitime au regard du droit à la différence. Soumettre les ordres juridiques minoritaires au respect de droits et de principes considérés comme supérieurs conduit à leur imposer des valeurs extérieures à leur propre culture juridique². Dès lors, faire prévaloir ces droits pourrait conduire à l'instauration d'un nouvel ordre colonial, sous couvert de libéralisme³. C'est précisément pour cette raison que les juridictions suprêmes du Canada et des Etats-Unis ont estimé que les droits fondamentaux énoncés respectivement dans la Charte canadienne des droits et libertés et dans le *Bill of Rights* ne prévalaient pas sur les droits reconnus aux populations autochtones⁴. Il est du reste intéressant, dans une perspective comparatiste, de citer l'article 25 de la Charte canadienne qui précise que « le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada ». Au regard de cet article, la primauté

¹ Geneviève Koubi, in FENET (Alain), KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001, p. 361.

² Ce débat rejoint la question très controversée de l'universalité des droits de l'homme. A cet égard, voir les contributions réunies in SCHABAS (William) et al., *Universalité des droits fondamentaux et conception(s) des droits*, Montpellier, Institut de droit européen des droits de l'homme, 1996, 211 p.

³ Dénonçant cette « ingérence juridique » qui cache un nouveau « droit de conquête », voir LE ROY (Etienne), « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et post-modernité », *RRJ*, 1992, pp. 139-160. Voir également ROULAND (Norbert), « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme », *Revue générale de droit*, Vol. 25, n° 1, 1994, pp. 5-47 ; SOUSA SANTOS (Boaventura de), « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Droit et Sociétés*, n° 35, 1997, pp. 79-96.

⁴ Voir ZION (James), « North-American Indian Perspectives on Human Rights » et McCHESNEY (Allan), « Aboriginal Communities, Aboriginal Rights and the Human Rights System in Canada », in AN NA'IM (Abdullahi Ahmed), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp. 191-220 et pp. 221-252.

des droits des peuples autochtones sur les droits individuels reconnus à l'ensemble des citoyens canadiens est parfaitement établie.

Le législateur et le juge français ont, pour leur part, adopté une position diamétralement opposée, estimant que l'ensemble des citoyens français devaient être assujettis aux mêmes droits et obligations constitutionnels, indépendamment de leur statut personnel. Ainsi, l'article 52-1 alinéa 2 de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 dispose que « l'exercice des droits, individuels et collectifs, afférents au statut de droit local ne peut, en aucun cas, contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français »¹. Le contraste des solutions française et canadienne est ici frappant. Il l'est même d'autant plus que le Conseil constitutionnel a confirmé l'approche du législateur, en indiquant dans sa décision du 17 juillet 2003 « qu'il résulte de la combinaison [du préambule, de l'article 1^{er}, de l'article 72-3 et de l'article 75 de la Constitution] que les citoyens de la République qui conservent leur statut personnel jouissent des droits et libertés de valeur constitutionnelle attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations »². Aux termes de ce considérant, la différence culturelle qui fonde les statuts coutumiers se trouve donc confrontée à la suprématie des « droits et libertés de valeur constitutionnelle attachés à la qualité de citoyen français ».

Cette solution n'est pas sans rapport avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de pluralisme juridique. L'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. Turquie*, rendu par la Cour le 13 février 2003³, présente avec la décision précitée du Conseil constitutionnel une concomitance dans le temps et une concordance sur le fond qui ne sont peut-être pas fortuites. En l'espèce, la Cour européenne devait examiner les motifs invoqués par la Cour constitutionnelle turque pour prononcer la dissolution du parti politique *Refah*. La Cour constitutionnelle avait notamment mis en avant la volonté affichée par les dirigeants du *Refah* d'instaurer un « système multijuridique » dans lequel chaque individu aurait dû choisir son appartenance religieuse et obéir aux droits et obligations découlant de la religion de sa communauté. Examinant à son tour ce programme politique, la CEDH estime que « le système multijuridique, tel que proposé par le *Refah*, ne saurait passer pour compatible avec le système de la Convention », pour les deux raisons suivantes :

« D'une part, [un tel modèle de société] supprime le rôle de l'Etat en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique, puisqu'il obligerait les individus à obéir non pas à des règles établies par l'Etat dans l'accomplissement de ses fonctions précitées, mais à des règles statiques de droit imposées par la religion concernée. Or l'Etat a l'obligation positive d'assurer à toute personne dépendant de sa juridiction de bénéficier pleinement, et sans

¹ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, *JORF*, 22 juillet 2003, pp. 12320.

² CC, décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, *Rec.*, p. 389 ; *Dalloz*, n° 18, 2004, p. 1272, note O. Le Bot ; *RDJ*, 2003, p. 1789, note F. Luchaire ; *RFDC*, n° 56, 2003, p. 788, note O. Guillaumont ; *LPA*, n° 151, 30 juillet 2003, p. 11, note J.-E. Schoettl.

³ CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. Turquie*, *Rec.* 2003-II ; *RDJ*, 2002, p. 1493, note G. Lebreton ; *RTDC*, 2001, p. 979, note J.-P. Marguénaud.

pouvoir y renoncer à l'avance, des droits et libertés garantis par la Convention (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, *Série A*, n° 32, p. 14, § 25).

D'autre part, un tel système enfreindrait indéniablement le principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques, qui constitue l'un des principes fondamentaux de la démocratie. En effet, une différence de traitement entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction n'a manifestement aucune justification au regard de la Convention, et notamment au regard de son article 14, qui prohibe les discriminations. Pareille différence de traitement ne peut ménager un juste équilibre entre, d'une part, les revendications de certains groupes religieux qui souhaitent être régis par leurs propres règles et, d'autre part, l'intérêt de la société tout entière, qui doit se fonder sur la paix et sur la tolérance entre les diverses religions ou convictions (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire « linguistique belge », *Série A*, n° 6, pp. 33-35, §§ 9-10, et l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, *Série A*, n° 94, pp. 35-36, § 72) »¹.

Certains auteurs ont interprété cet arrêt comme « condamnant formellement » le pluralisme juridique² mais cette analyse semble devoir être nuancée. L'objectif de la Cour n'est pas ici l'uniformité juridique, mais la protection des droits fondamentaux des individus par la garantie du plein bénéfice, « sans pouvoir y renoncer à l'avance, des droits et libertés garantis par la Convention ». Dès lors, si le pluralisme juridique est limité par la soumission de tous les individus aux droits proclamés et garantis par la CESDH, ce système peut être accepté³.

La conjugaison des jurisprudences constitutionnelle et européenne laisse donc à penser que les droits garantis par la Constitution et par la CESDH « formeraient le noyau autour duquel l'homogénéité sociale est possible, l'élément que chacun doit accepter et exclure de toute discussion, l'élément que l'on ne peut pas modifier [ni écarter] sous prétexte de respecter la diversité des identités collectives spécifiques »⁴. En ce sens, le bénéfice d'un statut coutumier ne saurait faire obstacle ni à la qualité de citoyen français, ni à la jouissance effective des droits que tout citoyen peut notamment tirer de la CESDH, dans la mesure différenciée où elle est applicable outre-mer. Ces droits présentent alors un caractère fondamental, en ce qu'ils constituent pour l'ensemble des citoyens français, quel que soit leur statut personnel, une « réserve gardée » de droits⁵, un « cadre éthico-juridique »⁶, un « noyau constitutionnel » reflétant les valeurs essentielles de la société nationale auxquelles aucune règle de droit – ni étatique, ni *a fortiori* minoritaire – ne peut déroger. En formant ainsi un *jus commune* s'imposant à tous les ordres juridiques ayant force de

¹ CEDH, 13 février 2003, *précit.*, § 119.

² MEZGHANI (Ali), « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, 2003, p. 744.

³ Néanmoins, comme l'indique le juge Kohler dans une opinion concordante, on peut regretter que la Cour « ait manqué l'occasion de porter une appréciation plus approfondie sur la notion de système multijuridique » (opinion annexée à la décision précitée, *Rec.* 2003-II). Une telle appréciation aurait sans doute apporté un nouvel éclairage à la notion de pluralisme juridique.

⁴ DE LUCAS (Javier), « Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles) », *RIEJ*, n° 33, 1994, p. 17.

⁵ DE LUCAS (Javier), *op. cit.*, p. 17.

⁶ VAN HOECKE (Mark), « Des ordres juridiques en conflit : sport et droit », *RIEJ*, n° 35, 1995, p. 77.

droit positif, ces droits fondamentaux apparaissent comme « fondateurs de l'État de droit »¹.

Au demeurant, la tentation serait grande d'amalgamer les droits fondamentaux aux droits constitutionnels². S'il est vrai que la plupart des droits fondamentaux ont fait l'objet d'une consécration explicite dans le bloc de constitutionnalité, l'assimilation entre le fondamental et le constitutionnel paraît à la fois trop réductrice et trop extensive. Trop réductrice, en premier lieu, car les droits fondamentaux ne sont pas composés que de droits constitutionnels. Bien qu'il ait été élargi par la jurisprudence, le bloc de constitutionnalité n'est pas le seul vivier des droits fondamentaux. Ces derniers peuvent provenir de conventions internationales³, au premier chef desquelles la CESDH, mais aussi de sources complémentaires tels que les principes généraux du droit⁴. De ce fait, la notion de droit fondamental « traverse la hiérarchie des normes »⁵ : d'un point de vue matériel, un droit est fondamental lorsqu'il peut être considéré comme essentiel, quel que soit le niveau de la norme qui le consacre⁶. En ce sens, les statuts coutumiers seraient bien soumis à une hiérarchie matérielle qui ne coïnciderait pas avec la hiérarchie normative formelle.

¹ PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spécial, 1998, p. 7.

² Sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 2003 (*précit.*) n'est pas claire. Elle évoque tout d'abord les « droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français », pour ensuite mentionner « les principes et droits constitutionnellement protégés ». Faut-il toutefois limiter les premiers aux seconds ?

³ Plusieurs conventions internationales, à l'exemple du Pacte international de 1966 sur les droits civils et politiques (art. 4 § 2) et de la CESDH (art. 15 § 2), dressent une liste de droits essentiels qui ne sont susceptibles d'aucune transgression, même en temps de guerre ou en cas de danger public menaçant la vie de la nation. Aux termes du Pacte de 1966, ne peuvent faire l'objet de dérogations le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et l'interdiction de l'application rétroactive de la loi pénale. La CESDH dresse une liste identique (art. 15 § 2 complété par le protocole 7), en y ajoutant notamment la règle *non bis in idem* et la liberté de pensée et de religion. Si la cause de dérogation est ici spécifique et ne recouvre pas la situation « normale » de pluralisme juridique mais celle, « exceptionnelle », de la survenance d'un état d'urgence, on peut néanmoins supposer que le caractère indérogable d'un droit n'est pas lié à la situation dans laquelle il est appliqué, mais lui est inhérent. Dans cette hypothèse, les droits qualifiés d'indérogables par le droit international (cela inclurait les normes de *jus cogens* dégagées par la jurisprudence internationale) pourraient également être considérés comme indérogables en droit interne. A cet égard, voir MEYER-BISCH (Patrice) dir., *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg, éd. de l'Université de Fribourg, 1991, 272 p.

⁴ Le juge constitutionnel n'est donc pas la seule autorité juridictionnelle à pouvoir déterminer la fondamentalité d'un droit. Le rôle du juge administratif prend d'autant plus d'ampleur en la matière qu'il est désormais habilité, aux termes de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 (*JORF*, 1^{er} juillet 2000, p. 9948), à déterminer les « libertés fondamentales » auxquelles le législateur a entendu accorder une protection juridictionnelle particulière par le biais de référés. Voir GLENARD (Guillaume), « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-12 du code de justice administrative », *AJDA*, 2003, p. 2009. Pour exemple de liberté fondamentale tirée d'un PGD, voir CE, 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c. M. Kurtarici (Leb., tables, p. 871)*, dans lequel le juge consacre comme une liberté fondamentale le droit de chaque justiciable d'assurer de manière effective sa défense devant le juge.

⁵ DRAGO (Guillaume), « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Revue mensuelle du JurisClasseur. Droit administratif*, juin 2004, p. 7.

⁶ PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spécial, 1998, p. 6.

En second lieu, l'assimilation entre fondamental et constitutionnel semble trop extensive, dans la mesure où tous les « droits et principes constitutionnellement protégés » ne sont pas des droits fondamentaux. Cette distinction suppose que « toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique »¹. La plupart d'entre elles bénéficieraient d'une « constitutionnalité que l'on pourrait dire simple », tandis que certaines, jugées fondamentales au regard de leur contenu, jouiraient d'une « constitutionnalité renforcée »². En cas de conflit de normes, ces dernières devraient donc prévaloir. Cette lecture de la Constitution, qui touche à l'idée très controversée de supra-constitutionnalité³, ne fait pas l'unanimité dans la doctrine française⁴. Elle permet néanmoins d'expliquer que certaines dispositions constitutionnelles, considérées comme essentielles, puissent prévaloir sur les statuts coutumiers protégés par l'article 75 de la Constitution, alors même que d'autres dispositions ayant pourtant la même valeur constitutionnelle se trouvent écartées par la mise en œuvre des statuts coutumiers, en vertu de l'effet dérogatoire de l'article 75.

Au final, le pluralisme juridique se présente aujourd'hui comme l'un des principaux facteurs de la crise actuelle de la hiérarchie normative⁵. La situation des statuts coutumiers est révélatrice de la désagrégation d'un ordonnancement juridique formel, qui semble laisser la place à une hiérarchisation matérielle des normes du droit positif. L'étude des droits locaux paraît conforter ce constat, dans la mesure où les ordres juridiques infra-étatiques se trouvent désormais soumis à un principe de légalité aménagé.

¹ VEDEL (Georges), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 73.

² PICARD (Etienne), *op. cit.*, p. 11. Dans le même sens, d'autres auteurs estiment que le Conseil constitutionnel établit une hiérarchie matérielle des droits (GAZIER (François), GENEVOIS (Bruno), GENTOT (Michel), « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *EDCE* n° 40, 1989, p. 181). Le Professeur Favoreu, pour sa part, distingue les « libertés de premier rang » et celles « de second rang », les premières bénéficiant d'une protection renforcée (FAVOREU (Louis), « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in ROUSSEAU (Dominique), SUDRE (Frédéric) dir., *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Ed. S.T.H., 1990, p. 37).

³ La notion de supra-constitutionnalité sous-tend l'existence, « dans nos systèmes constitutionnels, [de] libertés intangibles que le constituant ne pourrait supprimer. Seraient seuls modifiables les droits qui n'appartiennent pas à ce noyau sacré » (Robert Badinter, intervention orale au colloque des 25 et 26 mai 1989, reproduite in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 33). Dès lors, en raison de leur importance matérielle, les droits fondamentaux constitueraient un « noyau constitutionnel » intangible, qui échapperait au pouvoir de révision du constituant dérivé. Cela viendrait confirmer les thèses relatives à l'hétérogénéité normative du bloc de constitutionnalité, certains éléments ayant une force juridique supérieure à d'autres. Cette analyse est toutefois récusée par la majorité de la doctrine (voir notamment VEDEL (Georges), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-97) ainsi que par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel (décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Rec.*, p. 293 ; *RDP*, 2003, p. 675, note J.-P. Camby ; *RDP*, 2003, p. 725, note D. Maillard Desgrees du Loû).

⁴ VEDEL (Georges), *op. cit.*, pp. 85-86.

⁵ En ce sens, voir PUIG (Pascal), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDC*, 2001, p. 767 ; GRANET (Frédérique), « Perturbation dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 41-46.

§ 2. La soumission des ordres juridiques infra-étatiques à un principe de légalité aménagé

Dans le cadre de l'Etat unitaire décentralisé, l'activité normative des collectivités infra-étatiques est soumise au respect du principe de légalité. Présenté comme un « principe cardinal du droit public »¹, le principe de légalité implique notamment que les actes adoptés par les collectivités territoriales, quel que soit leur degré d'autonomie par rapport au pouvoir central, soient conformes aux règles de droit qui leur sont supérieures²; ils sont pour cela assujettis à un contrôle administratif et juridictionnel³. De ce fait, le principe de légalité est au cœur de l'Etat de droit.

En la matière, les collectivités bénéficiant d'un statut ou d'un droit dérogatoire ne font pas exception à la règle⁴. Bien qu'elles disposent de compétences étendues et spécifiques, elles demeurent soumises au contrôle de l'Etat, garant de l'unité et de la légalité républicaines. C'est précisément ce qu'a rappelé le constituant en 2003, en réaffirmant à l'article 72 alinéa 6 de la Constitution que « dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »⁵.

Pour autant, l'exercice du contrôle de légalité connaît certaines adaptations, liées précisément au statut dérogatoire des collectivités concernées. Il serait tentant de supposer l'existence d'une corrélation entre l'intensité du contrôle opéré sur ces collectivités et le degré d'autonomie dont elles disposent : plus l'autonomie locale serait importante, plus le contrôle de l'Etat serait réduit. L'analyse comparée de chaque situation dément toutefois une telle hypothèse : les modalités d'exercice du contrôle de légalité dans les différentes collectivités en cause révèlent bien plus la mise en œuvre d'un contrôle de légalité modifié, que celle d'un contrôle de légalité renforcé ou atténué.

Dès lors, les collectivités bénéficiant d'un droit local spécifique et/ou de compétences normatives dérogatoires sont soumises à un principe de légalité aménagé, qui se traduit par l'assujettissement à un contrôle de légalité spécifique (A)

¹ BOISSARD (Sophie), « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *CCC*, n° 11, 2001, p. 74.

² EISENMANN (Charles), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, pp. 25-40.

³ Les caractéristiques de ce double contrôle ont été précisées par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'adoption des lois de 1982-1983 sur la décentralisation. Voir notamment CC, décision n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Rec.*, p. 38. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 29, p. 467.

⁴ Sont concernés ici la Nouvelle-Calédonie, les COM, les DOM, mais aussi la Corse et les trois départements d'Alsace-Moselle.

⁵ Article 72 alinéa 6 issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

et par le respect d'un bloc de légalité distinct de celui imposé aux collectivités territoriales de droit commun (B).

A. L'assujettissement à un contrôle de légalité spécifique

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République n'a pas débouché sur un changement constitutionnel fondamental s'agissant du lien entre les collectivités territoriales et l'Etat¹. Certes, la libre administration a été renforcée et l'autonomie de certaines collectivités accrue, mais le contrôle de légalité sur les actes locaux a été préservé. Le constituant a ainsi veillé à ce que soit assuré, dans les collectivités à statut dérogatoire, le respect de l'Etat de droit.

Bien que le principe d'un contrôle de légalité ait été réaffirmé, ses modalités d'exercice ont toutefois subi quelques aménagements destinés à tenir compte de l'extension des compétences territoriales, et notamment de la possibilité désormais reconnue aux collectivités territoriales et à la Nouvelle-Calédonie d'intervenir dans le domaine de la loi². Dans ce cadre, c'est à la fois le rôle du représentant de l'Etat et le rôle du juge (constitutionnel et ordinaire) dans les collectivités à statut dérogatoire qui ont été modifiés. Désormais, ces collectivités sont assujetties à un contrôle administratif (1) et juridictionnel (2) spécifique.

1. L'assujettissement à un contrôle administratif spécifique

Le contrôle administratif exercé dans les collectivités à statut particulier ne fait l'objet d'aucune disposition constitutionnelle. A défaut, il se fonde implicitement mais nécessairement sur l'article 72 alinéa 6 de la Constitution, aux termes duquel le respect de la légalité nationale est à la charge du représentant de l'Etat. Ce dernier remplit donc, au demeurant, une fonction similaire dans l'ensemble des collectivités territoriales de la République et en Nouvelle-Calédonie. Pour autant, les différents représentants de l'Etat, qu'ils prennent le titre de préfet dans les DOM et à Mayotte, de Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, ou d'Administrateur supérieur à Wallis et Futuna³, ne disposent pas des mêmes prérogatives pour exercer leurs fonctions. Ils bénéficient en effet « d'une certaine spécificité juridique, plus ou moins marquée selon les statuts des différentes

¹ Rappelons que la Nouvelle-Calédonie n'est pas considérée comme une collectivité territoriale au sens de l'article 72 de la Constitution (CE Sect., 13 décembre 2006, *M. Genelle, Leb.*, p. 561 ; *JCP-ACT*, n° 1-2, 8 janvier 2007, p. 36, concl. S. Verclytte, note O. Gohin).

² Voir *supra*, pp. 226ss.

³ A Saint-Martin et à Saint-Barthélemy, un préfet délégué a été institué auprès du préfet de la Guadeloupe, afin de préparer la transition vers la mise en œuvre complète de leur nouveau statut de COM (décret n° 2007-274, 1^{er} mars 2007, *JORF*, 2 mars 2007, n° 3).

collectivités »¹. De fait, au regard des particularismes normatifs de ces collectivités, « la fonction préfectorale n'échappe pas et ne peut échapper à une forte adaptation, voire à une sorte de mutation, de *tropicalisation* ou d'*insularisation* »².

C'est évidemment dans les départements d'outre-mer que les différences institutionnelles avec les préfets métropolitains sont les plus faibles, en vertu du principe d'assimilation³. Les préfets des DOM exercent néanmoins certains pouvoirs spéciaux soit hérités du gouverneur colonial, soit apparus dans le cadre des adaptations apportées ultérieurement⁴. A Mayotte, le processus de départementalisation a entraîné une évolution de la fonction préfectorale, qui présente désormais beaucoup de similitudes avec celle exercée dans les DOM. En mars 2004, le pouvoir exécutif de la collectivité départementale a été transféré du préfet au Président du Conseil général et depuis février 2007, les actes de la collectivité sont exécutoires de plein droit, sans approbation préalable du préfet⁵. A Wallis et Futuna, en revanche, l'Administrateur supérieur du territoire reste investi de pouvoirs étendus très proches de ceux du gouverneur colonial⁶. Il disposait même, jusqu'en 2004, d'un pouvoir de tutelle sur les actes locaux, dans la mesure où les lois de décentralisation de 1982 n'avaient pas été étendues à l'archipel. Ce pouvoir lui a été retiré lorsqu'a été mis en place le tribunal administratif de Wallis et Futuna⁷.

C'est finalement en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie que les pouvoirs du Haut-Commissaire de la République sont les plus réduits, du fait des importants transferts de compétences étatiques aux deux collectivités. Ces pouvoirs demeurent toutefois essentiels en matière de contrôle de légalité : aux termes des lois organiques du 19 mars 1999 et du 27 février 2004, le Haut-Commissaire est présenté comme « le représentant de l'Etat » et « le dépositaire des pouvoirs de la République »⁸. En Polynésie, « il a la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et des

¹ LE POURHIET (Anne-Marie), « Le préfet de la République et la France d'outre-mer », in BORELLA (François), *Le préfet, 1800-2000. Gouverneur, administrateur, animateur*, Nancy, PUN, 2000, p. 43.

² *Ibid.* (les italiques figurent dans le texte d'origine).

³ L'institution préfectorale a été introduite dans les DOM par le décret n° 47-1018 du 7 juin 1947 (*JORF*, 8 juin 1947, p. 5262), soit plus d'un an après la départementalisation des quatre vieilles colonies. Entre-temps, la supervision des nouveaux DOM avait été assurée par les anciens gouverneurs coloniaux.

⁴ Ces compétences dérogatoires concernent essentiellement la sécurité, la diplomatie et le domaine économique et social. Pour plus de détails, voir CUSTOS (Dominique), « L'institution préfectorale dans les départements d'outre-mer au terme d'un demi-siècle d'existence », *RFDA*, 2000, pp. 779-783.

⁵ Art. LO 6151-1 du CGCT, issu de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

⁶ Le représentant de l'Etat est aussi le chef du territoire, assisté d'un Conseil territorial consultatif de six membres dont les rois de Wallis, d'Alo et de Sigave sont membres de droit.

⁷ En vertu de l'article 68-1 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 (*JORF*, 10 septembre 2002, p. 14934) et de l'ordonnance n° 2003-923 du 26 septembre 2003 (*JORF*, 27 septembre 2003, p. 16537).

⁸ Article 2 alinéa 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197) et article 3 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4183).

engagements internationaux, de l'ordre public et du contrôle administratif »¹ et en Nouvelle-Calédonie, il « veille à l'exercice régulier de leurs compétences par les institutions [locales] et à la légalité de leurs actes »². C'est donc sur lui que repose la garantie de l'Etat de droit dans les deux collectivités.

Au-delà des aménagements relatifs à l'étendue des compétences préfectorales dans les différentes collectivités ultra-marines, on observe également des adaptations concernant les modalités d'exercice du contrôle de légalité par le représentant de l'Etat. Ainsi, l'article 171 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française³ limite l'obligation de transmission au Haut-Commissaire aux actes les plus importants du Président et de l'Assemblée territoriale, et précise que ceux qui ne sont pas mentionnés dans cet article sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés⁴. Au regard de la jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel qui estime que le représentant de l'Etat doit être en mesure d'exercer son contrôle avant l'entrée en vigueur des actes locaux⁵, il était légitime de s'interroger sur la constitutionnalité d'une telle exception à l'obligation de transmission des actes au préfet⁶. Pourtant, le juge constitutionnel a admis la réduction du nombre des actes soumis à l'obligation de transmission, estimant qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose que le caractère exécutoire des actes des collectivités territoriales dépende, dans tous les cas, de leur transmission au représentant de l'Etat »⁷. Le juge pose en effet comme principe que « la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 est satisfaite dès lors que, outre la faculté pour les intéressés de saisir le juge administratif, le représentant de l'Etat a la possibilité d'exercer un contrôle de légalité ; qu'il appartient au législateur de mettre le représentant de l'Etat en mesure de remplir en toutes circonstances les missions que lui confie le dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution, notamment en ayant recours à des procédures d'urgence »⁸.

¹ Article 3 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *précit.* Les attributions du Haut-Commissaire en Polynésie française sont précisées dans la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4213) et dans le décret n° 2007-422 du 23 mars 2007 (*JORF*, 25 mars 2007, p. 5616).

² Article 200 alinéa 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.* Les attributions du Haut-Commissaire en Nouvelle-Calédonie sont précisées dans le décret n° 2007-423 du 23 mars 2007 (*JORF*, 25 mars 2007, p. 5620).

³ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *précit.*

⁴ Cet aménagement est sans précédent outre-mer. Même le statut de la Nouvelle-Calédonie impose la transmission au Haut-Commissaire de tous les actes locaux préalablement à leur entrée en vigueur (article 204 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *précit.*).

⁵ CC, décision n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Rec.*, p. 38 ; FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 29, p. 487.

⁶ Voir ROUX (André), « Le contrôle de l'Etat : légalité, égalité, liberté », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 73.

⁷ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux.

⁸ C'est précisément parce que la loi organique prévoit la possibilité pour le représentant de l'Etat de suspendre l'application des actes locaux qu'il estime illégaux avant tout jugement au fond, que le

Dès lors, il est probable que le juge constitutionnel tiendrait un raisonnement similaire s'il avait à connaître l'article 4 de la loi du 22 juillet 1982¹ qui organise pour sa part des dérogations aux modalités du contrôle de légalité en Alsace-Moselle. Cet article indique en effet que « demeurent exécutoires de plein droit les actes des communes de ces départements [Moselle, Bas-Rhin, Haut-Rhin] qui l'étaient à la date d'entrée en vigueur de la présente loi en vertu des dispositions applicables dans ces départements »². Comme l'observe le Professeur Woehrling, cette disposition « va directement à l'encontre de la position adoptée par le Conseil constitutionnel [dans sa décision du 25 février 1982³] puisque celui-ci regarde comme non conforme à la Constitution l'attribution de plein droit du caractère exécutoire à un acte d'une commune sans transmission préalable au représentant de l'Etat »⁴. La décision du 12 février 2004⁵ conduit toutefois à tempérer cette affirmation, le juge constitutionnel se montrant plus souple quant à l'obligation de transmission des actes locaux au représentant de l'Etat.

Il apparaît donc que le contrôle administratif des ordres juridiques infra-étatiques connaît certaines spécificités dans les collectivités dotées d'un statut et/ou d'un droit local particulier. Tel est également le cas de leur contrôle juridictionnel.

2. L'assujettissement à un contrôle juridictionnel spécifique

Comme toutes les autres collectivités territoriales de la République, les collectivités à statut et/ou droit dérogatoire sont susceptibles de voir leurs actes assujettis à un contrôle juridictionnel destiné à assurer le respect du principe de légalité. Néanmoins, le contrôle subi par les actes de ces collectivités particulières présente certaines originalités qui en modifient la forme et les modalités.

La première de ces particularités tient aux juges susceptibles de connaître des actes en question. Si le juge administratif est, en principe, seul compétent pour examiner la légalité des actes des collectivités territoriales de droit commun⁶, il doit en revanche

Conseil constitutionnel considère qu'elle répond aux exigences constitutionnelles du contrôle de légalité (CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *précit.*).

¹ Ce contrôle pourrait s'opérer sur le fondement de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (CC, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Rec.*, p. 43) qui ouvre la voie au contrôle, par voie d'exception, de la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée lorsque le texte dont le Conseil constitutionnel est saisi y fait référence. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 35, p. 590.

² Loi n° 82-623 du 22 juillet 1982, *JORF*, 23 juillet 1982, p. 2347.

³ CC, décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *précit.*

⁴ WOEHRLING (Jean-Marie), *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, fasc. 220, n° 61. Le Professeur Woehrling affirme toutefois qu'il n'est pas « inconcevable d'imaginer que, s'il avait été saisi de la question, le Conseil constitutionnel aurait admis que la Constitution tolère pour des territoires dans lesquels existe de façon traditionnelle, pour des raisons historiques, une législation particulière, une inflexion de l'interprétation de l'article 72 ».

⁵ CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *précit.*

⁶ La CJCE peut également intervenir si un acte local contrarie une disposition du droit communautaire. Pour leur part, le juge pénal et le juge civil peuvent apprécier la légalité des actes administratifs dans

partager cette compétence avec le Conseil constitutionnel s'agissant des actes adoptés par les autorités territoriales de Nouvelle-Calédonie. En effet, les lois du pays telles que définies par l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999¹ sont soumises au contrôle exclusif du Conseil constitutionnel², qui dispose en la matière de prérogatives identiques à celles exercées lors du contrôle des lois ordinaires³. Il s'agit donc, dans ce cas, d'un véritable contrôle de constitutionnalité. Les autres actes des autorités territoriales relèvent, pour leur part, du juge administratif⁴. Il faut préciser, à cet égard, que les juridictions administratives ultra-marines obéissent parfois à une organisation particulière, adaptée aux spécificités juridiques de la collectivité de leur ressort⁵. Si toutes les collectivités à statut dérogatoire possèdent aujourd'hui de véritables juridictions administratives⁶, ces dernières conservent ainsi une certaine singularité par rapport à leurs homologues de métropole.

La seconde originalité du contrôle de légalité des actes des collectivités à statut et/ou droit dérogatoire réside dans les modalités particulières de ce contrôle. Sur ce point, l'exemple des actes locaux intervenant dans le domaine de la loi paraît significatif. Il semble en effet que le législateur ait voulu moduler le contrôle juridictionnel de ces actes, afin de prendre en compte le caractère matériellement législatif de ces actes administratifs⁷. La loi prévoit ainsi des modalités de contrôle particulières pour les actes expérimentaux adoptés par les collectivités territoriales sur le fondement de

certaines conditions (TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets, Leb.*, p. 638 ; TC, 30 octobre 1947, *Barinstein, Leb.*, p. 511).

¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

² Saisi d'une loi du pays après sa promulgation, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie s'est déclaré incompétent au motif que cette loi « constitue clairement un acte législatif » et « n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge pour excès de pouvoir » ((TA Nouvelle-Calédonie, 2 mars 2000, *M. Bensimon*, req. n° 9900452 ; TA Nouvelle-Calédonie, 13 décembre 2001, *M. Cortot et autres*, req. n° 01-0101).

³ Voir *supra*, pp. 275ss.

⁴ Articles 204 à 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

⁵ Le Code de justice administrative comporte des dispositions spécifiques aux juridictions administratives d'outre-mer ; il s'agit essentiellement de dispositions concernant le ressort, la composition, la procédure et l'exercice des attributions consultatives des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. A cet égard, voir DIEMERT (Stéphane), « Tribunaux administratifs d'outre-mer », *Jurisclasseur Justice administrative*, fasc. 22 ; MOYRAND (Alain), « Le tribunal administratif de Papeete et l'équilibre institutionnel de la Polynésie française », *Revue juridique polynésienne*, n° 1, 1994, pp. 131-146.

⁶ Tel n'était pas le cas jusqu'à une période récente. En Polynésie française, le tribunal administratif de Papeete a été créé en 1984 (en vertu de la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984, *JORF*, 7 septembre 1984, p. 2831) pour succéder au Conseil du contentieux administratif qui ne disposait pas de la plénitude de compétence dévolue à une véritable juridiction administrative. Mayotte, pour sa part, dispose d'un tribunal administratif de plein exercice depuis 1988 (loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, *JORF*, 1^{er} janvier 1988, p. 7). A Wallis et Futuna, ce n'est qu'en 2004 que le Conseil du contentieux administratif a été transformé en tribunal administratif, juge de droit commun du premier degré (aux termes de l'article 68-1 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, *JORF*, 10 septembre 2002, p. 14934 ; et de l'ordonnance n° 2003-923 du 26 septembre 2003, *JORF*, 27 septembre 2003, p. 16537).

⁷ En ce sens, voir BROSSET (Estelle), « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 730-736.

l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, et pour les actes des COM intervenant dans le domaine de la loi en vertu de l'article 74 de la Constitution ¹.

S'agissant des actes liés à l'exercice du droit à l'expérimentation des collectivités territoriales, leur contrôle est soumis à certaines singularités procédurales prévues par la loi organique du 1^{er} août 2003 ². Aux termes de l'article LO 1113-4 du Code général des collectivités territoriales, le représentant de l'Etat a en effet la faculté de demander, à l'appui de son recours, une suspension de l'acte qui devra être automatiquement accordée par le tribunal administratif ³. Bien qu'elle ne soit pas inconnue en droit administratif ⁴, cette procédure de suspension automatique à la demande du préfet va à l'encontre du caractère exécutoire des décisions administratives. Le droit commun prévoit en effet que la suspension d'un acte administratif n'est accordée par le juge que lorsqu'il existe un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. De ce fait, le contrôle des actes expérimentaux se trouve incontestablement renforcé. Comme l'indique le Professeur Verpeaux, « ce régime dérogatoire au contrôle de légalité » est « explicable par le caractère dérogatoire de ces actes [...]. Un peu comme si ce qui avait été octroyé d'une main est surveillé de manière ferme par l'autre » ⁵.

En revanche, le contrôle de légalité opéré sur les actes pris par les COM dans le domaine de la loi se trouve réduit. L'article 74 alinéa 8 de la Constitution rend en effet possible, dans les COM dotées de l'autonomie, l'organisation d'un « contrôle juridictionnel spécifique » dont la singularité tient non seulement à la compétence exclusive du Conseil d'Etat, sollicité en premier et dernier ressort, mais également à la limitation des possibilités de contrôle. Sur ce fondement constitutionnel, l'article 180 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française prévoit ainsi que les lois du pays polynésiennes « ne sont susceptibles d'aucun recours par

¹ Les délibérations adoptées par les DOM dans le domaine de la loi en application de l'article 73 alinéa 3 de la Constitution ne semblent pas faire l'objet d'un contrôle particulier, si ce n'est que les recours dirigés contre elles sont portés devant le Conseil d'Etat, et non devant le tribunal administratif (art. LO 4435-7 al. 3 CGCT, issu de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121).

² Loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation des collectivités territoriales, *JORF*, 2 août 2003, p. 13217. Voir VERPEAUX (Michel), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP (Administration et collectivités territoriales)*, n° 20, 10 mai 2004, pp. 655-663 ; PONTIER (Jean-Marie), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, pp. 1715-1723.

³ En l'absence de décision du juge du fond dans un délai d'un mois, l'acte redevient exécutoire. Une suspension trop longue de l'acte pourrait en effet s'apparenter à « un retour en force de la tutelle administrative incompatible avec la libre administration des collectivités locales » (ROUX (André), *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, p. 77).

⁴ La procédure de suspension automatique des actes administratifs est ainsi prévue à l'article L.2131-6 du CGCT pour les actes intervenant en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public, ainsi qu'à l'article L.4423-1 pour les délibérations de l'Assemblée de Corse ayant pour objet d'adapter les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île.

⁵ VERPEAUX (Michel), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP (Administration et collectivités territoriales)*, n° 20, 10 mai 2004, p. 662.

voie d'action après leur promulgation »¹. Une telle disposition exclut tout recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif², mais également tout recours devant le juge judiciaire – pénal ou civil – au cas où les dispositions d'une loi du pays porteraient atteinte aux droits et libertés d'un individu soumis à la législation polynésienne³. Une telle interdiction constitue un véritable recul de l'Etat de droit, dans la mesure où une personne ayant un intérêt à agir n'a désormais plus accès au juge à l'encontre des lois du pays qui lui font grief et se trouve ainsi privée de son droit au recours effectif⁴ à l'encontre de dispositions pourtant susceptibles de porter gravement atteinte à ses droits et libertés en Polynésie. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré l'article 180 de la loi organique, estimant que le législateur avait prévu la possibilité de saisir le Conseil d'Etat par voie d'exception pour connaître de la légalité des « lois du pays » et « qu'une telle procédure met[tait] en œuvre le huitième alinéa de l'article 74 de la Constitution, qui soumet ces actes à un contrôle juridictionnel spécifique »⁵.

La pertinence d'une telle interprétation est loin d'être établie, notamment au regard de la jurisprudence constitutionnelle antérieure. Dans sa décision n° 96-373 du 9 avril 1996 qui était également relative au statut d'autonomie de la Polynésie française⁶, le Conseil constitutionnel avait en effet censuré une disposition du statut limitant les possibilités de recours contre les actes pris en application des délibérations de l'assemblée polynésienne⁷. Le juge constitutionnel s'était alors fondé sur l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 pour estimer que « le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique des décisions de l'assemblée ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours

¹ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183.

² Ce qui contrevient aux principes généraux du droit administratif, en vertu de la jurisprudence CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, *Leb.*, p. 110 (voir LONG (Marceau) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, n° 64).

³ Ce qui contrevient, pour le juge pénal, à la jurisprudence TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarests* (*Leb.*, p. 638 ; *RA*, 1951, p. 492, note G. Liet-Veaux ; *Dalloz*, 1952, p. 271, note Ch. Blaevoët), confortée par l'article 111-5 du nouveau Code pénal qui organise le recours en appréciation de légalité des actes administratifs devant le juge pénal. Pour le juge civil, cette disposition de la loi organique contrevient à la jurisprudence TC, 30 octobre 1947, *Barinstein* (*Leb.*, p. 511 ; *JCP*, 1947, II, p. 3966, note M. Fréjaville ; *RDP*, 1948, p. 86, note M. Waline) qui prévoit le recours en appréciation de légalité devant le juge civil au cas où les dispositions d'un acte administratif porteraient une atteinte grave aux libertés fondamentales du requérant – en l'espèce le droit de propriété et la liberté individuelle.

⁴ Pourtant garanti par la Convention européenne des Droits de l'Homme, dont l'article 13 prévoit que « toute personne dont les droits et libertés ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». La Cour de justice des Communautés européennes consacre également le contrôle juridictionnel comme l'expression « d'un principe général du droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » (CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, Aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651 ; *RFDA*, 1988, p. 691, note Dubouis).

⁵ CC, décision n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux.

⁶ CC, décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43 ; *AJDA*, 1996, p. 371, note O. Schrameck.

⁷ A cet égard, voir PORTEILLA (Raphaël), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDA*, 1999, pp. 30-32.

juridictionnel »¹. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003, en prévoyant la possibilité d'un « contrôle juridictionnel spécifique » des actes adoptés dans le domaine de la loi par les collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie, a donc conduit à assouplir la jurisprudence constitutionnelle en la matière. Tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel au terme de sa décision du 15 mars 1999, le nouvel article 74 alinéa 8 de la Constitution légitime en effet la diminution des garanties de contrôle juridictionnel des lois du pays polynésiennes.

Il paraît malvenu, dans ce cadre, que ce « contrôle juridictionnel spécifique » ait été étendu aux nouvelles COM de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin par la loi organique du 21 février 2007². Lors de l'examen du projet de loi, le Conseil d'Etat avait pourtant estimé qu'il n'existait pas de motif suffisant pour ne pas appliquer aux actes de ces deux collectivités le régime de contrôle juridictionnel de droit commun³. De fait, la réduction des possibilités de contrôle des actes des collectivités dotées d'un statut dérogatoire pourrait être dangereuse pour la protection des droits fondamentaux, d'autant que ces actes sont soumis au respect d'un bloc de légalité distinct de celui applicable aux actes des collectivités territoriales de droit commun.

B. Le respect d'un bloc de légalité distinct

Bien que le contrôle auquel ils sont soumis soit quelque peu aménagé, les actes des collectivités locales de statut et/ou de droit dérogatoire demeurent assujettis au principe de légalité. Encore faut-il déterminer quelles sont les normes qui s'imposent à eux et dont le juge, en cas de conflit, doit assurer le respect. S'agissant d'actes réglementaires⁴ (à l'exception des lois du pays de Nouvelle-Calédonie), ils devraient *a priori* être conformes aux principes généraux du droit, aux lois, aux conventions internationales et aux normes de valeur constitutionnelle. Ce schéma pyramidal connaît toutefois certaines adaptations liées aux spécificités des actes locaux en question.

La première de ces adaptations découle de la mise en œuvre du principe de spécialité législative dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution⁵. En vertu de ce principe, le droit national n'est applicable dans les COM que s'il le prévoit expressément. Font toutefois exception à la règle les « lois de souveraineté », applicables de plein droit sur l'ensemble du territoire national. Dès

¹ CC, décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *précit*.

² Art. LO 6243-4 et LO 6343-4 du CGCT issus de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

³ Voir Conseil d'Etat, *Rapport public 2007*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 51.

⁴ En vertu de la jurisprudence CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui* (*Leb.*, p. 138 ; *AJDA*, 1970, p. 320, note R. Denoix de Saint Marc et P. Labetoulle) confirmée in CE, 15 janvier 1992, *Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française* (*Leb.*, p. 20 ; *RRJ*, 1993, p. 291, note A. Boyer) et plus récemment encore in CE, 15 février 2002, *Elections à l'Assemblée de la Polynésie française* (*Leb.*, p. 40 ; *LPA*, n° 95, 13 mai 2002, p.4, note J.-P. Camby).

⁵ Sur le principe de spécialité législative, voir *supra*, pp. 241ss.

lors, dans les COM, les contours du bloc de légalité s'imposant aux actes locaux sont dessinés par ces « lois de souveraineté » (1).

La seconde adaptation du bloc de légalité classique résulte de la multiplication des normes législatives et constitutionnelles elles-mêmes dérogatoires, s'imposant de manière spécifique et exclusive à certains ordres juridiques infra-étatiques. Ainsi, l'article 77 de la Constitution s'applique uniquement à la Nouvelle-Calédonie, tandis que l'article 74 ne concerne que les COM. Dès lors, les actes adoptés par ces collectivités obéissent à des normes de référence différenciées (2), constitutives d'un bloc de légalité distinct.

1. L'applicabilité de plein droit des « lois de souveraineté »

Le principe de spécialité législative qui s'applique aux collectivités d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution repose sur la distinction entre lois de souveraineté, applicables de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République, et lois d'application expresse, qui ne le sont outre-mer que si elles le précisent en désignant la collectivité concernée. La notion de « lois de souveraineté » n'est pas nouvelle. Elle était déjà utilisée pendant la période coloniale pour désigner les normes ayant vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national¹. Bien que son appellation puisse prêter à confusion², elle demeure usitée aujourd'hui par la doctrine qui voit dans cette catégorie de normes la garantie de l'unité de l'Etat et de l'égalité des citoyens devant la loi. Comme l'indique le Professeur Luchaire, « il est possible de concevoir des règles différentes pour les diverses portions du territoire mais, en toutes hypothèses, un minimum de règles communes est indispensable : ce sont celles qui traduisent l'appartenance d'un territoire à une communauté nationale »³.

En dépit de leur importance, les lois de souveraineté n'ont jamais fait l'objet d'une définition précise. Il s'agit, encore aujourd'hui, d'une catégorie juridique floue dont les contours ont été progressivement esquissés par le Conseil d'Etat, la Cour de Cassation et, plus récemment, le Conseil constitutionnel. Aux termes de la jurisprudence, sont applicables de plein droit à l'ensemble du territoire national les règles constitutionnelles⁴, les traités⁵, les règles relatives à la compétence des pouvoirs publics⁶, les règles relatives au fonctionnement des institutions nationales

¹ LAMPUE (Pierre), *Droit d'Outre-Mer et de la Coopération*, Paris, Dalloz, 1969, p. 100.

² Il s'agit d'une expression consacrée que l'on ne discutera pas, bien qu'elle ait été contestée au motif que toute loi constitue un acte de souveraineté. En ce sens, voir LUCHAIRE (François), « Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer », *RDP*, 1994, p. 1622.

³ LUCHAIRE (François), « Application de la loi outre-mer », *Jurisclasseur civil*, n° 127.

⁴ CE, 21 mai 1864, *Leb.*, p. 164 ; Cass. civ. 10 juin 1912, *Dalloz*, 1913, p. 465.

⁵ Les traités sont applicables de plein droit sur l'ensemble du territoire national, sauf réserve ou clause expresse contraire (CE Sect., 14 mai 1993, *Mme Smets*, *AJDA*, 1993, p. 500, concl. C. Vigouroux).

⁶ CE, 25 novembre 1938, *Penant*, 1945, I, p. 97. Plusieurs auteurs se fondent sur cet arrêt pour inclure dans les lois de souveraineté l'ensemble des lois organiques (en ce sens, voir ORFILA (Gérard), *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2000,

dont la compétence s'étend outre-mer¹ et les textes portant statut de certains personnels de la fonction publique². S'y ajoutent les lois pénales, les lois relatives à la sécurité et à la défense de la nation, et les principes généraux du droit³. Ainsi, les lois de souveraineté telles que définies par la jurisprudence regroupent des normes distinguées à la fois au regard de leur valeur normative et au regard de leur contenu⁴. Comme le résume la circulaire du 21 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer⁵, les lois de souveraineté sont celles « qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République »⁶.

p. 69 ; MATUTANO (Edwin), « Actualité d'une notion en mutation : les lois de souveraineté », *RFDC*, n° 63, 2005, p. 520). Une telle interprétation paraît néanmoins extensive, dans la mesure où certaines lois organiques portent sur des matières qui ont été transférées à certaines COM. C'est pourquoi le Professeur Luchaire estimait, à juste titre, que « l'application de plein droit outre-mer dépend de l'objet de chaque loi organique » (LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, p. 68).

¹ Sont concernées les règles relatives aux institutions constitutionnelles (Président de la République, Gouvernement, Parlement, Conseil économique et social, Conseil Constitutionnel) ainsi que celles relatives au Conseil d'Etat (CE Sect., 3 juillet 1914, *Elections au Conseil d'arrondissement de Dinh-Toi, Leb.*, p. 810), à la Cour de Cassation (Cass. civ., 15 novembre 1911, *Penant*, 1912, I, p. 39 ; CE, 13 mars 2006, *Da Silva, Leb.*, p. 145) et au Tribunal des conflits.

² CE, 8 avril 1911, *Sieur Blaquièrre, Leb.*, p. 456 ; CE Sect., 29 avril 1987, *Sieur Douheret, Leb.*, p. 159 ; CE, 3 décembre 1948, *Louys, Dalloz*, 1949, I, p. 553, note Rolland.

³ Certains auteurs ont eu quelques réticences à accepter l'applicabilité directe des PGD outre-mer, en particulier aux actes locaux intervenant dans le domaine législatif (en ce sens, voir FAVOREU (Louis), RENOUX (Thierry), *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, Coll. droit public, 1992, p. 18). Néanmoins, le juge administratif a consacré l'application directe outre-mer de nombreux PGD, comme le principe du double degré de juridiction (CE Sect., 4 février 1944, *Vernon, Leb.*, p. 46), la non-rétroactivité des actes administratifs (CE, 22 décembre 1976, *Union patronale de la Polynésie française, Leb.*, p. 571), l'égalité devant le service public (CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui, Leb.*, p. 138), l'égalité devant les charges publiques (CE, 3 février 1975, *Rabot, Leb.*, p. 81), l'égalité devant la loi (CE Sect., 28 novembre 1980, *Syndicat des fonctionnaires de catégorie A de la Nouvelle-Calédonie, Leb.*, p. 445), l'égalité devant la justice (CE Ass., 22 janvier 1984, *Butin, Leb.*, p. 27 ; CE Ass., 22 janvier 1982, *Ah Won, Leb.*, p. 33 ; *RDP*, 1982, p. 816, note R. Drago et concl. A. Bacquet), la liberté d'aller et de venir (CE, 9 novembre 1992, *Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française et Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, Leb.*, p. 399), ou encore la liberté du commerce et de l'industrie (CE, 17 février 1967, *Compagnie maritime auxiliaire d'outre-mer, Leb.*, p. 79 ; CE, 9 novembre 1988, *Territoire de la Polynésie française c. Compagnie Tahitienne Maritime, Leb.*, p. 406 ; *RDP*, 1989, p. 242, concl. E. Guillaume ; CE Sect., 13 mai 1994, *Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, Leb.*, p. 234 ; *RDP*, 1994, p. 1557, concl. F. Scanvic). Le Conseil constitutionnel a également indiqué que les lois du pays de Polynésie française devaient être édictées dans le respect des principes généraux du droit (CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux).

⁴ Pour plus de précisions, voir MATUTANO (Edwin), « Actualité d'une notion en mutation : les lois de souveraineté », *RFDC*, n° 63, 2005, pp. 519-527.

⁵ *JORF*, 24 avril 1988, p. 5454. Cette circulaire, complétée par celle du 15 juin 1990 (*JORF*, 31 juillet 1990, p. 9209), recense les lois de souveraineté les plus usuellement acceptées, sans prétendre à l'exhaustivité ni donner aucune définition générale de la notion.

⁶ Dans le même sens, le Professeur Orfila indique que « les lois applicables de plein droit le sont parce qu'elles traitent de questions qui ne sauraient faire l'objet de textes différents selon la partie du territoire national concernée » (ORFILA (Gérard), *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 71).

Sans qu'elles prennent expressément le titre de « lois de souveraineté », d'autres règles répondent également à une telle définition : il s'agit des règles qui ont été jugées applicables de plein droit en Alsace-Moselle après 1919, sans nécessiter de mesure d'introduction dans l'ordre juridique local. Cette catégorie regroupe les règles de valeur constitutionnelle, ainsi que les règles « inhérentes à la souveraineté française », c'est-à-dire relatives au fonctionnement des pouvoirs publics ou liées à la sauvegarde de l'ordre public¹. Comme pour les lois de souveraineté *stricto sensu*, l'étendue exacte des règles applicables de plein droit en Alsace-Moselle n'est pas aisée à déterminer. La jurisprudence qui en usait souvent entre les deux guerres n'offre désormais plus beaucoup d'illustrations de cette notion. Celle-ci n'est pourtant pas tombée en désuétude et il y a lieu d'y recourir chaque fois que la non application en Alsace-Moselle d'une norme de droit général heurte les valeurs de l'ordre juridique national.

Ainsi, les règles nationales d'applicabilité directe dans les collectivités disposant d'un droit local propre semblent constituer un bloc de légalité spécifique, distinct de celui applicable aux autres collectivités territoriales de France. Cette spécificité se trouve encore accentuée par les récentes évolutions législatives et constitutionnelles relatives à l'outre-mer. En effet, les derniers textes statutaires relatifs à Mayotte et à la Polynésie française procèdent à une délimitation des lois de souveraineté qui est désormais variable en fonction de la collectivité concernée². Ainsi, l'article 3 de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte³ dispose qu'outre les « lois, ordonnances et décrets qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire national », sont applicables de plein droit à la collectivité départementale les lois, ordonnances et décrets portant sur plusieurs matières expressément énumérées⁴. Ce dispositif *sui generis* précise donc quelles sont les lois de souveraineté directement applicables à Mayotte. A l'évidence, la liste fournie par le législateur dépasse nettement les limites admises par la jurisprudence. Le bloc de légalité applicable à Mayotte se trouve donc être plus large que celui applicable à Wallis et Futuna ou en Nouvelle-Calédonie⁵.

Pour sa part, l'article 7 alinéa 2 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française adopte une définition strictement matérielle des lois de

¹ A cet égard, voir WOEHRLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisque droit administratif*, fasc. 122-1, n° 62-64.

² En ce sens, voir MATUTANO (Edwin), « Actualité d'une notion en mutation : les lois de souveraineté », *RFDC*, n° 63, 2005, pp. 527-537.

³ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, *JORF*, 13 juillet 2001, p. 11199.

⁴ Ces matières recouvrent la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, le droit pénal, la procédure pénale, la procédure administrative contentieuse et non contentieuse, le droit électoral, les postes et télécommunications, l'organisation et l'administration des conseils généraux, et les règles relatives aux juridictions financières.

⁵ La loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*JORF*, 21 mars 1999, p. 4197) n'indique rien quant aux lois de souveraineté applicables en Nouvelle-Calédonie. La loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 relative à Wallis et Futuna (*JORF*, 30 juillet 1961, p. 7019) se contente, en son article 4, de consacrer l'existence et l'applicabilité à l'archipel des lois de souveraineté telles que définies par la jurisprudence.

souveraineté¹. Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel a précisé que l'énumération faite par le législateur organique « ne saurait être entendue comme excluant les autres textes qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République »². Si le juge constitutionnel reprend ici la définition générale des « lois de souveraineté », force est néanmoins de constater que la liste des lois directement applicables en Polynésie ne coïncide pas avec celle qui résulte de la loi du 11 juillet 2001. La délimitation des lois de souveraineté et, par suite, du bloc de légalité, varie donc en fonction de la collectivité d'outre-mer concernée. Une telle évolution ne peut d'ailleurs qu'être renforcée par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003³, qui « a donné un fondement constitutionnel à l'appréciation, au cas par cas et indépendamment des éléments dégagés par la jurisprudence, de la notion de "lois de souveraineté" »⁴. Faut-il pour autant en conclure que la révision constitutionnelle de 2003 a porté un coup décisif à l'unité du bloc de légalité en France ? La question mérite d'autant plus d'être posée que les modifications successives de la Constitution depuis 1998 ont entraîné une différenciation accrue des normes de référence à l'égard des collectivités locales.

2. La prévalence de normes de référence différenciées

Outre l'existence de lois de souveraineté, un deuxième facteur contribue à la diversification du bloc de légalité imposable aux collectivités dotées d'un statut et/ou d'un droit local dérogatoire. Ce deuxième facteur résulte de la limitation de l'applicabilité territoriale de certaines normes constitutionnelles, conventionnelles et législatives. De fait, certaines règles de valeur supra-réglementaire qui, au demeurant, devraient s'imposer aux actes de l'ensemble des collectivités territoriales, ne reçoivent application – ou ne sont destinées à s'appliquer – que dans certaines parties du territoire national. Il en est ainsi des lois ordinaires et des lois organiques portant statut des différentes collectivités d'outre-mer, comme des dispositions de la Constitution

¹ « [...] sont applicables de plein droit en Polynésie française, sans préjudice de dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives : 1) A la composition, l'organisation, le fonctionnement et les attributions des pouvoirs publics constitutionnels de la République, du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, du Tribunal des conflits et de toute juridiction nationale souveraine, ainsi que du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants ; 2) A la défense nationale ; 3) Au domaine public de l'Etat ; 4) A la nationalité, à l'état et la capacité des personnes ; 5) Aux statuts des agents publics de l'Etat. Sont également applicables de plein droit en Polynésie française les lois qui portent autorisation de ratifier ou d'approuver les engagements internationaux et les décrets qui décident de leur publication » (loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183).

² CC, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 2004, p. 1727, note F. Luchaire ; *AJDA*, 2004, p. 356, note S. Brondel ; *RFDC*, n° 58, 2004, p. 370, note A. Roux.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ MATUTANO (Edwin), « Actualité d'une notion en mutation : les lois de souveraineté », *RFDC*, n° 63, 2005, p. 531. M. Matutano considère que la révision constitutionnelle de 2003 a ouvert la voie au « fractionnement de la notion de "lois de souveraineté" [qui] s'explique, d'une certaine manière, par la volonté de plus en plus manifeste, de la part des pouvoirs publics, d'individualiser au maximum les statuts de chacune des collectivités ultra-marines » (*op. cit.*, p. 534).

relatives aux seules collectivités ultra-marines. Il en est ainsi également du droit communautaire, qui ne s'applique que partiellement aux « pays et territoires d'outre-mer ». La limitation du champ géographique de ces différentes normes, qui sont elles-mêmes souvent dérogatoires, conforte la spécificité du bloc de légalité s'imposant aux collectivités ultra-marines.

S'il paraît peu opportun de revenir ici sur les lois statutaires dont les spécificités ont déjà été largement présentées, il semble en revanche nécessaire d'apporter quelques précisions quant à l'applicabilité différenciée du droit communautaire et du droit constitutionnel. Le droit communautaire, en premier lieu, distingue les « régions ultrapériphérique » (RUP) parmi lesquelles se placent les départements et régions d'outre-mer de l'article 73 de la Constitution¹, et les « pays et territoires d'outre-mer » (PTOM) qui regroupent les collectivités de l'article 74². Alors que les PTOM sont soumis à un régime d'association, les RUP demeurent pleinement assujettis au droit communautaire primaire et dérivé, sous réserve du respect des adaptations justifiées par le « développement économique et social de ces régions »³. Cette différence de régime juridique est lourde de conséquences quant à la marge de manœuvre dont disposent respectivement les COM et les DOM pour adapter le droit national aux spécificités locales. En effet, aux termes des articles 74 et 73 de la Constitution, il est possible aux COM comme aux DOM d'édicter, par exemple, un Code des marchés publics différent de celui applicable en métropole. Dans les DOM, néanmoins, cette adaptation normative se heurtera au nécessaire respect du droit communautaire. Comme l'indique le Professeur Gohin, « on verra assez vite les limites juridiques de l'exercice dans les collectivités de l'article 73 chaque fois que l'adaptation législative aura pour objet ou pour effet de faire diverger le droit substantiel applicable dans ces collectivités par rapport au droit communautaire »⁴. A

¹ Sept territoires de l'Union européenne rentrent dans la catégorie des RUP et peuvent ainsi bénéficier de dispositions spécifiques destinées à compenser leurs handicaps (éloignement, insularité, dépendance économique, fragmentation de leur territoire, exigüité des marchés locaux, taux de chômage élevé...). Il s'agit des quatre départements français d'outre-mer, des régions autonomes portugaises des Açores et de Madère, et de la Communauté autonome espagnole des îles Canaries.

² Des exceptions sont toutefois possibles. Ainsi, pendant la période où elle faisait partie de la catégorie des DOM, la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon a conservé le statut de PTOM. De manière similaire, il serait possible que les futures COM de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy continuent à bénéficier du régime des RUP, en dépit de leur changement de statut constitutionnel. Mayotte pourrait, pour sa part, conserver le statut de PTOM, en dépit du processus de départementalisation de la collectivité.

³ Aux termes de l'arrêt CJCE, 10 octobre 1978, *H. Hansen*, Aff. 148/77, *Rec.*, p. 1787. L'article 299 § 2 du Traité d'Amsterdam, qui fixe le régime juridique des RUP, reprend cette solution de principe en imposant au Conseil européen de tenir « compte des caractéristiques et des contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes ». Voir ZILLER (Jacques), « Champ d'application du droit communautaire et de l'Union - Application territoriale », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 470, 31 p.

⁴ GOHIN (Olivier), « Rapport de synthèse », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 205-206.

l'inverse, soumises à un bloc de légalité amputé du droit communautaire, les COM ne connaîtront pas de telles limites dans l'exercice de leur pouvoir d'adaptation.

S'agissant, en second lieu, des normes constitutionnelles applicables aux différentes collectivités ultra-marines, force est de constater que le bloc de constitutionnalité auquel ces collectivités sont soumises diffère, quant à son contenu, de celui applicable aux collectivités territoriales de droit commun. Cette différenciation apparaît clairement à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel du 15 mars 1999 relative au statut de la Nouvelle-Calédonie¹. Amené à déterminer les normes de référence applicables à la loi déferée, le juge déclare « qu'il résulte des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur ladite loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa »². Ce considérant révèle clairement que les lois relatives à la Nouvelle-Calédonie – comme, du reste, les lois du pays de Nouvelle-Calédonie³ – doivent être contrôlées non seulement au regard des normes traditionnelles du bloc de constitutionnalité mais également au regard de l'Accord de Nouméa. Il est vrai qu'à cet égard, la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 limitait la liberté de jugement du Conseil constitutionnel : en faisant expressément référence à l'Accord de Nouméa dans l'article 77 de la Constitution, le constituant estimait que le juge n'avait pas à faire respecter, en Nouvelle-Calédonie, la totalité des principes propres à l'identité française, mais ceux propres à l'identité kanake. Apparaît ainsi un « bloc constitutionnel calédonien »⁴ dont la spécificité autorise le juge constitutionnel à valider certaines dispositions législatives qui seraient déclarées contraires à la Constitution pour toute autre partie du territoire français⁵. Cet exemple⁶ est révélateur de la différenciation des normes fondamentales de référence selon l'endroit du territoire national où l'on se trouve.

Cette différenciation du bloc de légalité résulte également de la mise en place du « contrôle juridictionnel spécifique » prévu par l'article 74 alinéa 8 de la Constitution au sujet des actes des COM intervenant dans le domaine de la loi. Si la spécificité de ce contrôle se traduit, comme on l'a vu, par une restriction des possibilités de

¹ CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51 ; *AJDA*, 1999, p. 324, note J.-E. Schoettl ; *Dalloz*, n° 12, 25 mars 1999, p. 120, note M.-F. Christophe-Tchakaloff et O. Gohin.

² CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *précit.*

³ En ce sens, voir CC, décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, *Rec.*, p. 53. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 47, p. 841.

⁴ ROUSSEAU (Dominique), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1998-1999 », *RDP*, 2000, p. 23.

⁵ Il en est ainsi notamment des discriminations positives en matière d'accès à l'emploi local, contraires à l'alinéa 5 du préambule de 1946. Saisi de la disposition organique organisant la préférence calédonienne pour l'accès à l'emploi local, le Conseil constitutionnel est obligé de constater qu'elle « trouve son fondement constitutionnel dans l'Accord de Nouméa » et qu'elle est, en conséquence, valide (décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *précit.*).

⁶ On pourrait prendre également l'exemple des COM dotées de l'autonomie, qui bénéficient comme la Nouvelle-Calédonie de normes constitutionnelles qui leur sont adaptées (art. 74 al. 7 et ss).

contrôle¹, elle se manifeste également par l'élargissement des normes de référence applicables aux actes locaux dont il est question. En effet, aux termes de l'article 176-III de la loi organique du 27 février 2004, le Conseil d'Etat est appelé à se prononcer sur la conformité des lois du pays polynésiennes « au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit »². *A priori*, ce bloc de légalité est identique à celui auquel sont soumis les autres actes administratifs. Cependant, en incluant expressément la Constitution dans les normes de référence, la loi organique exclut implicitement à leur égard la mise en œuvre de l'écran législatif³. Les lois du pays de Polynésie française se trouvent donc soumises à un contrôle de légalité *et* de constitutionnalité exercé par un juge unique, le Conseil d'Etat.

Il apparaît ainsi, eu égard à la spécificité des normes de référence s'imposant aux actes locaux des collectivités à statut dérogatoire, que l'unité du bloc de légalité en France relève désormais de l'illusion. Cette variabilité des normes de référence participe à l'évidence à la singularisation de chaque collectivité d'outre-mer, dans l'esprit des révisions constitutionnelles de 1998 et de 2003⁴. Elle contribue pourtant à la complexification du contrôle de légalité et, par suite, à l'accroissement de l'insécurité juridique. Peut-être faudrait-il alors envisager d'aménager un régime contentieux commun pour l'ensemble des actes adoptés par ces collectivités particulières, ou tout au moins pour ceux intervenant dans le domaine de la loi ? Mme Brosset suggère à cet égard que le juge administratif intègre systématiquement les principes constitutionnels dans ses normes de référence lorsqu'il est amené à contrôler de tels actes⁵. Une telle extension du bloc de légalité contribuerait en effet à la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis, à l'encontre du contenu des actes dérogatoires. Ce n'est pourtant pas la solution retenue systématiquement par le législateur : si la loi organique du 21 février 2007 soumet les actes des COM de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin à un contrôle de constitutionnalité par le juge administratif⁶, elle n'impose pas, en revanche, à ce dernier d'opérer un contrôle de constitutionnalité lorsqu'il est saisi d'actes adoptés par les DOM dans le domaine de la loi sur le fondement de leur pouvoir d'adaptation

¹ *Supra*, pp. 263ss.

² Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183. Cette disposition est reprise *in extenso* par la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121) qui organise le contrôle des actes adoptés dans le domaine de la loi par les COM de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin.

³ Sur la théorie de la loi-écran, voir FRIER (Pierre-Laurent), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 3^{ème} éd., 2004, pp. 44-45.

⁴ Lois constitutionnelles n° 98-610 du 20 juillet 1998 (*JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143) et n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JORF*, 29 mars 2003, p. 5568).

⁵ BROSSET (Estelle), « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 733-736.

⁶ Art. LO 6243-4 et LO 6343-4 du CGCT.

législative¹. Une telle distinction paraît infondée, à moins qu'il faille y voir la volonté de préserver l'unité du bloc de légalité pour les actes adoptés par les collectivités territoriales de droit commun et par les départements d'outre-mer, au nom du principe d'assimilation législative.

Finalement, l'existence d'un bloc de légalité aménagé est révélateur de la difficulté, pour les autorités étatiques, de déterminer le degré de différenciation juridique admissible au sein de l'Etat. Le pluralisme juridique se voit en effet limité par l'affirmation de normes indérogeables qui s'imposent aux ordres juridiques non-étatiques, mais il demeure à l'évidence malaisé de définir précisément le contenu de ce noyau juridique commun à l'ensemble des ordres juridiques applicables en France. Peut-être pourrait-on recourir, pour ce faire, à la notion de *jus commune* développée dans le cadre du droit communautaire et européen². Ce *jus commune*, formalisé par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le 7 décembre 2000³, se présente comme le ferment de la « communauté de droit »⁴ que les pères fondateurs avaient en vue lorsqu'ils créèrent les communautés européennes dans les années 1950. Il regroupe l'ensemble des normes et des principes de protection des droits de l'homme érigés en un système de valeurs commun aux vingt-sept Etats membres et leur permettant « d'être unis dans la diversité »⁵.

En France, ce *jus commune* partagé par l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques minoritaires prend la forme de droits et de principes fondamentaux qui pourraient bien être le cœur de « l'identité constitutionnelle de la France »⁶. Le contenu de cette « identité constitutionnelle » va toutefois au-delà de ces droits fondamentaux, dans la mesure où il intègre également les principes fondateurs de la République, dont la résistance constitue une limite supplémentaire au pluralisme juridique.

¹ Article 1^{er} de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *précit*.

² Sur cette notion en droit communautaire et européen, voir notamment SALVIA (Michele de), « L'élaboration d'un "jus commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Wiarda*, Cologne, Carl Heymans Verlag KG, 1988, pp. 555-563 ; SALAS (Denis), « Vers un droit commun européen ? », in TEITGEN-COLLY (Catherine) dir., *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 285-318.

³ Ce processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux devait connaître son couronnement avec l'adoption de la « Constitution européenne » qui prévoyait l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (art. I-9 al. 2) et concourait ainsi à l'affermissement d'un ordre constitutionnel européen fondé sur les droits de l'homme. Voir ROSSI (Lucia Serena), « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 38, 2002, pp. 27-52.

⁴ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1365.

⁵ Comme le rappelait le préambule du projet de Constitution européenne.

⁶ Selon l'expression utilisée par le Conseil constitutionnel dans deux décisions récentes (n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Rec.*, p. 88 ; n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Rec.*, p. 120). Voir VERPEAUX (Michel), « Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi "Droit d'auteur" », *JCP*, n° 16, 2007, pp. 34-37 ; CHALTIEL (Florence), « Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 504, 2007, pp. 61-65.

SECTION 2. LA RÉSISTANCE DES PRINCIPES FONDATEURS DE LA RÉPUBLIQUE

Les différentes manifestations du pluralisme juridique se sont développées au détriment des principes juridiques qui irriguent le droit français depuis la Révolution et constituent le fondement de la tradition juridique nationale¹. La reconnaissance juridique du multiculturalisme de la population française, l'accroissement de l'autonomie normative des collectivités territoriales et l'édiction de droits collectifs différenciés contrarient en effet le triptyque républicain fondé sur l'unité de la nation, l'indivisibilité du territoire et l'égalité des citoyens².

Au regard de ces évolutions pluralistes, il paraît légitime, à la suite du Professeur Rouland, de se poser la question suivante : « la République [...] doit-elle s'évanouir dans la farandole des particularismes ? »³. Autrement dit, la prise en compte juridique de la pluralité culturelle et ethnique de la population nationale implique-t-elle nécessairement une remise en cause des principes fondateurs de la République ? Au demeurant, le maintien de la cohésion sociale et territoriale de l'Etat semble imposer la sauvegarde des principes républicains les plus essentiels. C'est du reste l'argumentation qu'utilisent les partisans du monisme juridique, en affirmant l'indisponibilité des principes d'unité, d'indivisibilité et d'égalité⁴ : ces principes seraient constitutifs d'une « tradition républicaine » intouchable dont le Conseil constitutionnel serait désormais le dépositaire⁵.

Une telle hypothèse ne paraît pourtant corroborée ni par les faits, ni par la jurisprudence⁶. Elle conduirait même à remettre en cause le principe, énoncé dans la Constitution de 1793, selon lequel « un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution ; une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures »⁷. Dès lors, on ne peut considérer les principes fondateurs de la République qui figurent dans les textes constitutionnels depuis la Révolution comme autant de principes intangibles ; bien au contraire, leur résistance ne s'explique que

¹ Voir notamment ROULAND (Norbert), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 387-397.

² Voir *supra*, pp. 38ss.

³ ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 188.

⁴ En ce sens, estimant que le principe d'indivisibilité de la République est indissociable du principe de souveraineté nationale et, à ce titre, ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle, voir MARCOU (Gérard), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 48-49.

⁵ Bien qu'il ait refusé de consacrer cette expression en tant que telle : la « tradition républicaine » n'a valeur constitutionnelle que pour autant que cette tradition a donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CC, décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Rec.*, p. 119). Voir RUDELLE (Odile), « La tradition républicaine », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 111-121.

⁶ L'indisponibilité de certains principes constitutionnels conduirait à reconnaître l'existence d'une supraconstitutionnalité que le Conseil constitutionnel a réfutée dans sa décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 (*Rec.*, p. 293 ; *RDP*, 2003, p. 675, note J.-P. Camby ; *RDP*, 2003, p. 725, note D. Maillard Desgrees du Loû).

⁷ Article 28 du préambule de la Constitution du 24 juin 1793.

par leur adaptation aux évolutions sociales¹. Il semble en effet impossible de reformuler la conception du droit dans une optique pluraliste sans modifier, dans le même temps, le sens et la portée des concepts de pouvoir, de souveraineté et de démocratie².

Dans ce cadre, si l'unité, l'indivisibilité et l'égalité constituent encore les principaux paradigmes de la pensée juridique en France, c'est précisément parce que leur acception a évolué dans le nouveau contexte pluraliste. C'est donc à la lumière de cette évolution que doivent désormais s'apprécier la préservation de l'unité du peuple (§ 1) et la sauvegarde de l'unité de l'Etat (§ 2).

§ 1. La préservation de l'unité du peuple

L'unité du peuple français fait partie de ces principes dont la mention perdure dans le droit constitutionnel depuis la Révolution, en dépit des changements de Constitutions et des révisions constitutionnelles successives³. Cette permanence n'est pas sans lien avec la préservation du modèle de l'Etat-nation, en vertu duquel « l'État est la personnification juridique de la Nation »⁴. Comme l'indique le Professeur Grewe, ces concepts sont « étroitement enchevêtrés [...]. De l'indivisibilité de la République on passe à celle de la souveraineté, laquelle renvoie à l'unité de la Nation ainsi qu'au peuple souverain qui est composé, selon la Constitution de 1793 (art. 7), de l'universalité des citoyens français. On comprend alors mieux la construction de l'article premier de la Constitution de 1958 qui, après avoir caractérisé la République, évoque aussitôt les citoyens et leur égalité devant la loi »⁵.

C'est précisément cet amalgame théorique entre l'Etat, la nation et le peuple que remettent en cause les revendications identitaires⁶. La progression du pluralisme juridique semble en effet marquer « la disparition d'un mythe pourtant profondément enraciné dans la culture politique française, celui de "la République une et

¹ Comme l'indique le Professeur Rousseau, « une Constitution n'est jamais un événement mais toujours un processus, un projet inachevé sur lequel une société "travaille" pour redéfinir sans cesse son identité » (ROUSSEAU (Dominique), « Organisation territoriale de la France : une recomposition inachevée », *Confluences Méditerranée*, n° 36, hiver 2000-2001, p. 80).

² En ce sens, voir THUOT (Jean-François), « Déclin de l'Etat et formes postmodernes de la démocratie », *Revue québécoise de science politique*, n° 26, 1994, pp. 75-102.

³ Il est significatif, à cet égard, que le préambule de la Constitution de 1958 s'ouvre sur les mots suivants : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale [...] ».

⁴ Selon la célèbre formule d'ESMEIN (Adhémar), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, tome 1, Paris, Sirey, 1927, pp. 1-2.

⁵ GREWE (Constance), « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, p. 1349.

⁶ A cet égard, voir notamment LAPIERRE (Jean-William), « L'Etat-nation : la crise du trait d'union », in BIDÉGARAY (Christian) dir., *Europe occidentale. Le mirage séparatiste*, Paris, Economica, Coll. Politique comparée, 1997, pp. 99-109.

indivisible” »¹. De fait, le maintien de statuts personnels distincts, l’apparition de citoyennetés différenciées, la multiplication des aménagements de nature particulariste se présentent comme autant de menaces à l’unité du peuple et de la nation.

Au regard de ces évolutions pluralistes, il semble légitime de se demander si le principe d’unicité du peuple français a toujours une raison d’être. A l’évidence, la portée de ce principe n’est plus la même qu’en 1789, dans la mesure où l’unité doit désormais être conciliée avec les nouvelles exigences identitaires. Pourtant, les autorités françaises n’ont de cesse de réaffirmer l’unicité du peuple comme l’un des principes fondateurs de la République². Bien qu’un tel discours paraisse quelque peu schizophrénique, il faut reconnaître avec le Professeur Rouland que « nous sommes parfaitement habitués à ces représentations et aux fictions qui les sous-tendent alors que tout ou presque, dans la réalité sociale, les dément »³. Face aux manifestations pluralistes, le législateur comme le juge défendent âprement l’appartenance des citoyens français à un même peuple (A) et réaffirment l’égalité des citoyens français entre eux (B).

A. L’appartenance des citoyens français à un même peuple

Tour à tour, les Constitutions de 1793, de 1795 et de 1848 ont affirmé le principe selon lequel « le peuple souverain est l’universalité des citoyens français »⁴. Cette formule qui a traversé l’histoire constitutionnelle est révélatrice de la conception française de l’unité du peuple, conçu comme une catégorie insusceptible de toute subdivision. De fait, depuis la Révolution, le peuple ne se conçoit pas séparément de l’Etat : « le terme ne désigne pas une réalité concrète mais une abstraction, à savoir la composante humaine de l’entité étatique »⁵. Partant, le discours officiel français reste constant dans la négation des groupes infra-étatiques, marquant ainsi sa fidélité à la tradition universaliste en dépit du contexte international et européen propice à la reconnaissance des minorités. Tant le législateur que le juge s’accordent sur le fait que, dans la sphère publique, c’est l’abstraction des citoyens qui doit continuer à

¹ MABILEAU (Albert), « L’Etat, la société civile et les minorités en France », in GUILLAUME (Pierre), LACROIX (Jean-Michel), PELLETIER (Réjean), ZYLBERBERG (Jacques) dir., *Minorités et Etat*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1986, p. 21. Dans le même sens, le Professeur Grewe affirme que « les avancées du pluralisme dans le champ traditionnel de l’indivisibilité provoquent une certaine déstabilisation de celle-ci » (*op. cit.*, p. 1350).

² Voir notamment CC, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50 ; *RFDC*, n° 6, 1991, p. 487, note L. Favoreu ; *RDP*, 1991, p. 943, note F. Luchaire ; *RFDA*, 1991, p. 407, note B. Genevois ; *RUDH*, n° 10, 1991, p. 381, note C. Grewe ; FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 41, p. 724.

³ ROULAND (Norbert), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 386.

⁴ Art. 7 de la Constitution du 24 juin 1793 ; art. 2 de la Constitution du 22 août 1795 ; art. 1^{er} de la Constitution du 4 novembre 1848.

⁵ RIGAUX (François), « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, n° 30, avril-juin 1997, p. 160.

primer, en dépit de la reconnaissance croissante des appartenances identitaires. Ce positionnement se manifeste par un double refus : la défense de l'unicité du peuple français implique en effet pour les autorités normatives de refuser la fragmentation du peuple français (1) comme la primauté des intérêts particuliers (2).

1. Le refus d'une fragmentation du peuple français

Si le législateur a parfois été tenté de reconnaître officiellement l'existence de « composantes du peuple français »¹, le juge a veillé à contrer ces velléités recognitives en réaffirmant de manière systématique l'incompatibilité d'une consécration des identités minoritaires avec les principes fondateurs du droit public français. La décision la plus célèbre à cet égard est sans conteste celle du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse, aux termes de laquelle le Conseil constitutionnel affirme que « le concept juridique de “peuple français” a valeur constitutionnelle »². Dès lors, « la mention faite par le législateur du “peuple corse, composante du peuple français” est contraire à la Constitution, laquelle ne reconnaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »³. Cette conception universaliste se retrouve dans la décision du 15 juin 1999 relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en vertu de laquelle « le principe d'unicité du peuple français dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale [...] s'oppose à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »⁴. Par ces deux décisions, le Conseil conforte la

¹ Tel était l'objet du projet de loi relatif au statut de la Corse, soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en 1991. L'article 1^{er} du projet de loi disposait que « la République française garantit à la communauté historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse, composante du peuple français, les droits à la préservation de son identité culturelle et à la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques. Ces droits liés à l'insularité s'exercent dans le respect de l'unité nationale, dans le cadre de la Constitution, des lois de la République et du présent statut ». Cette reconnaissance officielle du « peuple corse » répondait à une motion adoptée par l'Assemblée de Corse le 13 octobre 1988, qui affirmait l'existence d'une « communauté historique et culturelle vivante regroupant les Corses d'origine et les Corses d'adoption : le peuple corse » et demandait au gouvernement français d'adopter une loi « pour faire valoir les droits du peuple corse à la préservation de son identité culturelle et à la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques dans le cadre de la Constitution ».

² CC, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50 ; *RFDC*, n° 6, 1991, p. 487, note L. Favoreu ; *RDP*, 1991, p. 943, note F. Luchaire ; *RFDA*, 1991, p. 407, note B. Genevois ; *RUDH*, n° 10, 1991, p. 381, note C. Grewe ; FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 41, p. 724.

³ *Ibid.*

⁴ Dès lors, « 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 » (CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71 ; *AJDA*, 1999, p. 573, note J.-E. Schoettl). Pour certains, cette décision révèle une « crispation révolutionnaire [...] au nom de valeurs républicaines mythiques [...] à la pointe du combat souverainiste », marquée par « la peur viscérale, barrésienne, d'une France surveillée par la différence » (DUHAMEL (Olivier), ETIENNE (Bruno), « L'intégrisme césaro-papiste », *Le Monde*, 24 juin 1999).

définition classique de la citoyenneté, aveugle aux différences. Ce faisant, il expose une conception purement juridique du peuple français, exempte de toute considération sociologique : « le peuple ainsi constitué n'est aucunement l'expression juridique d'une quelconque réalité sociologique » mais « l'organe premier du pouvoir politique d'un Etat »¹. Le peuple apparaît comme la représentation d'une société politique unifiée et homogène de citoyens, un « corps d'associés vivant sous une loi commune » selon la formule de Sieyès².

En adoptant cette « conception stricte, pour tout dire abstraite, du peuple français »³, seul détenteur de la souveraineté nationale, le juge constitutionnel pose une limite infranchissable au développement du pluralisme juridique dont pourraient bénéficier certains groupes minoritaires en France. Il confirme le principe selon lequel nul groupe ne peut juridiquement s'intercaler entre les individus et le peuple français, ce dernier devant être considéré comme un tout indivisible. Par là même, il rejette tant la reconnaissance juridique de minorités nationales que l'attribution de droits spécifiques aux membres de groupes infra-étatiques. Cette conception universaliste du peuple français se retrouve dans plusieurs avis rendus par le Conseil d'État à l'occasion de l'examen de la compatibilité de dispositions internationales avec les principes du droit public français. Ainsi, dans un avis d'Assemblée du 6 juillet 1995, le Conseil d'Etat a estimé contraires à la Constitution certaines dispositions de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe, rappelant que « l'idée de minorité ayant une identité ethnique est contraire au concept de peuple français, composé de tous les citoyens français »⁴.

Cette défiance affichée des hautes juridictions administrative et constitutionnelle à l'égard de « composantes du peuple français » peut laisser perplexe au regard de la multiplication des mesures différencialistes dans le droit français. Si l'on reprend l'exemple de la Corse, le Conseil constitutionnel a refusé que les Corses aient une existence juridique en tant que peuple, tout en leur reconnaissant la possibilité de vivre un destin institutionnel particulier au sein de la République. Comme l'indique le Professeur Rigaux, « le statut administratif et politique spécifique auquel le législateur les soumet vaut reconnaissance implicite d'une forme de qualité distincte de celle des autres Français »⁵.

Ce simple exemple est révélateur des faux-semblants qui animent aujourd'hui le discours juridique en France dès lors qu'il est question de droits des minorités. En effet, pourquoi ne pas reconnaître l'existence d'un « peuple corse, composante du

¹ PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *Revue des sciences administratives de la Méditerranée orientale*, n° 31, 1990, p. 143.

² SIEYES (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, Paris, PUF, rééd., 1989, p. 31.

³ PRETOT (Xavier), « Le nouveau statut de la Corse et la Constitution », *Administration*, 1992, p. 146.

⁴ CE Ass., avis n° 357 466, 6 juillet 1995, *EDCE*, 1995, p. 397.

⁵ RIGAUX (François), « Mission impossible: la définition de la minorité », *RTDH*, 1997, p. 166. Dans le même sens, voir PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *Revue des sciences administratives de la Méditerranée orientale*, n° 31, 1990, p. 150.

peuple français », au même titre que le droit constitutionnel espagnol reconnaît l'existence de « peuples d'Espagne », composantes du peuple espagnol dépositaire de la souveraineté¹ ? Il faudrait pour cela admettre un dualisme sémantique que le législateur français était prêt à valider mais que le juge constitutionnel n'a pas voulu s'approprier. Derrière la notion de « peuple corse », le législateur tendait à reconnaître une « communauté historique et culturelle vivante » ayant une « identité culturelle et [des] intérêts économiques et sociaux spécifiques »². Le peuple revêtait ici une acception culturelle, sociologique³. Or, pour le Conseil constitutionnel, le terme se réfère uniquement aux populations disposant d'un droit à la libre détermination au sens du droit international⁴, à l'exemple du peuple kanak dont l'existence a été officialisée par l'Accord de Nouméa⁵. Ainsi, « en enjoignant au législateur de biffer l'article 1^{er} du projet de loi initial, le Conseil constitutionnel n'a pas décidé que le peuple corse n'existait pas ou que les Corses ne pouvaient se tenir pour un peuple – jugement ayant pour objet une réalité sociale soustraite à la compétence d'un organe juridictionnel – mais seulement que l'ordre normatif français excluait toute polysémie du concept de peuple, ce qui revient à l'identification du peuple et de l'Etat (ou de la République) »⁶.

Cette position du juge a été confortée, à première vue tout au moins, par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁷ qui introduit dans le texte fondamental un article 72-3 alinéa 1^{er} en vertu duquel « la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Cette proclamation, qui substitue la notion de populations d'outre-mer à celle de peuples d'outre-mer, implique que la distinction entre le peuple français et « les peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination », qui avait été un temps invoquée par le Conseil constitutionnel⁸, se trouve révolue. De fait,

¹ Aux termes du préambule de la Constitution espagnole, « La nation espagnole [...] proclame, en faisant usage de sa souveraineté, sa volonté de [...] protéger tous les Espagnols et les peuples d'Espagne dans l'exercice des droits de l'homme, de leurs cultures et de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions ». Aux termes du titre préliminaire, « La souveraineté nationale réside dans le peuple espagnol duquel émanent les pouvoirs de l'Etat ».

² Selon les termes mêmes du projet de loi soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en 1991. Voir CELERIER (Thibaut), « Peuple et peuples en droit français », *LPA*, n° 39, 1^{er} avril 1991, pp. 13-15.

³ Cette acception, loin de faire l'unanimité, est pourtant prônée par certains auteurs. En ce sens, voir la thèse du Professeur Pierré-Caps qui distingue la nation, « expression d'une société politique unifiée et homogène », du peuple, « expression des communautés politiques infra-nationales » : si la nation est nécessairement construite comme une unité, elle est généralement une unité composée de peuples (PIERRÉ-CAPS (Stéphane), *Nation et peuples dans les Constitutions modernes*, Nancy, PUN, 1987, 948 p.).

⁴ C'est précisément pour cette raison que le Conseil rappelle, dans sa décision du 9 mai 1991, que « la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination » (décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *précit.*, cons. 12).

⁵ Préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁶ RIGAUX (François), *op. cit.*, p. 168.

⁷ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

⁸ En ce sens, voir les décisions n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (*Rec.*, p. 50) et n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 (*Rec.*, p. 70). Pour une critique de ces décisions et de la distinction entre peuple français et

le nouvel article 72-3 alinéa 1^{er} de la Constitution semble opérer une réunification du peuple français. Pourtant, si ce dernier n'a plus de peuples d'outre-mer concurrents¹, hormis le peuple kanak², il comporte désormais officiellement des composantes, les populations d'outre-mer³. Si la révision du 28 mars 2003 réaffirme l'attachement au principe d'unicité du peuple français, elle aboutit dans le même temps à admettre la diversité du peuple unifié. Reste à savoir, dans ce cadre, si la reconnaissance constitutionnelle des populations d'outre-mer est susceptible d'ouvrir la voie à la reconnaissance officielle d'autres populations « composantes du peuple français », à l'exemple de la population corse. Le débat, sur ce point, reste ouvert⁴.

S'il est une révision constitutionnelle qui a pleinement contribué à renforcer le principe d'unicité du peuple français, ce n'est donc pas celle du 28 mars 2003 mais bien plus celle du 25 juin 1992⁵. Par cette réforme, le constituant affirme l'unité linguistique de la France en ajoutant à la Constitution la disposition selon laquelle « la langue de la République est le français »⁶. La reconnaissance du français comme langue officielle de la République est, certes, bien antérieure à 1992⁷ mais l'inscription de l'unité linguistique dans la Constitution elle-même « s'avère être un

peuples d'outre-mer, voir FABERON (Jean-Yves), « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 7 ; DOUENCE (Jean-Claude), FAURE (Bertrand), « Y a-t-il deux Constitutions ? » *RFDA*, 2000, pp. 746-760 ; LE POURHIET (Anne-Marie), « La Constitution, Mayotte et les autres », *RDP*, 2000, pp. 883-906.

¹ En ce sens, voir GOHIN (Olivier), « Rapport de synthèse », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 202. Cette affirmation se trouve toutefois contredite par le maintien de l'alinéa 2 du préambule de la Constitution qui proclame la libre détermination des peuples des territoires d'outre-mer, et de l'article 53 alinéa 3 qui constitue la source du droit à l'autodétermination externe des populations d'outre-mer (CC, décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Rec.*, p. 26). Ainsi, l'affirmation de la distinction entre peuple français et peuples d'outre-mer coexiste avec sa négation.

² Ce dernier répond toutefois aux critères posés par le droit international pour la reconnaissance d'un peuple jouissant du droit à l'autodétermination. La contradiction entre le principe d'unicité du peuple français et la reconnaissance du peuple kanak peut donc être provisoirement résolue en arguant du caractère exceptionnel de la souveraineté partagée, cantonnée à un titre spécifique du texte constitutionnel.

³ Voir CUSTOS (Dominique), « “Peuple français” et “populations d'outre-mer” », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 61-62.

⁴ Le Professeur Custos estime que la reconnaissance expresse des « populations d'outre-mer » exclut la différenciation explicite de populations métropolitaines (*Ibid.*).

⁵ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *JORF*, 26 juin 1992, p. 8406. Sur cette révision constitutionnelle, voir notamment DEBBASCH (Roland), « La reconnaissance constitutionnelle de la langue française », *RFDC*, n° 11, 1992, pp. 457-468 ; BERTILE (Véronique), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2005, pp. 93-103.

⁶ Cette disposition est désormais l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de la Constitution.

⁷ Dès le XVI^e siècle, le pouvoir monarchique règlemente la matière par l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 25 août 1539, qui impose l'usage de la langue française à tous les actes publics. Sous la Révolution, la loi du 2 thermidor an II (20 juillet 1794) dispose que « nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire de la République, être écrit qu'en langue française ». Plus récemment, la loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 constitue le premier véritable statut de la langue française (*JORF*, 4 janvier 1976, p. 189). A cet égard, voir ROULAND (Norbert), « Les politiques juridiques de la France dans le domaine linguistique », *RFDC*, n° 35, 1998, pp. 521-526.

formidable verrou contre les langues régionales »¹. De fait, la constitutionnalisation de la langue française s'est traduite par l'adoption, deux ans après la révision constitutionnelle, de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, qui renforce le statut de la langue officielle en imposant l'usage obligatoire du français dans bon nombre de domaines d'activités². Si la lettre de cette loi semble poser une sorte d'exclusivité de l'usage du français³, le Conseil constitutionnel a néanmoins eu l'occasion de nuancer une telle lecture littérale en affirmant, lors de l'examen de la loi, que la reconnaissance du français comme « langue de la République » n'autorisait pas pour autant le législateur à limiter la liberté d'expression des personnes privées⁴. Ce faisant, le juge restreignait la portée de la loi du 4 août 1994⁵ en limitant l'usage obligatoire du français à la sphère publique, laissant les individus libres d'user d'une autre langue (étrangère ou minoritaire) dans le cadre de leurs relations privées.

Les décisions ultérieures du Conseil constitutionnel confirment cette approche. Ainsi, lors de l'examen de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française en avril 1996⁶, le juge a été saisi de l'article 115 alinéa 1^{er} de la loi aux termes duquel « le français étant la langue officielle, la langue tahitienne et les autres langues polynésiennes peuvent être utilisées ». S'il a validé cette disposition, le Conseil l'a toutefois assortie d'une réserve d'interprétation précisant que la notion de langue officielle devait « s'entendre comme imposant en Polynésie française l'usage du français aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public, ainsi qu'aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics »⁷. Cette formule se retrouve dans la décision du 15 juin 1999 relative à la Charte européenne des langues régionales et minoritaires⁸ mais s'y voit sensiblement étoffée. En se fondant sur le premier alinéa de l'article 2 de la Constitution, le juge constitutionnel considère non seulement que les personnes morales de droit public et les personnes de droit privé dans l'exercice

¹ BERTILE (Véronique), *op. cit.*, p. 119. Dans le même sens, voir DEBBASCH (Roland), *op. cit.*, p. 466 ; ENCREVE (Pierre), « La langue de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, p. 127.

² Loi n° 94-665 du 4 août 1994, *JORF*, 5 août 1994, p. 11392. Voir PONTIER (Jean-Marie), « La nouvelle loi sur la langue française », *Dalloz*, 1994, pp. 195-202 ; FABERON (Jean-Yves), « La protection juridique de la langue française », *RDP*, 1997, pp. 323-341.

³ VERPEAUX (Michel), « La langue française et la liberté de communication », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Langue(s) et Constitution(s)*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2004, p. 75.

⁴ CC, décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Rec.*, p. 106 ; *AJDA*, 1994, p. 731, note P. Wachsmann ; *RFDC*, n° 23, 1995, p. 577, note M. Verpeaux ; *RDP*, 1994, p. 1663, note J.-P. Camby ; *RDP*, 1995, p. 102, note D. Rousseau.

⁵ En ce sens, voir PONTIER (Jean-Marie), *Droit de la langue française*, Paris, Dalloz, 1997, p. 20.

⁶ CC, décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43 ; *RJPIC*, 1998, p. 247, note P. Chrestia ; *RDP*, 1996, p. 953, note F. Luchaire ; *RA*, 1996, p. 313, note J.-M. Pontier ; *LPA*, n° 107, 4 septembre 1996, p. 6, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *AJDA*, 1996, p. 371, note O. Schrameck.

⁷ Il est à noter qu'en 1996, le Conseil constitutionnel évoque les usagers des services publics, alors que dans sa décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994 (*précit.*), il ne faisait produire d'effets à l'article 2 de la Constitution qu'à l'égard des « personnes morales de droit public et [d]es personnes morales de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public ». L'usage obligatoire du français se trouve ainsi étendu.

⁸ CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Rec.*, p. 71 ; *AJDA*, 1999, p. 573, note J.-E. Schoettl.

d'une mission de service public doivent employer le français, mais encore que « les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage »¹. En l'état actuel de la jurisprudence, il semble que cette formule soit désormais celle consacrée².

L'ensemble de ces décisions fait montre d'une conception unitariste du peuple français, fondée sur l'emploi obligatoire d'une langue officielle dans la sphère publique sur l'ensemble du territoire national. Ainsi, les adeptes d'une langue régionale sont libres de la pratiquer et d'en promouvoir l'usage mais ils ne peuvent attendre de l'Etat qu'il l'admette dans les rapports entre les citoyens et l'administration, ni qu'il la reconnaisse comme langue d'enseignement dans des écoles publiques³. A cet égard, la jurisprudence constitutionnelle s'est trouvée confortée par le juge administratif comme par le juge judiciaire. En effet, l'un et l'autre ont défendu l'usage exclusif du français dans la sphère publique en jugeant irrecevables les requêtes présentées dans une langue régionale⁴, en réaffirmant l'obligation d'user du français comme langue d'enseignement⁵ ou encore en imposant le français comme langue des débats publics dans les assemblées locales⁶.

¹ Les dispositions contestées de la Charte sont donc contraires à 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 » (CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *précit.*). Dans le même sens, voir l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 24 septembre 1996 sur la même Charte européenne, où le Conseil estime que les obligations de la Charte qui « prévoient un véritable droit à l'utilisation de langues régionales ou minoritaires dans les rapports avec la justice et les autorités administratives » heurtent l'exclusivité constitutionnelle de l'usage public du français (CE, Section de l'intérieur, avis n° 359 461 du 24 septembre 1996, *EDCE*, n° 48, 1996, pp. 303-305. Voir GAUDEMET (Yves) et al., *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 35).

² Elle est en effet reprise *in extenso* dans les décisions n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 (*Rec.*, p. 156 ; *Dalloz*, 2002, p. 1952, note V. Bertile), n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001 (*Rec.*, p. 180 ; *Dalloz*, 2002, p. 1954, obs. D. Ribes) et n° 2007-541 DC du 28 septembre 2006 (*Rec.*, p. 102 ; *Dalloz*, 2007, p. 120, note M. Verpeaux).

³ C'est précisément pour cette raison que l'enseignement des langues régionales dans le temps scolaire ne peut avoir qu'un caractère facultatif, tant pour les élèves que pour les enseignants, et ne peut conduire à soustraire les élèves aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers du service public de l'enseignement. En ce sens, voir les décisions du Conseil constitutionnel n° 91-290 DC du 9 mai 1991 sur le statut de la Corse (*Rec.*, p. 50), n° 96-373 DC du 9 avril 1996 sur l'autonomie de la Polynésie (*Rec.*, p. 43), n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 sur la Corse (*Rec.*, p. 70) et n° 2004-490 DC du 12 février 2004 sur le statut d'autonomie de la Polynésie française (*Rec.*, p. 41). Sur ces décisions, voir *supra*, p. 365ss.

⁴ CE, 21 novembre 1985, *Quillevère, Leb.*, p. 333, concl. D. Latournerie ; Cass. crim. 4 mars 1986, *Turkson, Bull. crim.*, n° 85, p. 214. Saisi de cette question, le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU a estimé « non déraisonnable » le refus de l'usage des langues régionales devant la justice française (décisions du 8 novembre 1989, *K. c. France*, jurispr. CCPR/C/37/D/220/1987, *AFDI*, 1989, p. 424, note G. Cohen-Jonathan ; 25 juillet 1990, *Guesdon c. France*, jurispr. CCPR/C/39/D/219/1986 ; 11 avril 1991, *Barzhig c. France*, jurispr. CCPR/C/41/D/327/1988 - <http://www.unhchr.ch>).

⁵ CE, 29 novembre 2002, *SNES et autres / Conseil national des groupes académiques de l'enseignement public, UNSA et autres, Leb.*, p. 415 et inédit. Sur ces deux arrêts, voir VIOLA (André), « Le français doit rester la langue de l'enseignement public », *AJDA*, 2002, pp. 1512-1516.

⁶ CE, 29 mars 2006, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française, Leb.*, p. 179 ; *AJDA*, 2006, p. 733, note M.-C. de Montecler. En l'espèce, le Conseil d'Etat censure une disposition du

Bien que la jurisprudence semble considérer le français comme la langue officielle et non comme la langue nationale de l'Etat¹, l'institutionnalisation de l'unité linguistique repose sur une contradiction qui n'a été que rarement soulignée. Contrairement à la constitutionnalisation du « peuple français » par la décision du 9 mai 1991 qui renvoie à une conception universaliste, égalitariste et volontariste de l'identité nationale², la révision constitutionnelle de 1992, ainsi que les textes et la jurisprudence qui l'ont suivie, participent d'une conception culturaliste de la nation française. En effet, en mettant l'accent sur un élément objectif d'identification à la nation, le constituant de 1992 a contribué à donner une « définition ethno-linguistique »³ de l'appartenance nationale, que l'on retrouve dans une circulaire du 12 avril 1994 rappelant que « la langue française est un élément constitutif de l'identité, de l'histoire et de la culture nationale [...] ; elle est un élément important de la souveraineté nationale et un facteur de cohésion nationale »⁴. Une telle affirmation semble pour le moins fermer la nation française sur ses origines linguistiques⁵. En ce sens, l'article 2 de la Constitution suggère une conception organique de l'idée nationale plus proche de l'archétype allemand de la *Kulturnation* que du modèle électif présenté par Renan dans sa célèbre conférence de 1882⁶ et rappelée par le juge constitutionnel en 1991⁷. Peut-être faut-il voir dans cette attitude du constituant une réaction à la diversification linguistique de la population française⁸. Toujours est-il qu'elle contribue à la défense de l'unité nationale et du modèle de l'Etat-nation face à la consécration croissante des différences culturelles et à la reconnaissance de populations locales présentant des spécificités propres. C'est également dans cette

règlement intérieur de l'Assemblée territoriale de Polynésie française qui autorisait les orateurs à s'exprimer indifféremment en français ou dans une langue polynésienne, estimant que cette disposition viole l'article 57 alinéa 1^{er} de la loi organique du 27 février 2004 qui fait du français la langue officielle du territoire. En conséquence de cet arrêt, une loi du pays adoptée au terme de débats qui se sont déroulés en tahitien est donc susceptible d'annulation, car adoptée au terme d'une procédure entachée d'une irrégularité considérée comme « substantielle » (en ce sens, voir CE, 22 février 2007, *M. Fritch et autres*, AJDA, 2007, p. 453).

¹ La langue officielle se rapportant à la langue de l'Etat et de ses organes, et la langue nationale désignant la langue de la nation ou du peuple. Aux termes de la jurisprudence administrative et constitutionnelle, la langue française est considérée comme la langue officielle de la République, non comme la langue nationale de l'Etat.

² Voir notamment LUCHAIRE (François), « Le statut de la collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », *RDP*, 1991, pp. 943-947.

³ LAFONT (Robert), « France et Régions, à la recherche de l'identité », *Pouvoirs locaux*, n° 31, décembre 1996, p. 84.

⁴ Circulaire du Premier ministre du 12 avril 1994 relative à l'emploi de la langue française par les agents publics, *JORF*, 20 avril 1994, p. 5773.

⁵ Voir PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 101.

⁶ RENAN (Ernest), *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Mille et une nuits, rééd., 1997, 47 p.

⁷ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *précit.*

⁸ En ce sens, voir LARCHÉ (Jacques), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle constitutionnelle ajoutant à la Constitution un titre "De l'Union européenne"*, Rapport n° 375, Sénat, 27 mai 1992, pp. 25-26.

perspective qu'il faut analyser le refus constant par les autorités françaises de la primauté des intérêts particuliers.

2. Le refus de la primauté des intérêts particuliers

La multiplication des droits locaux et la consécration de droits collectifs différenciés témoignent de la propension croissante des autorités normatives françaises à prendre en compte les intérêts particuliers pour l'élaboration du droit positif. Il n'est qu'à regarder la lettre de la Constitution pour observer cette tendance. Ainsi, l'article 73 justifie l'octroi aux DROM d'un pouvoir d'adaptation et de dérogation aux lois et aux règlements nationaux au regard des « caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités » et « de leurs spécificités »¹. De manière similaire, l'article 74 indique que les COM sont dotées d'un statut et de pouvoirs normatifs spécifiques « qui tien[nen]t compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République ». Le dixième alinéa du même article prévoit la possibilité, pour une COM dotée de l'autonomie, d'adopter « des mesures justifiées par les nécessités locales [...] en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ». En vertu de ces dispositions constitutionnelles, le législateur comme les collectivités ultra-marines sont susceptibles d'adopter des normes dérogatoires au nom d'intérêts propres à certaines catégories de la population nationale. Dans ce cadre, il devient légitime de se demander, avec le Professeur Pontier, si « l'intérêt général existe encore »² au regard du développement du pluralisme juridique.

La réponse à cette question ne peut qu'être positive, bien qu'il faille admettre que la signification de cette notion ait quelque peu évolué du fait de la prégnance

¹ En revanche, la mise en œuvre de mesures expérimentales par les collectivités territoriales sur le fondement de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution ne peut répondre à un intérêt local, dans la mesure où toute mesure expérimentale est destinée à être généralisée à terme. La question de l'expérimentation par les collectivités d'outre-mer mérite toutefois d'être soulevée. Lors de son audition devant la Commission des lois pour le projet de révision constitutionnelle de mars 2003, la Ministre de l'outre-mer avait indiqué que « les collectivités situées outre-mer [...] pourront, bien évidemment, mettre en oeuvre des expérimentations en matière législative et réglementaire mais celles-ci ayant pour objet, le cas échéant, d'être généralisées à l'ensemble du territoire, elles semblent donc moins bien adaptées à la prise en considération des spécificités de l'outre-mer que ne l'est la procédure permettant à ces collectivités d'adapter des dispositions législatives en vigueur » (citée in CLEMENT (Pascal), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Rapport n° 376, Ass. nat., 13 novembre 2002, p. 57). Au regard de cette affirmation, l'adoption de mesures expérimentales par les collectivités territoriales ne doit pas plus répondre à un intérêt local en métropole qu'outre-mer.

² PONTIER (Jean-Marie), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz*, 1998, chron., pp. 327-333. Il paraît inutile de s'aventurer dans la définition de l'intérêt général au regard de son caractère ambivalent et contingent, sauf à indiquer qu'il se présente sans nul doute comme « la pierre angulaire de l'action publique » (Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, Paris, La Documentation française, 1999, p. 245). Voir également LINOTTE (Didier), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1975, 451 p.

désormais établie des intérêts particuliers, locaux ou catégoriels¹. Certes, ces derniers ne sont pas systématiquement opposés à l'intérêt général (compris ici comme l'intérêt national²) et peuvent même participer à sa satisfaction³. Ce cas de figure connaît toutefois maintes exceptions qui se soldent par un antagonisme entre l'intérêt général et les différents intérêts particuliers. Dans cette hypothèse, c'est au juge qu'il revient de défendre l'intérêt général face à la multiplication des normes spécifiques.

C'est ainsi qu'il incombe au Conseil constitutionnel de contrôler que l'adoption d'une mesure législative dérogatoire ne porte une atteinte inadéquate et excessive à un droit ou à une liberté constitutionnellement protégé(e). L'objectif de ce contrôle de proportionnalité est d'éviter les inégalités de traitement injustifiées qu'une telle mesure ne manquerait pas de susciter⁴. La décision du 15 février 2007 portant sur la loi organique relative à l'outre-mer⁵ est particulièrement révélatrice de la portée de ce contrôle juridictionnel. En effet, sur le fondement de l'article 74 alinéa 10 de la Constitution, la loi prévoit la mise en place d'un contrôle des transferts fonciers à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, contrôle auquel ne sont pas assujettis les transferts réalisés notamment au profit des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans l'île⁶. Saisi de cette disposition, le Conseil constitutionnel estime que si l'article 74 de la Constitution confère aux COM dotées de l'autonomie le pouvoir de prendre des mesures justifiées par les nécessités locales en faveur de leur population, cette prérogative, qui déroge au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, ne peut être accordée qu'autant qu'elle apparaît en rapport avec les caractéristiques de la collectivité considérée et qu'elle est de nature à satisfaire les besoins réels de sa population. Dès lors, le Conseil émet une réserve sur la « durée suffisante » au terme de laquelle les nouveaux résidents ne sont plus soumis au contrôle des transferts fonciers institué par la loi organique : cette durée ne doit pas excéder ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction des besoins de la population locale et respecter, en tout état de cause, les engagements communautaires et internationaux de la France⁷.

¹ Dans le même sens, voir PONTIER (Jean-Marie), *op. cit.*, p. 331.

² Comme l'indique M. Truchet, l'intérêt national « s'applique non seulement à ce qui concerne le pays tout entier, mais en même temps à ce qui présente un intérêt public pour l'ensemble de la communauté nationale » (TRUCHET (Didier), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1977, p. 283).

³ PONTIER (Jean-Marie), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz*, 1998, chron., p. 331.

⁴ Sur le contrôle de proportionnalité instauré par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'intérêt général, voir la thèse de MERLAND (Guillaume), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 267-308. Voir également MERLAND (Guillaume), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in VERPEAUX (Michel) dir., *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 35-46.

⁵ CC, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3252 ; *LPA*, n° 69, 2007, p. 3, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 2007, p. 398, note S. Brondel.

⁶ Articles LO 6214-7 et LO 6314-7 du CGCT.

⁷ Il est à noter que la satisfaction des besoins réels de la population locale est considérée ici comme un intérêt général. En effet, le Conseil constitutionnel indique « qu'il appartiendra [...] au Conseil territorial [des collectivités concernées] de déterminer une durée [de résidence] qui ne devra pas

Le juge administratif n'est pas en reste pour contrôler la relation entre la finalité poursuivie par le constituant ou par le législateur, et les moyens mis en œuvre – par les collectivités territoriales notamment – pour y parvenir. De fait, les hypothèses où la dérogation est dictée par un souci d'équité sont strictement contrôlées afin, là encore, d'éviter les inégalités de traitement injustifiées. Ainsi, lorsque le législateur ouvre le droit à dérogation et fixe les conditions de celle-ci, le juge administratif applique strictement ces conditions auxquelles l'administration comme les collectivités territoriales sont tenues de se conformer¹. Lorsque le législateur ouvre le droit à dérogation mais s'abstient d'en fixer les critères, le juge administratif encadre alors l'exercice de la dérogation en exigeant non seulement qu'un intérêt général suffisant justifie la dérogation, mais encore que celle-ci ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général que la réglementation de droit commun a pour objet de protéger². C'est uniquement en vertu de ces prescriptions jurisprudentielles que les dérogations sont jugées compatibles avec le principe d'égalité.

Au regard de ces positions jurisprudentielles, il apparaît clairement que la notion d'intérêt général permet de dépasser les intérêts particuliers minoritaires. Comme l'indique le Professeur Pontier, cet attachement indéfectible à l'intérêt général « procède bien de la nécessité d'un mythe »³. En effet, « pouvons-nous continuer à vivre ensemble si nous ne sommes pas d'accord sur la possibilité de dégager un intérêt général, fût-il minimal ? »⁴. La prévalence de l'intérêt général dans un contexte pluraliste permet d'établir un consensus, de créer une unité autour de ce « bien commun » supérieur aux intérêts particuliers. C'est précisément pour cette raison que les mesures différencialistes adoptées par les autorités françaises relèvent du multiculturalisme et non du communautarisme. Ces deux orientations sont souvent confondues dans la mesure où elles visent l'une comme l'autre la consécration juridique des identités culturelles et l'octroi aux communautés minoritaires de droits spécifiques. Pour autant, les moyens préconisés par l'une et par l'autre sont différents, ce qui proscrit leur assimilation⁵.

excéder la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général poursuivis » (CC, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *précit.*, cons. 61). A l'évidence, l'intérêt local est ici assimilé à l'intérêt général, ce qui confirme « la démultiplication de l'intérêt général » mise en évidence par le Professeur Pontier (PONTIER (Jean-Marie), *op. cit.*, p. 331).

¹ CE, 10 juin 1994, *Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Ile de France, Leb.*, p. 317.

² CE Ass., 18 juillet 1973, *Ville de Limoges, Leb.*, p. 530 ; *Dalloz*, 1975, p. 49, note J. G. Collignon ; *JCP*, 1973, II, 17575, note G. Liet-Veaux ; *RDP*, 1974, p. 559, concl. M. Rougevin-Baville ; *RDP*, 1974, p. 259, note M. Waline.

³ PONTIER (Jean-Marie), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz*, 1998, chron., p. 332.

⁴ PONTIER (Jean-Marie), *op. cit.*, p. 333.

⁵ Pour une étude comparative des deux courants de pensée, voir GIGNAC (Jean-Luc), « Sur le multiculturalisme et la politique de la différence identitaire : Taylor, Walzer, Kymlicka », *Politique et Sociétés*, Vol. 16, n° 2, 1997, pp. 31-65 ; MESURE (Sylvie), « Libéralisme et pluralisme culturel », *Critique*, n° 610, mars 1998, pp. 39-54 ; BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, pp. 398-407.

Le communautarisme condamne en effet radicalement les principes du libéralisme¹, estimant que les droits du groupe d'appartenance doivent prévaloir sur les libertés individuelles des membres de ce groupe². Le multiculturalisme, en revanche, cherche à concilier une reconnaissance des identités culturelles avec les principes libéraux³ : si les multiculturalistes prônent la prise en considération dans l'espace public des appartenances identitaires de chacun, ils restent attachés à l'autonomie et aux droits individuels qu'ils entendent faire primer sur d'éventuels droits des groupes⁴. Ainsi, communautarisme et multiculturalisme ont pour objectif commun la reconnaissance juridique des minorités, mais seul le communautarisme oppose à « la relation citoyenne une autre allégeance qui se veut prioritaire »⁵. Le multiculturalisme défend, pour sa part, la prévalence des droits individuels et d'un intérêt général commun aux différents groupes composant la société nationale. Le pluralisme juridique tel qu'il est mis en œuvre en France relève donc bien du multiculturalisme dans la mesure où il tend à faire cohabiter dans l'ordre constitutionnel l'altérité culturelle, la liberté individuelle et l'égalité entre les citoyens français.

B. L'égalité réaffirmée des citoyens français

La multiplication des manifestations du pluralisme juridique remet incontestablement en cause le principe d'égalité qui se trouve pourtant inscrit dans les textes fondamentaux depuis 1789. La conception révolutionnaire du principe d'égalité implique en effet que la loi soit « la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Au regard de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, l'égalité se conçoit en droit, non en fait. Bien que cette disposition soit aujourd'hui un élément du bloc de constitutionnalité et le fondement d'une grande

¹ En ce sens, voir les travaux des principaux théoriciens du communautarisme : WALZER (Michael), *Pluralisme et démocratie*, Paris, Editions Esprit, 1997, 220 p. ; TAYLOR (Charles), *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, 144 p. Pour une présentation générale du communautarisme, voir la définition donnée par le Professeur Kymlicka in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2001, pp. 280-287.

² Comme l'indique le philosophe Pierre-André Taguieff, le communautarisme implique de concevoir la société comme un ensemble de communautés juxtaposées, chacune vivant selon ses valeurs et ses normes propres au nom d'une conception de la tolérance fondée sur le relativisme culturel radical. Le projet communautariste vise ainsi à soumettre les membres d'un groupe aux normes propres à ce groupe, ce qui conduit à la tyrannie communautaire. Voir TAGUIEFF (Pierre-André), « Vous avez dit "communautarisme" ? », *Le Figaro*, 17 juillet 2003.

³ Voir notamment KYMLICKA (Will), *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, 358 p. Pour une présentation générale des théories multiculturalistes, voir PAREKH (Bhikhu), *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, pp. 80-113.

⁴ Les théories multiculturalistes ont été relayées en France par plusieurs sociologues, comme Alain Touraine et Michel Wieviorka. Voir TOURAINE (Alain), *Pourrions-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, 350 p. ; WIEVIORKA (Michel) dir., *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1996, 322 p.

⁵ JAFFRELOT (Christophe), « L'Etat face aux communautés », *Cultures et conflits*, janvier 1995, p. 5.

partie des décisions du Conseil constitutionnel ¹, elle apparaît de moins en moins adaptée aux évolutions juridiques qui marquent la société française contemporaine. Serait-il possible de reconnaître des droits spécifiques à des groupes infra-nationaux sans remettre en cause le principe d'égalité ? Une réponse négative paraît s'imposer.

Au regard du différencialisme qui gagne progressivement le droit public français, la conception du principe d'égalité ne peut qu'évoluer. Les développements qui précèdent tendent à montrer que le droit à l'égalité s'accorde de plus en plus avec le droit à la différence, y compris avec le droit à la différence ethnique, culturelle ou religieuse. Bien que le juge demeure formellement opposé à toute différenciation juridique apportant une « discrimination arbitraire » ² ou « procédant à des discriminations injustifiées » ³, force est en effet de constater que le législateur, voire le constituant, établissent des différences de traitement implicitement fondées sur des critères tels que l'origine ou l'appartenance minoritaire ⁴. Ainsi, « la question fondamentale n'est [plus] de savoir s'il faut accepter l'égalité, mais comment l'interpréter au mieux » ⁵ dans le cadre d'un multiculturalisme de plus en plus établi.

Il faut toutefois reconnaître que de telles concessions au différencialisme juridique relèvent encore de l'exception. Si la portée du principe d'égalité fait indéniablement l'objet d'une réinterprétation de la part de la doctrine comme de la part du juge, certaines de ses manifestations demeurent réfractaires à tout assouplissement qui viserait à prendre en compte – même implicitement – l'existence de différences de situations. En matière de libertés publiques (1), de service public (2), de charges publiques (3) et de suffrage (4), les citoyens français demeurent strictement égaux quels que soient leur origine, leur statut coutumier ou leur appartenance ethnique, religieuse ou culturelle.

1. L'égalité des citoyens devant les libertés publiques

Le renforcement du pluralisme juridique par le biais d'une autonomisation accrue des collectivités territoriales met en lumière la confrontation entre le principe d'égalité et celui de la libre administration locale. La question n'est pas nouvelle dans la mesure où ces deux principes cohabitent dans la Constitution depuis fort longtemps mais elle prend désormais une tournure plus aiguë. De fait, l'affermissement des pouvoirs

¹ En 1986, le Professeur Luchaire indiquait déjà que « le principe d'égalité est presque toujours invoqué devant le Conseil constitutionnel chaque fois qu'une loi lui est déférée » (LUCHAIRE (François), « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, pp. 1229-1274). Vingt ans plus tard, la situation n'a pas changé : plus de 40 % des décisions du Conseil constitutionnel sont chaque année fondées sur le principe d'égalité.

² CC, décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, *Rec.*, p. 49.

³ CC, décision n° 80-127 DC des 19-20 janvier 1981, *Rec.*, p. 15.

⁴ Voir *supra*, pp. 439ss.

⁵ KYMLICKA (Will), *Contemporary Political Philosophy : An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 5, traduction libre.

normatifs locaux depuis 2003¹ favorise l'exercice différencié des compétences publiques et, par suite, augmente le risque de générer des inégalités entre les personnes appartenant à des collectivités distinctes. Dans ces conditions, le discours sur l'autonomie locale aurait logiquement dû s'accompagner d'un abandon concomitant de la revendication égalitaire. Or, il n'en a rien été.

Il est vrai que la reconnaissance de spécificités locales et d'une certaine forme de droit à la différence masque parfois des discriminations bien réelles. Ainsi, au nom du principe de spécialité législative applicable dans les COM, il arrive que la non-application de la législation métropolitaine outre-mer ait des conséquences choquantes. A cet égard, le cas de la législation pénale est particulièrement révélateur. En effet, l'ancien Code d'instruction criminelle est demeuré en vigueur dans les TOM jusqu'en 1983², de sorte que les règles du Code de procédure pénale sur la garde à vue, la détention provisoire, la tutelle pénale ou la semi-liberté n'y ont pas été appliquées pendant près de vingt-cinq ans. Certaines des dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale n'y sont du reste toujours pas applicables³. De manière générale, il apparaît que les libertés individuelles, mais également les droits économiques et sociaux, sont moins bien garantis et protégés dans les collectivités ultra-marines qu'en métropole⁴. Eu égard à ces différences de législation, il est légitime de s'interroger sur l'effectivité de la citoyenneté française outre-mer⁵. En pérennisant le principe de spécialité législative et en autorisant des entorses à celui d'identité législative, « les constituants ont permis le maintien [d']une certaine discontinuité entre les prérogatives attachées à la qualité de citoyen français en métropole et outre-mer »⁶. Ce risque de différenciation discriminatoire a été accentué par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, qui permet au législateur de confier le soin aux autorités locales d'outre-mer comme de métropole d'appliquer la législation nationale de manière différenciée, voire d'en modifier les dispositions sous certaines conditions, aux termes des articles 73, 74 et 72 alinéa 4 de la Constitution.

¹ En vertu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JORF*, 29 mars 2003, p. 5568) et des multiples lois qui l'ont suivie.

² Le Code de procédure pénale est entré en vigueur le 2 mars 1959 sur le territoire métropolitain et a été étendu aux TOM par la loi n° 83-520 du 27 juin 1983 (*JORF*, 28 juin 1983, p. 1926).

³ Des lois et ordonnances sont toutefois intervenues pour étendre aux TOM les dispositions pénales de droit commun. Voir notamment la loi n° 83-1114 du 22 décembre 1983 (*JORF*, 23 décembre 1983, p. 3698) et, plus récemment, les ordonnances n° 96-267 et n° 96-268 du 28 mars 1996 (*JORF*, 31 mars 1996, p. 4957 et p. 4965).

⁴ De manière similaire, en dépit du principe d'assimilation législative qui prévaut dans les DOM, il existe des différences de traitement consacrées par les textes, que l'on aurait bien des difficultés à expliquer par l'existence de « caractéristiques » ou de « contraintes particulières ». Pour ne donner que deux exemples, le salaire minimum est fixé dans les DOM à un taux moins élevé qu'en métropole et les indemnités journalières en cas d'incapacité de travail ne sont versées qu'au bout du dixième jour d'absence, non du quatrième comme en métropole.

⁵ A cet égard, voir CONSTANT (Fred), « Les nationaux de la France d'outre-mer ; des citoyens comme les autres ? », in COLAS (Dominique) et al., *Citoyenneté et nationalité*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, p. 256.

⁶ CONSTANT (Fred), *op. cit.*, p. 258.

Pour autant, si les collectivités territoriales disposent désormais d'un pouvoir étendu d'adaptation et/ou de modification de la législation nationale, le juge constitutionnel demeure très exigeant quant à l'application uniforme des libertés publiques, en excluant leur régime des matières susceptibles de faire l'objet d'une application différenciée. Aux termes d'une jurisprudence initiée en 1985 en matière de liberté d'enseignement¹ et désormais constante, « ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer ne sauraient 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 de la République »². Cette position se trouve confirmée par le juge administratif qui impose notamment aux autorités d'outre-mer le respect des « conditions essentielles d'exercice de la liberté d'association »³. Ainsi, la mise en œuvre des libertés publiques doit être identique sur l'ensemble du territoire ; le principe de libre administration ne saurait légitimer la dévolution aux autorités locales de compétences qui conduiraient à une « territorialisation » des libertés publiques⁴. De ce fait, les collectivités locales ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation dans l'application de ces libertés : elles ne peuvent en aucun cas résister ou s'opposer à la mise en œuvre d'une liberté publique ou d'un droit fondamental sur leur territoire. L'Etat demeure donc seul compétent pour déterminer les garanties des libertés publiques, préservant ainsi l'unité de leur régime juridique et obviant à tout pluralisme juridique en la matière.

Cette position du juge s'est trouvée pleinement consacrée par le constituant le 28 mars 2003⁵ : aux termes des articles 73 alinéa 6 et 72 alinéa 4 de la Constitution, les possibilités d'adaptation, de dérogation et d'expérimentation normatives ouvertes aux

¹ CC, décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Rec.*, p. 36 ; *RFDA*, 1985, p. 597, note L. Favoreu ; *RFDA*, 1985, p. 624, note P. Delvolvé. Dans le même sens, voir la décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Rec.*, p. 9 ; *RFDA*, 1994, p. 209, note B. Genevois.

² Décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43 ; *AJDA*, 1996, p. 371, note O. Schrameck ; *RFDC*, 1996, p. 589, note A. Roux ; *LPA*, n° 107, 4 septembre 1996, p. 6, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *LPA*, n° 146, 4 décembre 1996, p. 5, note D. Turpin ; *LPA*, n° 41, 4 avril 1997, p. 8, note J.-F. Flauss. Voir également CC, décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70 ; *AJDA*, 2002, p.100, note J.-E. Schoettl.

³ CE Ass., 29 avril 1994, *Haut Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, *Leb.*, p. 205 ; CE, 15 juin 1994, *Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, *RFDA*, 1994, p. 947, note D. Linton ; *RFDA*, 1994, p. 953, note G. Agniel. Ces arrêts sont toutefois à comparer avec la jurisprudence relative à la liberté d'association en Alsace-Moselle, aux termes de laquelle le juge administratif consacre la prévalence du régime local de la liberté d'association, estimant que ce régime n'a pas été abrogé par la consécration ultérieure de la liberté d'association comme principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les Cigognes »*, *Leb.*, p. 37 ; *RFDA*, 1988, p. 95, concl. B. Stirn).

⁴ Voir ARMAND (Gilles), FOUQUET-ARMAND (Maud), « L'uniformité territoriale dans la jouissance et l'exercice des droits et libertés fondamentaux en France », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 2, 2003, pp. 11-32.

⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

collectivités territoriales ne peuvent être mises en œuvre lorsque sont en cause « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti »¹. Cette précision apporte une limite substantielle aux nouveaux pouvoirs normatifs des collectivités territoriales, tout en laissant certaines questions en suspens. En premier lieu, la formulation de cette restriction laisse à penser, *a contrario*, que les collectivités territoriales auront la possibilité de déroger aux dispositions législatives et réglementaires, même si ces dérogations portent atteinte à des conditions *non essentielles* d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti². La question se pose alors de savoir ce que recouvre la notion de « conditions essentielles » ; il est probable que le Conseil constitutionnel sera amené à le déterminer plus précisément lorsqu'il sera saisi de lois autorisant l'adaptation ou l'expérimentation juridique par une collectivité territoriale. En second lieu, il est notable que le droit à l'expérimentation ouvert au législateur et au pouvoir réglementaire par l'article 37-1 de la Constitution ne soit soumis à aucune restriction similaire. L'absence de précision en ce sens dans le texte de la Constitution a logiquement conduit la doctrine à se demander si, en n'excluant aucune matière du champ d'expérimentation, le constituant n'avait pas laissé aux pouvoirs publics nationaux la possibilité d'agir en matière de droits et de libertés, au risque de provoquer un morcellement territorial des libertés publiques³. Le Conseil constitutionnel a toutefois eu l'occasion de lever les doutes nés de l'imprécision de l'article 37-1. Saisi de la loi relative aux libertés et responsabilités locales, le Conseil a affirmé la prévalence en toutes circonstances de sa jurisprudence en matière de libertés, en déclarant que le législateur, lorsqu'il recourt à l'expérimentation, ne doit pas méconnaître les « exigences de valeur constitutionnelle »⁴. Ce faisant, le juge a conforté l'égalité des citoyens devant les libertés publiques, tout comme il a par ailleurs eu l'occasion de réaffirmer l'égalité des citoyens devant le service public.

2. L'égalité des citoyens devant le service public

Face aux différenciations opérées entre les citoyens français sur le fondement implicite de leur appartenance minoritaire se dresse un deuxième « corollaire » du

¹ Dans la même perspective, aux termes du statut défini par la loi organique du 27 février 2004, la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences étatiques reste subordonnée au respect « des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques » (loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183).

² Pour une lecture en ce sens du nouvel article 72 alinéa 4 de la Constitution, voir LUCHAIRE (François), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 684.

³ S'interrogeant sur ce point, voir FAURE (Bertrand), « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 181-182.

⁴ CC, décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Rec.*, p. 144 ; *RFDA*, 2004, p. 1152, note B. Faure. Selon le Professeur Faure, « au plan juridique, n'est-il pas paradoxal qu'on se donne la peine de constitutionnaliser l'expérimentation pour tenir en échec le principe d'égalité et, finalement, le faire réémerger comme un instrument de sa mise en œuvre ? » (*op. cit.*, p. 1154).

principe d'égalité¹. Le principe de neutralité des services publics, que le Conseil constitutionnel considère comme un « principe fondamental régissant le service public »², se présente en effet comme une limite supplémentaire à la consécration juridique des différences. Sa mise en œuvre interdit que le service public soit assuré de manière différenciée en fonction des opinions et des croyances de ses usagers – ou de son personnel. En cela, le principe de neutralité garantit l'impartialité de l'administration, impartialité qui ne se cantonne pas à l'observation d'une stricte égalité mais induit également le « refus de la différenciation illégitime »³.

Ainsi, c'est au nom de la neutralité du service public que le Conseil d'Etat a conclu, dans un arrêt du 27 juillet 2005, à l'illégalité de l'apposition sur les édifices publics, et notamment sur le fronton des mairies, « de signes symbolisant la revendication d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques »⁴. Le litige en question était relatif à l'apposition, sur le fronton de la mairie d'une commune du sud de la Martinique, d'un drapeau rouge, vert et noir symbolisant les revendications indépendantistes locales. Le juge a estimé que seul le drapeau français, signe d'identification de la République⁵, pouvait être apposé sur les bâtiments officiels, excluant ainsi l'exposition publique de tout signe d'appartenance minoritaire ou religieuse⁶.

Le principe de neutralité des services publics pourrait toutefois connaître un certain assouplissement découlant de la mise en œuvre du principe de laïcité dans les collectivités d'outre-mer⁷. En vertu de la loi du 15 mars 2004⁸, il est interdit aux élèves des établissements d'enseignement public de porter des signes ou des tenues manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse⁹. Si, au demeurant, cette loi a « vocation à s'appliquer sur tout le territoire national et notamment outre-

¹ CC, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Rec.*, p. 141.

² CC, décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 107.

³ GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 2000, n° 1143.

⁴ CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne, Leb.*, p. 347 ; *RFDA*, 2005, p. 1137, concl. F. Donnat ; *AJDA*, 2005, p. 196, note J.-B. Darracq.

⁵ Voir BURDEAU (François), « Les symboles de la France », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 87-94.

⁶ Dans le même sens s'agissant de l'apposition d'un emblème religieux dans une salle de mairie, voir CAA Nantes, 4 février 1999, *Association civique Joué Langeurs, Leb.*, p. 498.

⁷ Il ne s'agit pas ici de revenir sur la question de l'enseignement confessionnel dans les écoles publiques, reconnu comme conforme au principe constitutionnel et conventionnel de laïcité dès lors qu'il demeure facultatif. Voir *supra*, pp. 377ss.

⁸ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *JORF*, 17 mars 2004, p. 5190. Voir DURAND-PRINBORGNE (Claude), « La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre de débats de société », *AJDA*, 2004, pp. 704-709 ; MALAURIE (Philippe), « Laïcité, voile islamique et réforme législative », *JCP*, 2004, I, n° 124 ; KOUBI (Geneviève), « Une précision tenue pour insigne. A propos de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 », *JCP-ACT*, 2004, n° 1340 ; SAYAH (Jamil), « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *RDP*, 2006, pp. 915-950.

⁹ En la matière, la loi du 15 mars 2004 confirme la jurisprudence antérieure (voir notamment CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa, Leb.*, p. 389 ; *RFDA*, 1993, p. 112, concl. D. Kessler ; *AJDA*, 1992, p. 790, note C. Maugué et R. Schwartz ; *Dalloz*, 1993, p. 108, note G. Koubi ; *JCP*, 1993, n° 21998, note P. Tedeschi ; *LPA*, 24 mai 1993, p. 4, note G. Lebreton ; *RDP*, 1993, p. 220, note P. Sabourin).

mer »¹, sa mise en œuvre suscite toutefois certaines incertitudes dans la collectivité départementale de Mayotte. En effet, les tenues vestimentaires traditionnelles mahoraises comportent un petit châle, le kichali. L'application de la loi du 15 mars 2004 pourrait donc soulever des difficultés, dans l'hypothèse où elle remettrait en cause le port du kichali. Il est probable, de ce fait, que la loi soit appliquée dans l'île en tenant compte des spécificités locales².

3. L'égalité des citoyens devant les charges publiques

Où qu'ils se trouvent sur le territoire national, les citoyens français doivent contribuer aux charges publiques nationales, en application de l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Toutefois, dans la mesure où certaines collectivités ultra-marines disposent de compétences matérielles supplémentaires, elles bénéficient également de ressources fiscales supplémentaires, en application de l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution³ et de l'article 9 de la Charte européenne de l'autonomie locale⁴. A l'inverse, les prélèvements fiscaux de l'Etat dans ces collectivités se trouvent réduits proportionnellement aux compétences qu'il y exerce encore ; ces prélèvements peuvent également faire l'objet d'adaptations, eu égard aux spécificités locales. C'est précisément ce qu'affirme le Conseil d'Etat dans un arrêt du 12 janvier 2007 relatif à la Polynésie française : « les compétences que l'Etat détient en vertu de l'article 14 de la loi organique [du 27 février 2004] impliquent qu'il puisse édicter les règles permettant de disposer des ressources nécessaires à l'exercice de ces missions, notamment par l'institution d'une taxe, ou étendre celles applicables en métropole, en application de l'article 74-1 de la Constitution, en y apportant, le cas échéant, des adaptations »⁵.

¹ DUBERNARD (Jean-Michel), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics*, Rapport n° 1382, Ass. nat., 28 janvier 2004, p. 25. Aux termes de son article 2, la loi est applicable à Wallis et Futuna, à Mayotte, ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie dans les établissements publics d'enseignement secondaire relevant de la compétence de l'Etat en vertu de l'article 21 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. *A contrario*, la loi n'est donc applicable ni à Saint-Pierre-et-Miquelon, ni à la Polynésie française (qui a bénéficié du transfert des compétences de l'Etat en matière d'enseignement), ni aux établissements publics d'enseignement secondaire qui relèvent de la compétence des autorités de Nouvelle-Calédonie (les compétences en matière d'enseignement secondaire faisant partie des compétences transférées à la collectivité à partir de 2004).

² C'est tout au moins ce qu'affirmait le député rapporteur du projet de loi : DUBERNARD (Jean-Michel), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics*, Rapport n° 1382, Ass. nat., 28 janvier 2004, p. 25.

³ « Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi ».

⁴ « Les ressources financières des collectivités locales doivent être proportionnées aux compétences prévues par la Constitution ou la loi ».

⁵ CE, 12 janvier 2007, *Président de la Polynésie française et autres*, AJDA, 2007, p. 493. L'utilisation spécifique en matière fiscale de l'article 74-1 autorisant le Gouvernement, « dans les matières qui

Cet arrêt pouvait présager de la solution retenue par le Conseil constitutionnel moins d'un mois plus tard¹. Le juge constitutionnel était alors saisi de la loi organique du 21 février 2007 relative à l'outre-mer², qui restreignait à la sécurité aérienne et aux communications électroniques les domaines dans lesquels pouvaient être instituées des taxes concourant au financement des missions incombant à l'Etat dans les collectivités de Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon. Le Conseil a estimé que cette restriction au pouvoir fiscal de l'Etat revenait à faire financer par le reste de la Nation les compétences que l'Etat conserve dans ces collectivités, entraînant ainsi une « rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »³. Ce faisant, le juge réaffirme l'égalité de tous les citoyens français devant les charges publiques. Au nom de ce principe constitutionnel, l'Etat peut donc étendre les impôts métropolitains dans les COM – éventuellement en les adaptant – pour y financer l'exercice de ses missions résiduelles.

4. L'égalité des citoyens devant le suffrage

La plupart des textes internationaux relatifs aux minorités préconisent la mise en place, par les Etats confrontés à la question minoritaire, d'institutions susceptibles de permettre à leurs minorités nationales de prendre part directement aux décisions qui les affectent⁴. Ainsi, la Déclaration des Nations Unies du 18 décembre 1992 sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques proclame le droit, pour ces personnes, de participer effectivement aux affaires générales de la société nationale ainsi qu'« aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent ou les régions dans lesquelles elles vivent, selon des modalités qui ne soient pas incompatibles avec la législation nationale »⁵. Une telle disposition soulève la délicate question de la représentation démocratique et de la participation des groupes minoritaires au pouvoir⁶. Toutes les études sur le sujet s'accordent à considérer que les garanties élémentaires de la démocratie majoritaire⁷

demeurent de la compétence de l'Etat, [à] étendre par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole », est ici notable.

¹ CC, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3252 ; *LPA*, n° 69, 2007, p. 3, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 2007, p. 398, note S. Brondel.

² Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

³ CC, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *précit.*

⁴ A et égard, voir BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 424.

⁵ Article 2 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (AG Rés. 47/135, reproduit in *RGDIP*, 1993, pp. 500-502).

⁶ A cet égard, voir ROY (Ingride), « Le droit de “participation” des minorités à la vie de l'État et son impact sur les relations internationales des États », in DUCHASTEL (Jules), CANET (Raphaël) dir., *Crise de l'Etat, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna Éditions, 2006, pp. 123-138.

⁷ Parmi lesquelles se trouvent la liberté d'expression, le droit de vote, le pluralisme de l'information, la liberté de créer et d'adhérer à des organisations politiques, l'éligibilité aux fonctions publiques, le droit pour les acteurs politiques de solliciter soutiens et suffrages, la tenue d'élections libres et l'existence

sont des conditions nécessaires mais non suffisantes à l'expression et à la protection des droits des minorités¹. En effet, la démocratie majoritaire s'accommode mal d'une société nationale pluriculturelle, dans la mesure où elle tend à imposer aux minorités les décisions prises par la majorité, sans considération pour les spécificités propres à chacun de ces groupes. De ce fait, les instruments de la démocratie majoritaire peuvent être utilisés comme autant de techniques d'uniformisation de la société politique et, partant, d'assimilation des minorités nationales. C'est précisément pour éviter cette « tyrannie de la majorité » que la Cour européenne des Droits de l'Homme a pris le soin d'affirmer que « la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »².

L'insuffisante protection des minorités par le système majoritaire a incité certains Etats à expérimenter ce que les politologues anglo-saxons³ appellent la « démocratie consociative » (*consociational democracy*)⁴. Cette forme alternative de démocratie, dont la Suisse constitue la terre d'élection⁵, se manifeste par un « ensemble de

d'institutions politiques procédant du suffrage (DAHL (Robert), *Polyarchy, Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971, p. 3).

¹ En ce sens, voir European Center for Minority Issues, *Vers une participation effective des minorités*, Document des Nations Unies, Groupe de travail sur les minorités, 21 avril 1999 (Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/1999/WP.4) ; Fondation pour les relations interethniques, *Recommandations de Lund sur la participation effective des minorités nationales à la vie publique*, OSCE, Bureau du Haut Commissaire sur les minorités nationales, septembre 1999, 36 p. (http://www.osce.org/documents/hcnm/1999/09/2698_fr.pdf) ; Institut Max Planck, *La participation des minorités aux processus de prise de décision*, Document des Nations Unies, Groupe de travail sur les minorités, 30 mars 2001, 33 p. (Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/CRP.6).

² CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster*, Série A, n° 44, p. 25.

³ Le concept de *consociational democracy* a été développé dans les années 1980 par le politologue néerlandais Arend Lijphart pour expliquer le fonctionnement constitutionnel des démocraties européennes dont les politiques d'accommodation entre cultures différentes s'étaient révélées efficaces. Il a ensuite été abondamment repris par la doctrine américaine. Voir LIJPHART (Arend), *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, London, Yale University Press, 1980, 248 p.

⁴ La doctrine française ne s'accorde pas sur une traduction commune de ce concept anglo-saxon. Certains auteurs en font une traduction littérale en utilisant le néologisme de « démocratie consociative » (ZILLER (Jacques), « Existe-t-il un modèle européen d'Etat pluriculturel ? », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 236). D'autres préfèrent recourir à l'expression plus parlante de « démocratie associative » (ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, pp. 299-305). La première expression sera toutefois préférée ici, dans la mesure où la doctrine anglo-saxonne semble elle-même opérer une distinction de fond entre *associational* et *consociational democracy* (DAHL (Robert), *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, pp. 256-262).

⁵ La Suisse a expérimenté la démocratie consociative bien avant que cette notion ne fasse l'objet d'une conceptualisation doctrinale, au point qu'on a pu qualifier le régime helvétique de « démocratie des minorités, démocratie équilibrée par les minorités » (CADART (Jacques), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, tome 1, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 1990, p. 607 ; voir également LAUVAUX (Philippe), *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2004, pp. 421-425). Le concept peut aussi s'appliquer aux systèmes politiques belge, luxembourgeois, autrichien et néerlandais. Dans ces deux derniers Etats, cependant, le maintien du système consociatif s'est traduit par l'absence de véritable alternance politique et, en réaction, par l'émergence du populisme. A cet égard, voir ZILLER (Jacques), « Existe-t-il un modèle européen d'Etat pluriculturel ? », in DECKKER

mécanismes et d'arrangements institutionnels permettant d'établir un *modus vivendi* dans des sociétés culturellement divisées »¹. Elle repose en effet sur la recherche d'un consensus entre les différents groupes constitutifs de la société nationale, par le biais de mécanismes favorisant la représentation et la participation des minorités au processus décisionnel. Ces mécanismes peuvent prendre la forme ici d'un régime électoral reposant sur un usage étendu de la représentation proportionnelle², là d'un droit de veto³, de quotas ou encore de sièges réservés aux groupes minoritaires au Parlement national⁴. De tels dispositifs ouvrent la voie à une organisation multiculturelle de la démocratie. Par ce biais, les différents groupes composant la société nationale peuvent en effet peser sur les décisions adoptées par les pouvoirs publics, ce qui autorise les revendications minoritaires à pénétrer le droit de l'Etat. Pour cette raison, Alain Touraine estime que la démocratie consociative, « bien loin de rompre avec l'esprit démocratique qui repose sur l'universalisme individualiste, est l'aboutissement de l'idée démocratique, comme reconnaissance de la pluralité des intérêts, des opinions et des valeurs »⁵.

Pour autant, une telle conception de la démocratie est incompatible avec celle défendue en France depuis la Révolution. En effet, la représentation dans les institutions étatiques de communautés revendiquant la consécration de valeurs minoritaires se heurte à la conception républicaine universaliste du peuple français⁶. Comme l'exprimait Sieyès en 1789, « le droit de se faire représenter n'appartient aux citoyens qu'à raison des qualités qui leur sont communes et non à raison de celles qui les différencient »⁷. Ce refus de toute division entre les citoyens français se manifeste en premier lieu par l'unité du corps politique⁸. Ainsi, le Conseil constitutionnel a

(Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 237.

¹ DE WITTE (Bruno), « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, pp. 126-127.

² Ainsi, en Nouvelle-Zélande, l'introduction de la représentation proportionnelle à la place du scrutin majoritaire a résolu le problème de la sous-représentation parlementaire des Maoris, dont la représentation est passée de 3 % des sièges en 1993 à 16 % lors des élections de 2002, ce qui correspond à leur proportion dans la population.

³ En Hongrie, les Conseils minoritaires nationaux qui sont compétents en matière culturelle ont le droit, en vertu de la loi du 7 juillet 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques, d'opposer leur veto lors de l'élaboration du programme d'enseignement national.

⁴ Les sièges réservés et les quotas ont été essentiels pour assurer la représentation des différentes castes au Parlement indien, et des différentes minorités ethniques au Parlement croate.

⁵ TOURAINE (Alain), *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, pp. 240-241.

⁶ Sur les rapports équivoques entre République et démocratie, voir SADOUD (Marc), « République et démocratie », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 5-19.

⁷ SIEYES (Emmanuel), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, PUF, rééd., 1982, p. 88.

⁸ Certes mise à mal par la division des éligibles à raison de leur sexe, en vertu de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 qui ouvre la voie à la parité entre hommes et femmes pour les élections politiques (loi constitutionnelle n° 99-569, *JORF*, 9 juillet 1999, p. 10175). Il faut également rappeler que la création d'une citoyenneté néo-calédonienne n'est pas sans influence sur la représentation nationale, dans la mesure où certains élus locaux de Nouvelle-Calédonie, élus sur la base d'un suffrage restreint, participent à l'élection des sénateurs (voir *supra*, p. 340).

interdit toute discrimination entre les citoyens fondée sur leurs attaches territoriales ¹, la qualité de citoyen ayant précisément pour objet d'effacer les différences entre les composantes du corps politique. De plus, le juge vérifie que les assemblées représentatives (parlementaires comme locales) soient élues « sur des bases essentiellement démographiques » ², garantissant ainsi l'égalité des citoyens en matière électorale ³. La conception universaliste de la démocratie se traduit en second lieu par l'unité de la représentation du peuple : aux termes d'une jurisprudence constante, chaque député comme chaque sénateur « représente la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection » ⁴. Ainsi, les citoyens ont droit à une représentation égale et indifférenciée, conformément aux principes de la souveraineté nationale et de l'égalité des citoyens français.

L'égalitarisme républicain s'oppose donc à la mise en œuvre de mécanismes consociatifs au niveau national. Néanmoins, peut-être pourrait-on voir un embryon de démocratie consociative dans le renforcement récent de la « démocratie locale » ⁵ et

¹ Ainsi, dans deux décisions du 30 août 1984 relatives à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie (décisions n° 84-177 DC et n° 84-178 DC, *Rec.*, pp. 66 et 69), le Conseil constitutionnel a censuré l'incompatibilité entre les fonctions de membre du gouvernement du territoire et de membre du Parlement européen, au motif que « cette incompatibilité, qui intéresse l'exercice des droits civiques, touche certains citoyens en fonction de leurs attaches avec une partie déterminée du territoire de la France » et se trouve donc être « contraire à l'indivisibilité de la République ». Dans la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (*Rec.*, p. 50), le Conseil constitutionnel annule également une incompatibilité entre mandats électifs, spécifique aux élus de Corse, en se référant cette fois au principe d'égalité.

² En ce sens, voir CC, décisions n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Rec.*, p. 63 ; n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, *Rec.*, p. 7 ; n° 86-218 DC du 18 novembre 1986, *Rec.*, p. 167 ; n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, *Rec.*, p. 98 ; n° 2000-438 DC du 10 janvier 2001, *Rec.*, p. 37 ; n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Rec.*, p. 397. Voir FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 36, pp. 619-630.

³ En effet, la délimitation des circonscriptions électorales doit être effectuée en respectant le principe d'égalité de représentation des populations de chacune de ces circonscriptions ; cette délimitation « ne devra procéder d'aucun arbitraire » (CC, décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, *précit.*). Cela ne signifie pas pour autant que la représentation doit être nécessairement proportionnelle à la population de chaque circonscription : si les bases de la représentation doivent être « essentiellement » démographiques, il n'est pas nécessaire qu'elles le soient « exclusivement ». Par suite, le législateur pourra tenir compte d'« autres impératifs d'intérêt général » (tels que les caractères spécifiques des TOM/COM) lors du découpage des circonscriptions, sous réserve que ces considérations d'intérêt général interviennent « dans une mesure limitée » (décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *précit.*). Dans le même sens, voir CE Ass., 13 novembre 1998, *Commune d'Armoy, Leb.*, p. 395 ; CE, 6 janvier 1999, *Lavaurs, Leb.*, p. 1 ; *RDP*, 1999, p. 1515, note C. Geslot ; *RGCT*, n° 4, 1999, p. 115, note A. Roux.

⁴ Ainsi, dans la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (*RFDC*, n° 6, 1991, p. 309, note L. Favoreu), le juge constitutionnel s'est opposé à ce que la loi fasse « bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans la procédure d'élaboration des lois ». De manière similaire, saisi d'une disposition affirmant que « la Nouvelle-Calédonie est représentée au Parlement », le Conseil a émis une réserve d'interprétation rappelant que « si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, [...] chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection » (décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51). Cette réserve a été reprise *in extenso* dans les décisions n° 2004-490 DC du 12 février 2004 (*Rec.*, p. 41) et n° 2007-547 DC du 15 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3252).

⁵ La notion de démocratie locale apparaît dans la loi du 6 février 1992 relative à l'administration du territoire de la République, qui prévoit pour la première fois la possibilité de référendums locaux permettant la consultation des électeurs de la commune concernée sur une affaire de la compétence du Conseil municipal (loi n° 92-125, *JORF*, 8 février 1992, p. 2064).

de la « démocratie de proximité »¹, qui visent à étendre la participation des citoyens aux processus décisionnels locaux. A l'évidence, ces deux concepts participent de l'exigence de renouvellement de la démocratie française, qui marque également la révision constitutionnelle de mars 2003. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003² renforce en effet sensiblement la démocratie locale en consacrant de nouvelles techniques participatives à l'exemple du droit de pétition autorisant les citoyens à peser sur l'ordre du jour des assemblées délibérantes locales³, et en élargissant les possibilités de consultation des populations locales sur des sujets les intéressant en propre, par le biais de référendums locaux décisionnels ou facultatifs⁴.

Sans revenir sur les modalités de ces consultations qui ont d'ores et déjà été longuement présentées⁵, il faut rappeler que la Constitution prévoit désormais la possibilité, pour toute collectivité territoriale, de soumettre les projets de délibération relevant de sa compétence à l'approbation de sa population⁶. La Constitution autorise par ailleurs les autorités publiques nationales à consulter les populations locales concernées « lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation »⁷, ou lorsque se pose une question relative à l'organisation, aux compétences ou au régime législatif d'une collectivité ultra-marine⁸. Il s'agit dans ces deux cas de consultations facultatives dont le résultat

¹ La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité vise à renforcer la participation des citoyens aux affaires locales, en favorisant l'association de l'ensemble des citoyens aux décisions locales par le biais de conseils de quartier et de commissions consultatives des services publics, ou par le renforcement des droits des groupes politiques minoritaires au sein des assemblées locales (loi n° 2002-276, *JORF*, 28 février 2002, p. 3808). Voir PONTIER (Jean-Marie), « La démocratie de proximité : les citoyens, les élus locaux et les décisions locales », *RA*, 2002, pp. 160-168.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

³ Aux termes de l'article 72-1 alinéa 1^{er} de la Constitution.

⁴ Aux termes des articles 72-1 alinéas 2 et 3, 72-4 et 73 alinéa 7 de la Constitution.

⁵ Voir notamment DOUENCE (Jean-Claude), « Les garanties démocratiques : la consultation des populations », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 43-55 ; VERPEAUX (Michel), « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, pp. 540-547.

⁶ Il s'agit ici du référendum local prévu à l'article 72-1 alinéa 2 de la Constitution dont les modalités de mise en œuvre sont précisées par la loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003, *JORF*, 2 août 2003, p. 13218 (voir DUPRAT (Jean-Pierre), « La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1^{er} août 2003 », *AJDA*, 2003, pp. 1862-1867). Le référendum décisionnel local, comme le droit de pétition, peut être mis en œuvre dans les collectivités d'outre-mer, sous réserve toutefois des nécessaires adaptations aux spécificités locales. Ainsi, les modalités d'organisation du référendum local et du droit de pétition sont déterminées, pour la Polynésie française, par la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 (*JORF*, 2 mars 2004, p. 4183) et, pour Mayotte, Saint-Barthélemy et Saint-Martin, par la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121).

⁷ En vertu de l'article 72-1 alinéa 3 qui est applicable en métropole comme dans l'outre-mer, sous réserve toutefois des dispositions spéciales propres à ce dernier cas. Cette possibilité a été mise en œuvre en Corse le 6 juillet 2003, les électeurs étant amenés à se prononcer sur l'adoption d'un nouveau statut. On pourrait également envisager, sur ce nouveau fondement constitutionnel, la consultation des populations des départements de Savoie et de Haute-Savoie sur la création d'une nouvelle région Savoie, ou celle des populations des communes basques du département des Pyrénées-Atlantiques sur la création d'un département basque.

⁸ En vertu de l'article 72-4 alinéa 2 de la Constitution. Aucune consultation locale n'a encore été tenue sur le fondement de cet article.

ne lie pas l'autorité nationale compétente pour prendre la décision ¹. En revanche, la Constitution prévoit également la tenue de consultations locales obligatoires, qui concernent uniquement les collectivités ultra-marines. Ainsi, aucun changement de statut d'une collectivité ultra-marine de l'un vers l'autre des régimes prévus aux articles 73 et 74 de la Constitution ne peut être réalisé sans que le consentement des électeurs de cette collectivité ait été préalablement recueilli ². De la même manière, la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et à une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée unique pour ces deux collectivités doit aussi faire l'objet d'une consultation préalable des électeurs locaux ³. Dans ces deux hypothèses, l'obligation de consulter les populations concernées apparaît comme une formalité substantielle dont la violation serait assurément sanctionnée par le Conseil constitutionnel. La validité de la procédure législative se trouve donc conditionnée par la consultation obligatoire d'une *fraction* du corps électoral qui se trouve ainsi directement associée à l'exercice du pouvoir législatif par sa participation à l'édiction d'un acte décisif ⁴. Bien que le champ d'application territoriale de la loi en question soit restreint, il n'en demeure pas moins que cette innovation entraîne une fragmentation de la souveraineté.

Que ces consultations locales soient facultatives ou obligatoires, elles marquent ainsi une évolution indéniable des modes d'élaboration de la loi nationale. Si le législateur reste seul compétent pour l'attribution de statuts territoriaux dérogatoires, sa compétence en la matière n'est plus ni unilatérale ni autoritaire : désormais, il est constitutionnellement admis que les habitants d'une collectivité locale participent directement à l'évolution institutionnelle de celle-ci. En consacrant ainsi de tels procédés de démocratie participative, le constituant semble avoir fait un pas vers la démocratie consociative. De fait, ce renouvellement sans précédent de la démocratie locale apparaît comme un moyen de rénover le fonctionnement démocratique de la

¹ En ce sens, voir CC, décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *précit.* La consultation des électeurs de Corse le 6 juillet 2003 a montré toutefois qu'un avis négatif entraînait *de facto* l'abandon du projet, les autorités se trouvant politiquement liées par ce résultat. Voir ROBERT (Jacques), « Ne manier le référendum qu'avec prudence... », *RDP*, 2003, pp. 915-929.

² Aux termes de l'article 72-4 alinéa 1^{er} de la Constitution, sur le fondement duquel se sont tenus les deux référendums du 7 décembre 2003 en vue de la transformation de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy en COM. Saisi pour avis sur les décrets organisant ces référendums, le Conseil d'Etat a rappelé que le législateur ne saurait être lié par le résultat des consultations locales (avis n° 369561 du 23 octobre 2003). Dès lors, tant que la loi organique modifiant le statut de ces collectivités n'est pas intervenue, ces dernières conservent leur ancien statut (en ce sens, voir CE, 19 novembre 2004, *Jacques X.*, inédit ; CE, 12 janvier 2005, *M. Awav*, inédit).

³ En vertu de l'article 73 alinéa 7 de la Constitution, mis en œuvre lors des consultations du 7 décembre 2003 à l'issue desquelles les électeurs de Guadeloupe et de Martinique ont refusé la création d'une collectivité territoriale unique se substituant, dans chacune des deux collectivités, au département et à la région. Voir LE POURHIET (Anne-Marie), « Référendums aux Antilles : *Nou pa ka acheté chat en sak* », *RDP*, 2004, pp. 655-679.

⁴ En ce sens, voir DOUENCE (Jean-Claude), « Les garanties démocratiques : la consultation des populations », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 55.

République, en autorisant certaines composantes de la population nationale à faire prévaloir leurs intérêts dans le corps même de la loi.

Le système français demeure toutefois très loin des systèmes consociatifs que connaissent d'autres démocraties multiculturelles. A ce titre, une véritable avancée vers la démocratie consociative pourrait prendre la forme d'une représentation distincte des groupes ethniques dans les territoires où ils résident – ce qui impliquerait, au préalable, la reconnaissance juridique officielle de ces groupes ethniques. En ce sens, le Professeur Michalon a suggéré que, dans les collectivités abritant des populations autochtones, ces dernières soient représentées par une seconde assemblée qui serait établie à côté de l'assemblée territoriale classique, élue au suffrage universel¹. Cette nouvelle assemblée regrouperait les représentants des différentes communautés minoritaires du territoire, à l'exemple du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie². Il pourrait même être envisagé de transposer à ce système les techniques parlementaires du bicaméralisme : les délibérations locales seraient alors adoptées au terme d'une navette entre les deux assemblées, une commission mixte paritaire permettant, le cas échéant, de parvenir à un compromis.

Pour l'heure, un tel schéma institutionnel relève de l'utopie. Ce n'est pourtant qu'en envisageant ce type de participation des groupes minoritaires au pouvoir local que ces groupes pourraient voir leur identité effectivement protégée. Il faut néanmoins reconnaître que le scrutin proportionnel utilisé notamment en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie pour l'élection de l'assemblée locale permet une représentation plus équitable des populations minoritaires dans ces différentes collectivités³. Rappelons que, dans une décision du 12 janvier 1983, le Conseil constitutionnel a justifié la mise en place d'un régime de représentation proportionnelle dans le territoire de Nouvelle-Calédonie au regard « de la situation géographique et de la diversité ethnique de ce territoire »⁴, et que l'instauration du scrutin proportionnel en Polynésie française avait précisément pour objectif d'« améliorer l'équité des élections à l'Assemblée » territoriale⁵. De ce fait, il apparaît clairement que « la démocratie n'est pas une arithmétique : elle se mesure plutôt au degré de diversité

¹ Le Professeur Michalon suggérait, dans un rapport présenté au Ministère de l'outre-mer en mars 1992, qu'une telle assemblée soit mise en place en Guyane pour représenter les populations amérindiennes (rapport reproduit in MICHALON (Thierry), « Réflexions sur un nouveau statut de la Guyane », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n° 12, 1999, pp. 253-280).

² Sur le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, voir *supra*, pp. 191ss.

³ En Polynésie française, la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 (*JORF*, 22 février 2007, p. 3121) a rétabli le scrutin proportionnel que le statut de 2004 avait modifié, l'objectif du législateur étant de limiter l'instabilité politique chronique dans le territoire (voir TERNISIEN (Xavier), « Polynésie française : l'instabilité chronique », *Le Monde*, 1^{er} février 2007). Il est significatif également que le Projet de statut particulier pour la Bretagne adopté par l'Union démocratique bretonne le 29 mai 1999 prévoie que le « Parlement régional » soit élu « à la proportionnelle intégrale » (art. 16.2. du projet, reproduit en annexe 4).

⁴ CC, décision n° 82-151 DC, 12 janvier 1983, *Rec.*, p. 29 ; *AJDA*, 1983, p. 120 ; note F. Luchaire ; *RDP*, 1983, p. 333, note L. Favoreu.

⁵ Tel était l'intitulé de la loi organique n° 2001-40 du 15 janvier 2001, *JORF*, 16 janvier 2001, p. 783

qu'elle est disposée à reconnaître, et capable de gérer »¹. Bien que ses manifestations demeurent embryonnaires et géographiquement limitées, cette nouvelle approche de la démocratie ne doit pas être mésestimée ; il en va en effet de la sauvegarde de l'unité de l'Etat.

§ 2. La sauvegarde de l'unité de l'Etat

Au-delà de l'unité du peuple, le pluralisme juridique met à mal l'unité même de l'Etat. En effet, le renforcement de l'autonomie de certaines collectivités infra-étatiques se traduit par l'établissement d'institutions locales spécifiques, par l'exercice de pouvoirs normatifs propres voire, dans les cas les plus extrêmes, par la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination qui pourrait conduire, à terme, à l'indépendance de certaines parties du territoire national actuel. Face à ce risque potentiel, les paradigmes d'unité et d'indivisibilité sont invoqués comme parades à la fragmentation de l'Etat et de sa souveraineté.

S'ils sont volontiers associés à la Révolution qui leur a donné leur sens moderne², ces deux principes sont les héritiers directs de la tradition monarchique. L'unité et l'indivisibilité ont toujours constitué le socle de l'organisation constitutionnelle de la Couronne, puis de la République française³. En dépit des évolutions pluralistes qui se sont multipliées depuis lors, l'Etat reste attaché à ces principes originaires qui impliquent l'unité de la souveraineté comme celle du territoire⁴. Malgré la multiplication des autorités normatives et l'autonomisation institutionnelle des collectivités infra-étatiques, l'unité de l'organisation étatique se voit affirmée (A) et l'indivisibilité du territoire national se trouve confirmée (B).

A. L'unité affirmée de l'organisation étatique

Au regard des révisions constitutionnelles de 1998 et de 2003 qui renforcent l'autonomie politique de la Nouvelle-Calédonie et l'autonomie administrative des collectivités territoriales, il paraît légitime d'affirmer, avec le Professeur Brisson, que ces évolutions « amène[nt] à tempérer les exigences constitutionnelles –

¹ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 564.

² A cet égard, voir la thèse de DEBBASCH (Roland), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, 1988, pp. 18-20.

³ En témoigne leur inscription dans les Lois fondamentales du Royaume, puis dans toutes les Constitutions successives. Seules les lois constitutionnelles de 1875, dont on connaît les conditions d'élaboration, ne mentionnent pas le principe d'indivisibilité. La Constitution de 1958, pour sa part, est la seule à ne pas mentionner l'unité de la République, qu'elle affirme néanmoins « indivisible ».

⁴ Voir DEBBASCH (Roland), « Unité et indivisibilité », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, Collection Droit public positif. Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, 1990, pp. 7-47 ; MARCOU (Gérard), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 45-65.

d'indivisibilité de la République ou d'égalité de tous les citoyens devant la loi – découlant de l'Etat unitaire »¹. De fait, un nombre croissant d'auteurs tend à remettre en cause le caractère unitaire de l'Etat, pour affirmer sa fédéralisation² ou, tout au moins, sa régionalisation³. Si la première hypothèse paraît quelque peu hasardeuse dans la mesure où le système de répartition verticale des pouvoirs en France n'obéit pas aux trois principes du fédéralisme⁴, l'autonomisation normative des collectivités ultra-marines et, surtout, de la Nouvelle-Calédonie constitue en revanche un argument de poids en faveur de la théorie régionaliste. L'Etat régionalisé ou autonome se caractérise en effet par « la reconnaissance d'une réelle autonomie politique au profit des entités régionales et notamment d'un pouvoir normatif autonome. A cet égard, il correspond à la prise en compte de certaines spécificités, qu'elles soient ethniques, culturelles, linguistiques, religieuses [...] »⁵. Si l'on adopte cette définition, la France constitue *de facto* un Etat régionalisé depuis 1998⁶.

D'aucuns rétorqueront vraisemblablement que l'autonomie politique concédée aux collectivités infra-étatiques demeure pour l'heure strictement réservée à la Nouvelle-Calédonie. En dehors de ce cas spécifique d'application du principe de libre détermination des peuples, le processus de décentralisation renforcé en 2003 demeure, selon les termes du Conseil d'Etat, un « processus d'évolution de l'organisation administrative [de l']Etat »⁷. Ainsi, pour le Professeur Gohin, « la décentralisation de l'outre-mer français, même caractérisée par une autonomie détendue, s'inscrit dans le cadre du droit administratif qui régit tout Etat unitaire dès lors qu'il est, par définition,

¹ BRISSON (Jean-François), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 529-539.

² Ainsi, pour le Professeur Rousseau, les possibilités offertes à ces collectivités par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ouvrent la voie à « un rapport de type fédéral » entre les différentes catégories de collectivités ultra-marines et la métropole (ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 7^{ème} éd., 2006, p. 258).

³ En ce sens, voir PAGE (Jeanne), *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, pp. 459-473 ; MOYRAND (Alain), « Les pays d'outre-mer transforment la République française en un Etat autonome », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 187-198 ; DOLLAT (Patrick), « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ? », *RFDA*, 2003, pp. 670-677.

⁴ La logique fédérale apparaît nettement sous l'angle de l'autonomie, mais les critères de participation et de superposition sont loin d'être remplis par les collectivités territoriales, y compris ultra-marines. En ce sens, voir CLINCHAMPS (Nicolas), « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, pp. 73-93.

⁵ FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 412.

⁶ L'évolution de la France correspond à celle des Etats régionalisés, qui constituent tous d'anciens Etats unitaires. En Italie, en Espagne comme au Portugal, les régions auxquelles a été accordée une autonomie politique correspondent à des territoires aux particularismes locaux marqués, qu'ils soient géographiques, historiques, culturels ou linguistiques. La doctrine parle à cet égard de l'affirmation d'un « mésogouvernement », niveau de pouvoir intermédiaire entre le centre et l'échelon communal (sur cette notion, voir notamment (Jim), « The European Meso: An Appraisal », in SHARPE (Jim) ed., *The Rise of Meso-Government in Europe*, London, Sage Publications, 1993, pp. 1-39).

⁷ *EDCE*, n° 54, 2003, p. 55 (les italiques ont été ajoutés par nos soins).

un Etat monoconstitutionnel, et donc monolégislatif »¹. Les pouvoirs normatifs supplémentaires accordés aux collectivités territoriales et, notamment, aux collectivités ultra-marines ne remettraient donc pas en cause le caractère unitaire de la République, dans la mesure où « changer l'Etat n'a jamais signifié changer d'Etat »².

Une telle argumentation n'a toutefois de sens que si l'on écarte la Nouvelle-Calédonie du raisonnement, en la considérant comme une « collectivité non identifiée » dont la situation spécifique ne serait pas prise en compte pour établir la forme de l'Etat. Or, si la Nouvelle-Calédonie ne rentre pas dans la catégorie des collectivités territoriales de la République régies par le titre XII de la Constitution³, elle n'en demeure pas moins collectivité de la République⁴. Dès lors, la forme de l'Etat ne peut être déterminée sans qu'il soit tenu compte du statut de l'ensemble de ses composantes territoriales. Or, d'après les termes mêmes du Commissaire de la République dans ses conclusions sur l'arrêt *Genelle* du 13 décembre 2006, les caractéristiques de la Nouvelle-Calédonie tendent à « rapprocher [cette collectivité] des "autonomies" espagnoles ou italiennes, même si elle est à certains égards plus autonome encore que celles-ci (citoyenneté, étendue des compétences, capacité internationale, absence de restriction par rapport aux lois de base de l'Etat), à d'autres un peu moins (auto-organisation réduite, absence de mécanisme de protection contre un éventuel empiètement du législateur national sur ses compétences, persistance d'un contrôle de légalité et budgétaire) »⁵.

En sus de la référence désormais consacrée aux modèles espagnol et italien, un autre exemple, celui du Portugal, pourrait être opposé à ceux qui persistent à considérer que le seul cas de la Nouvelle-Calédonie ne peut conduire à remettre en cause la forme unitaire de l'Etat. En effet, bien qu'il n'accorde une autonomie politique qu'aux régions de Madère et des Açores, le Portugal se trouve bien classé dans la catégorie des Etats autonomiques par la plupart des auteurs⁶. Dans ce cadre, si l'on souhaite insister sur le caractère résiduel de l'autonomie politique concédée à la Nouvelle-Calédonie (dont l'extension a pourtant été envisagée à la Polynésie

¹ GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, pp. 87-88.

² GOHIN (Olivier), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA*, 2003, p. 528. Dans le même sens, voir FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 456 ; FLAMAND-LEVY (Bénédicte), « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA*, 2004, pp. 59-68.

³ CE Sect., 13 décembre 2006, *M. Genelle, Leb.*, p. 561 ; *JCP-ACT*, n° 1-2, 8 janvier 2007, p. 36, concl. S. Verclytte, note O. Gohin.

⁴ La loi organique du 19 mars 1999 utilise précisément le terme de « collectivité » pour désigner la Nouvelle-Calédonie, sans lui adjoindre de qualificatif (loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197).

⁵ *JCP-ACT*, n° 1-2, 8 janvier 2007, p. 36.

⁶ En ce sens, voir DOUENCE (Jean-Claude), « Açores, Madère et Canaries. Les modèles portugais et espagnol », in FABERON (Jean-Yves), AUBY (Jean-François) dir., *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 167.

française), on pourrait alors qualifier la France d'« Etat régional partiel »¹ ou encore d'Etat « partiellement composé »². Demeure cependant la question de savoir si le statut spécifique dont bénéficie la collectivité calédonienne constitue une exception destinée à le rester ou au contraire un précédent annonçant l'autonomie politique d'autres collectivités locales. En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'autonomie gouvernementale dont jouit la Nouvelle-Calédonie depuis 1998 est amenée d'une part à se perpétuer et d'autre part à se propager. Trois hypothèses sont envisageables.

Dans le premier cas, l'autonomie politique accordée à la Nouvelle-Calédonie n'a été conçue que pour accompagner l'accès à l'indépendance souhaitée par la population locale. L'Accord de Nouméa se place du reste dans cette perspective, en posant le principe d'un « partage de souveraineté avec la France sur la voie de la pleine souveraineté »³. En ce sens, le statut provisoire accordé à la Nouvelle-Calédonie en 1999 n'est pas l'illustration d'une fédéralisation ou d'une régionalisation du régime français, mais consacre le dépassement de cette logique autonomiste par une logique indépendantiste⁴. Si la population locale le souhaite, l'Etat recouvrera donc son caractère unitaire lorsque la Nouvelle-Calédonie aura effectivement accédé à l'indépendance à l'issue des référendums d'auto-détermination prévus d'ici 2018. Le caractère autonome de l'Etat français n'aura alors été qu'une parenthèse, une exception dans la longue tradition unitaire.

Dans le deuxième cas, la population locale refuse l'indépendance. Il est alors possible que le statut de la collectivité soit modifié pour réintégrer le cadre de l'article 74 de la Constitution et faire de la Nouvelle-Calédonie une collectivité d'outre-mer à statut d'autonomie au même titre que la Polynésie, auquel cas le caractère unitaire de l'Etat se trouverait réaffirmé. Il semble toutefois nettement plus probable que le statut actuel soit pérennisé⁵ dans le cadre d'un Etat dont le caractère autonome – même partiel – se trouverait alors pleinement confirmé.

Enfin, dans le troisième cas de figure, l'attribution de l'autonomie politique se voit revendiquée par d'autres collectivités territoriales. Dans cette hypothèse, la révision du 20 juillet 1998 devra être réellement interprétée comme un tournant – et non plus

¹ C'est précisément la qualification employée par le Professeur Douence pour définir le Portugal (DOUENCE (Jean-Claude), *op. cit.*, p. 167).

² ZILLER (Jacques), « Existe-t-il un modèle européen d'Etat pluriculturel ? », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 240. Voir également ZILLER (Jacques), « L'Etat composé et son avenir en France », *Revue politique et parlementaire*, n°1009/1010, 2000, pp. 151-157 ; BELORGEY (Gérard), « Ni République strictement unitaire, ni Fédération de régions : un Etat composé », *Revue politique et parlementaire*, n° 1009/1010, 2000, pp. 166-171.

³ Point 4 de l'accord du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁴ En ce sens, voir CLINCHAMPS (Nicolas), « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 86.

⁵ Sous réserve des nécessaires modifications visant notamment à expurger le statut des dispositions politiquement inadmissibles qui privent actuellement une partie de la population calédonienne de l'exercice du suffrage universel. Sur ce point, voir *supra*, pp. 336ss.

comme une simple parenthèse – dans la tradition française, qui aura ouvert la voie à un Etat autonome stable, voire à un Etat fédéral, dans l’hypothèse où les différentes collectivités infra-étatiques revendiqueraient leur propre Constitution¹.

Il est encore trop tôt pour percevoir la suite qui sera donnée aux réformes constitutionnelles de 1998 et de 2003. On peut néanmoins affirmer avec certitude que le constituant, suivi du législateur, a entrepris de bouleverser le cadre unitaire traditionnel de l’Etat, recherchant un nouveau point d’équilibre entre les exigences contradictoires de l’unité et de la diversité. Si la France reste formellement un Etat unitaire, les autorités publiques ont néanmoins procédé à un aménagement de la conception révolutionnaire du principe d’unité, prenant ainsi acte de la plasticité indéniable mais trop longtemps ignorée de l’Etat unitaire². Ce faisant, elles ont fait un pas vers la reconnaissance institutionnelle et normative de minorités nationales, en dépit de la menace que pourrait constituer cette ouverture à la différence minoritaire pour l’indivisibilité du territoire.

B. L’indivisibilité confirmée du territoire national

Si le pluralisme juridique remet en cause l’indivisibilité du peuple français, dont il exacerbe les « composantes », et l’indivisibilité de la puissance publique, concurrencée par d’autres entités productrices de droit, il est également susceptible de perturber l’indivisibilité du troisième élément constitutif de l’Etat, le territoire. En effet, plus le degré de pluralisme juridique est élevé, plus l’autonomie normative des collectivités minoritaires s’accroît, et plus leurs liens avec l’Etat se distendent. Pour certaines, le pas est vite franchi et les revendications juridiques se doublent de prétentions territoriales et de velléités autonomistes³. La question se pose alors de savoir si cette fragmentation de l’unité est susceptible de porter une atteinte telle au principe d’indivisibilité que l’intégrité territoriale de la République pourrait en être affectée.

¹ La doctrine s’est interrogée sur le point de savoir si l’Etat régionalisé constituait une catégorie à part entière, entre l’Etat unitaire et l’Etat fédéral, ou s’il relevait plutôt d’une catégorie transitoire vers le fédéralisme. En l’état actuel du droit, il semble que la flexibilité qu’autorise ce modèle en même temps que l’unité qu’il permet de sauvegarder conviennent à des Etats tels que l’Italie, l’Espagne ou le Portugal pour qui le fédéralisme n’est pas un modèle à atteindre. Cependant, si la différence entre les différents types d’Etats est plus une différence de degré que de nature, le passage d’une catégorie à l’autre peut être relativement aisé.

² Le Professeur Walker parle à cet égard de « flexibilité de la conception unitaire » (WALKER (Neil), « Beyond the Unitary Conception of the United Kingdom Constitution », *Public Law*, Autumn 2000, p. 389).

³ Si les prétentions territoriales sont généralement exprimées par les collectivités minoritaires elles-mêmes, comme en Nouvelle-Calédonie, elles peuvent dans certains cas être le fait d’Etats voisins. Ainsi, l’appartenance de Mayotte à la France fait l’objet depuis 1975 d’une contestation internationale de la part des Comores et d’une partie (de plus en plus réduite) de la communauté internationale. A cet égard, voir MANOUVEL (Mita), « Politique et droit dans les résolutions de l’Assemblée générale. La question de l’île de Mayotte », *RGDIP*, 2005, pp. 643-663.

En la matière, le droit international comme le droit constitutionnel dressent de véritables obstacles à toute tentative sécessionniste. Aux termes des instruments internationaux relatifs aux minorités nationales, la reconnaissance des collectivités minoritaires ne peut excéder le cadre de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des Etats¹. Seuls les peuples soumis à une domination coloniale, à une occupation étrangère ou à un régime raciste peuvent exercer le droit à l'autodétermination consacré par la Charte des Nations Unies². Dans ce cadre, « le droit des minorités s'arrête où commence la souveraineté et ses nécessaires implications [...], l'indivisibilité de l'Etat et de son territoire »³. De la même manière, très peu de Constitutions reconnaissent expressément le droit de sécession. Tel est le cas de la Constitution française qui proclame dans son préambule le droit des peuples à la libre détermination, mais ne prévoit formellement que les hypothèses de cession, d'échange et d'adjonction de territoire (article 53 alinéa 3), sans mentionner celle de la sécession⁴. Les travaux préparatoires à l'élaboration de la Constitution de 1958 révèlent clairement la contradiction qu'il y aurait eu à reconnaître un droit de sécession à certaines parties du territoire national, tout en affirmant le principe d'indivisibilité de la République⁵.

L'intégrité du territoire fait donc partie des principes de référence du Conseil constitutionnel, notamment lorsqu'il est amené à contrôler les lois relatives à la décentralisation⁶ ou définissant le statut particulier d'une collectivité territoriale¹.

¹ Même la Déclaration d'Alger de 1976 sur les droits des peuples, qui reconnaît l'existence de « peuples minoritaires » et leur droit imprescriptible et inaliénable à l'autodétermination (art. 5), leur en interdit l'exercice. En effet, l'inclusion d'un peuple minoritaire dans un Etat empêche qu'« il ne détermine son statut politique en toute liberté » (art. 5) : le maintien de « l'intégrité territoriale et de l'unité politique de l'Etat » (art. 2) est considéré comme un impératif supérieur s'imposant au peuple minoritaire. Comme l'indiquait Georges Scelle dès 1948, « le "droit" de la collectivité dissidente – et c'est un droit de sécession – s'affronte immédiatement avec le "droit" non moins respectable du surplus de la population de continuer à former une nation, un Etat, et persister dans un vouloir vivre collectif. On ne saurait admettre que la satisfaction du désir d'une minorité puisse l'emporter sur les nécessités vitales de la majorité et détruire la solidarité qui sert de base à l'Etat lui-même » (SCELLE (Georges), *Cours de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 157).

² Voir GUILHAUDIS (Jean-François), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Grenoble, PUG, 1976, pp. 44-67. Le Professeur Guilhaudis précise à cet égard que l'article 1^{er} § 2 de la Charte des Nations Unies ne donne naissance à aucun droit de sécession. La résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 de l'Assemblée générale des Nations Unies précise également qu'« aucune des dispositions de la présente déclaration ne peut être interprétée comme autorisant une quelconque activité contraire [...] à l'égalité souveraine, à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique des Etats » (art. 8 § 4).

³ BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 390. Voir également ARDANT (Philippe), « Que reste-t-il du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, pp. 43-54.

⁴ Jusqu'en 1994, les atteintes à l'intégrité du territoire national constituaient des infractions pénales (article 86 du Code pénal) ; tout acte tendant à soustraire à l'autorité du gouvernement français une partie des territoires sur lesquels cette autorité s'exerce était puni par une amende et par une peine de prison pouvant aller jusqu'à dix ans (article 88).

⁵ Voir Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. 3, Paris, La Documentation française, 1991, p. 294).

⁶ CC, décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Rec.*, p. 38.

Pour autant, le juge constitutionnel n'a jamais opposé le principe d'indivisibilité de la République à l'évolution vers l'indépendance des territoires d'outre-mer. Saisi en 1975 de la loi entérinant l'accession des Comores à l'indépendance, le Conseil s'est fondé sur l'article 53 alinéa 3 de la Constitution, qui n'envisage pourtant pas cette hypothèse, pour affirmer que les principes d'indivisibilité et d'intégrité territoriale ne faisaient pas obstacle à la sécession de certaines parties du territoire national². Cette interprétation constitutionnelle constructive, qui consacre la doctrine Capitant³, s'apparente à une véritable création de droit dans la mesure où elle autorise désormais, sous certaines conditions, la sécession de certains territoires de la République. En dépit des critiques dont elle a été l'objet⁴, cette jurisprudence a été confirmée par une décision du 2 juin 1987 relative cette fois-ci à la Nouvelle-Calédonie⁵.

Si l'affirmation du droit de sécession était audacieuse, le Conseil constitutionnel est toutefois resté prudent dans sa mise en œuvre, soumise à quatre contraintes explicitées dans la décision du 2 juin 1987. Tout d'abord, l'initiative ne peut être prise que par « les autorités compétentes de la République », ce qui semble exclure qu'un groupe de citoyens ou même une collectivité territoriale puisse déclencher le processus d'indépendance. Ensuite, le déroulement de ce processus doit s'inscrire « dans le cadre de la Constitution », l'application des règles du droit international devenant alors subsidiaire. En particulier, il s'agit là de la troisième condition, les « populations intéressées » doivent être consultées par un référendum dont la question doit être loyale, claire et sans équivoque⁶. Enfin, après cette consultation, le

¹ CC, décisions n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Rec.*, p. 41 ; et n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Rec.*, p. 70.

² Pour le Conseil, les dispositions de l'article 53 alinéa 3 « doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un Etat étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un Etat indépendant ou y être rattaché » (CC, décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Rec.*, p. 26 ; *RDP*, 1976, p. 431, note J.-C. Maestre ; *RDP*, 1976, p. 557, note L. Favoreu ; *AJDA*, 1976, p. 249, note C. Franck ; *Dalloz*, 1976, p. 537, note L. Hamon ; *RGDIP*, 1976, p. 1001, note D. Nguyen Quoc.

³ En 1966, René Capitant affirmait devant l'Assemblée nationale qu'« il est certain que l'article 53 s'applique à l'hypothèse plus moderne où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un Etat indépendant » (Document parlementaire, Ass. nat., n° 2199, Annexe au procès-verbal de la séance du 30 novembre 1966). Sur la doctrine Capitant, voir MOYRAND (Alain), ANGELO (Anthony), « International Law Perspectives on the Evolution in Status of the French Overseas Territories », *Revue juridique polynésienne*, n° 5, 1999, pp. 49-69.

⁴ La décision du 30 décembre 1975 a été notamment comparée à « une acrobatique interprétation » visant à donner une « coloration juridique à des opérations inconstitutionnelles » (MAESTRE (Jean-Claude), « L'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit à l'autodétermination », *RDP*, 1976, pp. 431-461).

⁵ Dans la décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, le Conseil constitutionnel étend le fondement constitutionnel du droit de sécession, en associant l'application de l'article 53 alinéa 3 aux « principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté, spécifiquement prévus, pour les territoires d'outre-mer, par l'alinéa 2 du préambule » (*Rec.*, p. 34 ; *AIJC*, 1987, p. 603, note B. Genevois ; *RDP*, 1989, p. 399, note L. Favoreu ; *Pouvoirs*, n° 43, 1987, p. 213, note P. Avril et J. Gicquel).

⁶ S'agissant du référendum sur l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté, qui doit se tenir d'ici 2018, l'article 217 de la loi organique du 19 mars 1999 envisage l'organisation de trois

Parlement doit adopter une loi autorisant la sécession : la décision finale appartient donc aux seules autorités nationales. Le cumul de ces différentes conditions exclut toute sécession unilatérale : du début à la fin du processus, l'Etat reste maître de l'accession à l'indépendance d'une de ses composantes territoriales. Comme le remarque le Professeur Rouland au regard de cette procédure très encadrée, la mise en œuvre du droit à l'autodétermination en France « est plus une éventualité qu'une prérogative »¹. Certains auteurs ont même estimé, à l'issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003², que la désignation nominative des collectivités ultra-marines à l'article 72-3 de la Constitution durcissait encore les conditions de sortie de la République de ces collectivités, en imposant désormais l'intervention du pouvoir constituant pour entériner l'éventuelle sécession de l'une d'entre elles³. Cette lecture a toutefois été infirmée par le Conseil constitutionnel. Lors de l'examen de la loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer⁴, le juge a en effet considéré que la loi organique ne pouvait elle-même subordonner l'éventuelle accession de Mayotte à l'indépendance à une révision de la Constitution⁵. Ce faisant, le Conseil refusait de durcir les conditions d'accession d'un territoire de la République à l'indépendance.

Suite à la décision du 30 décembre 1975, la doctrine s'est inquiétée de savoir quels étaient les territoires susceptibles de devenir indépendants⁶. Au regard de l'imprécision entourant les éventuels détenteurs du droit de sécession, il était légitime de se demander si les principes d'indivisibilité et d'intégrité territoriale étaient flexibles au point que le droit de sécession pût être reconnu à n'importe quelle

consultations successives. En effet, si une première réponse négative est donnée à l'indépendance par le corps électoral restreint, une deuxième consultation pourra être organisée à la demande du tiers des membres du Congrès et, en cas de nouvelle réponse négative, une troisième consultation pourra être organisée dans les mêmes conditions, tandis qu'en cas d'une troisième réponse négative, « les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée » (loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197). On ne peut qu'être d'accord avec le Professeur Le Pourhiet lorsqu'elle affirme que cette disposition consacre « une curieuse conception de la démocratie et de l'autonomie de la volonté et, partant, de la dignité des personnes et des peuples » (LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, p. 1021).

¹ ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 525.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5568.

³ En ce sens, voir GOHIN (Olivier), « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003, p. 678. Le Professeur Diémert estimait même que la nouvelle formulation de l'article 72-3 entraînait « l'abolition par le constituant de la doctrine Capitant sur le droit de sécession » (DIEMERT (Stéphane), « L'ancrage constitutionnel de l'outre-mer français », in FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 73).

⁴ CC, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *JORF*, 22 février 2007, p. 3252 ; *LPA*, n° 69, 2007, p. 3, note J.-E. Schoettl ; *AJDA*, 2007, p. 398, note S. Brondel.

⁵ L'article 3 du projet de loi organique indiquait : « Mayotte fait partie de la République. Elle ne peut cesser d'y appartenir sans le consentement de sa population et sans une révision de la Constitution ».

⁶ La décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975 (*précit.*) restait peu précise, évoquant simplement « l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République », le terme « territoire » faisant ici référence au principe de libre détermination des peuples et « n'ayant pas [...] la même signification juridique que dans l'expression territoire d'outre-mer ».

collectivité, y compris une région ou un département de métropole ¹. Si la décision du 2 juin 1987 semble apporter une réponse à cette ambiguïté en se référant au principe de libre détermination des peuples « *spécifiquement prévu pour les territoires d'outre-mer* par l'alinéa 2 du préambule » ², la décision du 9 mai 1991 relative à la Corse oppose pour sa part le « peuple français » dans sa singularité à la pluralité des « peuples d'outre-mer » ³, cette dernière mention suggérant l'extension du droit à l'autodétermination aux populations des DOM ⁴. La décision du 4 mai 2000 confirme cette interprétation : le juge réserve la possibilité de référendums statutaires et d'autodétermination aux « populations d'outre-mer intéressées », la population de Mayotte étant alors concernée ⁵. Aux termes de ces décisions, le Conseil constitutionnel exclut donc la possibilité d'organiser des consultations d'autodétermination en métropole, tout en ouvrant cette faculté à toutes les collectivités ultra-marines, DOM compris ⁶.

Comment justifier, toutefois, cette extension du droit à l'autodétermination aux départements d'outre-mer qui, nonobstant leur « situation particulière » au sens de l'ancien article 73 de la Constitution, relèvent encore d'une logique d'assimilation à la métropole ? Une telle extension ne s'explique que par une rupture du lien souvent opéré entre libre disposition et indépendance. L'autodétermination n'est pas systématiquement assimilable à la sécession : en témoigne la résolution 1541 de l'Assemblée générale de l'ONU, qui affirme que le droit des peuples à l'autodétermination peut se manifester par « la création d'un Etat nouveau indépendant », mais aussi par « l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé » ⁷. Il peut ainsi ne pas avoir sécession mais aménagement d'un régime d'autodétermination interne au sein même de l'Etat. Cette forme alternative d'autodétermination, qui constitue un « autre versant du droit des peuples » ⁸, semble

¹ En ce sens, voir HAMON (Léo), « Note sous décision du Conseil constitutionnel n° 75-59 DC du 30 décembre 1975 », *Dalloz*, 1976, pp. 537-541 ; ROBERT (Jacques), « L'intégrité du territoire », *Le Monde*, 16 janvier 1982. Cette interprétation est toutefois très minoritaire, la plupart des auteurs excluant le bénéfice du droit à l'autodétermination aux collectivités territoriales métropolitaines.

² CC, décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, *Rec.*, p. 34 ; *AIJC*, 1987, p. 603, note B. Genevois ; *RDP*, 1989, p. 399, note L. Favoreu ; *Pouvoirs*, n° 43, 1987, p. 213, note P. Avril et J. Gicquel.

³ CC, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Rec.*, p. 50 ; *RFDC*, n° 6, 1991, p. 487, note L. Favoreu ; *RDP*, 1991, p. 943, note F. Luchaire ; *RFDA*, 1991, p. 407, note B. Genevois ; *RUDH*, n° 10, 1991, p. 381, note C. Grewe ; FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 41, p. 724.

⁴ Voir ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, pp. 525-526.

⁵ CC, décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Rec.*, p. 70.

⁶ Le législateur a conforté cette lecture en rappelant la possibilité pour Mayotte, pourtant sur la voie de la départementalisation, de sortir de la République (art. LO 6111-1 alinéa 2 du CGCT).

⁷ AG, Rés. 1541 (XV), 15 décembre 1960.

⁸ PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « L'autodétermination : d'un principe de création de l'Etat à un principe de constitution de l'Etat », in AUDEOUD (Olivier), MOUTON (Jean-Denis), PIERRÉ-CAPS (Stéphane) dir., *L'Etat multinational et l'Europe*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1997, pp. 19-51. Voir également CHRISTAKIS (Théodore), *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 507-613.

désormais privilégiée par les collectivités minoritaires, y compris autochtones¹, comme par les Etats eux-mêmes qui voient, dans ce cadre, leur intégrité territoriale pleinement préservée.

C'est, du reste, l'option que semble avoir adoptée le constituant français, en créant la nouvelle catégorie des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie. La consécration même du terme d'autonomie révèle l'étendue des attributions que l'Etat est désormais prêt à octroyer à certaines collectivités infra-étatiques, en contrepartie du maintien de l'intégrité territoriale. En acceptant ainsi un degré variable d'autonomie, véritable « antidote contre l'indépendance »², l'Etat renforce sa propre permanence³. Au-delà de l'exemple polynésien, il serait envisageable que d'autres collectivités locales, voire certaines collectivités minoritaires, bénéficient d'un droit à l'autodétermination interne. Il y a déjà plus de dix ans, le Professeur Rouland affirmait en ce sens que « le droit à l'autodétermination pourrait être invoqué par les Autochtones de Guyane française sans que l'Etat français doive nécessairement craindre pour l'intégrité territoriale de la République »⁴. Dès lors que l'autodétermination dont il est question fait référence à un droit subjectif à l'identité au sein de l'Etat, ce droit devrait effectivement être en mesure de s'imposer⁵. En signant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones le 13 septembre 2007, le Gouvernement français n'a, du reste, pas affirmé autre chose⁶. Encore faut-il que soient préalablement reconnus les groupes susceptibles de bénéficier de ce droit à l'autodétermination, ce qui mettrait un terme (inévitable ?) à la fiction de l'isomorphisme entre l'Etat et la nation.

Conclusion du chapitre 2

A l'issue d'une étude sur les révisions constitutionnelles sous la V^{ème} République, Maud Fouquet-Armand concluait en 2001 que « la prise en compte du pluralisme et la reconnaissance des diversités par le constituant au cours de ces dernières années [ont] eu pour effet de faire disparaître le système mis en place par le constituant originaire

¹ Les travaux du Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones sont révélateurs de cette nouvelle orientation. Voir notamment DAES (Erica-Irene), *Notice explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, 19 juillet 1993, pp. 19-23 (Doc. E/CN.4/sub.2/1993/26/Add. 1).

² Selon les termes de Gaston FLOSSE, Président du Gouvernement de Polynésie (*JO Débats, Ass. nat.*, 31 janvier 1996, p. 563).

³ Voir NORDQUIST (Kjell-Åke), « Autonomy as a Conflict Solving Mechanism », in SUKSI (Markku) ed., *Autonomy: Applications and Implications*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 59-77.

⁴ ROULAND (Norbert), « Etre Amérindien en Guyane française : de quel droit ? », *RFDC*, n° 27, 1996, p. 504.

⁵ Dans le même sens, voir ARDANT (Philippe), « Que reste-t-il du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, p. 54.

⁶ Aux termes de l'article 3 de la Déclaration, « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement économique, social et culturel » (Doc. A/61/L.67/Add.1).

en même temps qu'elles ont remis en cause ses valeurs essentielles »¹. Une telle conclusion, même après la réforme de l'organisation décentralisée de la République en 2003, paraît exagérée. S'il est vrai que la progression du pluralisme juridique ébranle l'organisation du droit et de l'Etat en France, au final, les principes fondateurs de la République continuent de lui opposer une véritable résistance. La « pulvérisation du droit objectif en droits subjectifs » dénoncée par le Professeur Carbonnier² connaît ainsi des limites inhérentes au caractère unitaire, libéral et républicain de l'Etat. L'avenir du pluralisme juridique en France ne peut donc se concevoir que dans le cadre d'un Etat certes rénové mais qui demeure attaché à ses principes fondamentaux.

Ce n'est donc pas à une disparition que l'on assiste, mais bien plus à une réinterprétation des principes d'unité, d'indivisibilité et d'égalité, qui doivent désormais être conciliés avec la reconnaissance du pluralisme et de la diversité³. En ce sens, M. Hadas-Lebel suggère de donner « une nouvelle actualité à certains des principes de base qui ont inspiré, dès l'origine, l'idéal républicain : la protection des libertés, le respect de la loi, le souci de la solidarité [...]. En somme, il s'agit de définir les nouveaux contours de la "chose commune", puisque tel est le sens qui résulte de l'étymologie même du mot République »⁴. De fait, les efforts entrepris pour sauvegarder les principes fondamentaux de l'Etat et les principes fondateurs de la République montrent que le paradigme républicain, qui « synthétise les principes actualisés du droit public issus de la révolution française sur lesquels repose toujours la conception de l'Etat »⁵, n'a pas encore perdu sa légitimité.

Dans ce cadre, la République ne doit pas être appréhendée comme une somme de principes intangibles qui se transmettraient de manière inchangée de génération en génération. Elle doit au contraire être considérée comme « le produit d'une construction historique [...] caractérisé par une dynamique d'évolution permanente »⁶. Du reste, « il n'a jamais existé une conception unique de la République, cette notion donnant lieu, au fil du temps, à bien des glissements sémantiques. On parle, selon le cas, de République bourgeoise, conservatrice, sociale ou simplement républicaine, ce

¹ FOUQUET-ARMAND (Maud), « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la V^{ème} à la VI^{ème} République ? », *RRJ*, n° 4, 2001, pp. 1615-1616. Dans le même sens, Raphaël Hadas-Lebel affirme que « les principaux piliers du consensus républicain [...] se trouvent affaiblis », à l'instar de la souveraineté désormais « partagée », de l'unité et de l'indivisibilité remis en cause par le processus de décentralisation et la multiplication des niveaux d'autorité qui en résulte, des principes universalistes balayés par la prise en compte des revendications identitaires, de la citoyenneté française éclatée et de la nation fragmentée en collectivités recentrées sur leur identité culturelle et/ou ethnique (HADAS-LEBEL (Raphaël), « L'Etat de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, p. 104).

² CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, rééd., 2006, p. 121.

³ En ce sens, voir GREWE (Constance), « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, pp. 1349-1360.

⁴ HADAS-LEBEL (Raphaël), « L'Etat de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 105-106.

⁵ MARCOU (Gérard), « De l'expression des différences dans l'Etat républicain : l'exemple de la France métropolitaine », in DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 91.

⁶ CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 4^{ème} éd., 2003, p. 12.

qui donne à la “synthèse républicaine” un caractère composite et incertain »¹. Ne pourrait-on pas, dès lors, envisager une République pluraliste, qui donnerait à chaque citoyen la faculté de pouvoir revendiquer des appartenances identitaires multiples, tout en assurant la protection universelle des libertés et des droits fondamentaux² ? Cette idée ne paraît pas irréaliste, au regard des évolutions récentes de la société politique française, désormais marquée par la superposition de citoyennetés multiples³. En 1955, à l’occasion d’un débat sur l’Union française à l’Assemblée nationale, un député faisait une déclaration que l’on peut aisément reprendre mot pour mot plus de cinquante ans plus tard : « Pour nous, la République ne peut pas être une et indivisible : elle est au contraire multiple par ses aspects et indivisible dans son principe »⁴.

CONCLUSION DU TITRE 2

La tradition révolutionnaire avait développé une conception rationnelle du droit dans l’Etat. L’idée a longtemps prévalu – et continue, dans une certaine mesure, de prévaloir – que la règle juridique, incarnée dans la seule loi nationale, était l’expression de la volonté générale. Dès lors, la règle se devait d’être la plus générale possible dans sa portée. Cet idéal de généralité, et ses corollaires d’universalité et d’abstraction, ne pouvaient que très mal s’accommoder de règles dérogatoires ou différenciées. Pendant longtemps, les règles particularistes n’ont été que tolérées, perçues comme autant de négations de l’autorité attachée à la règle de droit commun et comme autant d’atteintes à la conception formelle de l’égalité.

Depuis quelques décennies, cette sacralisation de la règle de droit s’amenuise du fait de la prise de conscience collective des diversités socio-culturelles. A l’ambition de ne voir que des règles communes assurer la coexistence des individus, se substitue l’idée que la règle doit désormais correspondre à la réalité sociale qu’elle prétend régir. Dès lors, l’accent n’est plus mis sur la généralité ou la permanence, mais sur l’adaptation et l’efficacité. La dérogation ou la différenciation n’est plus perçue comme une atteinte à la rationalité du droit, mais comme « un facteur potentiel de perfectionnement de l’œuvre normative »⁵. De fait, « en acceptant d’accueillir en son sein des règles partiellement inconciliables, le système [juridique étatique] marque sa capacité d’encadrer différentes manières de discipliner la réalité ; il permet que

¹ HADAS-LEBEL (Raphaël), « L’Etat de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, p. 108.

² En ce sens, voir ROULAND (Norbert), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 414.

³ DOLLAT (Patrick), « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA*, 2005, pp. 69-87.

⁴ Cité in BORELLA (François), *L’évolution politique et juridique de l’Union française depuis 1946*, Paris, LGDJ, 1958, p. 76.

⁵ LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 288.

s'instaure une dialectique féconde qui remette en question l'inadéquation de certaines solutions »¹ jusqu'alors imposées unilatéralement par l'Etat.

En ce sens, si le pluralisme juridique intra-étatique constitue une atteinte à la « théorie pure » du droit, il ne suppose pas pour autant une dépréciation de l'ordre juridique étatique. L'hétérogénéisation du droit dans l'Etat ne doit pas être envisagée uniquement comme facteur de complexité et d'incertitude juridique², mais également comme vecteur de rénovation du droit. L'intérêt du pluralisme du droit réside précisément dans la dynamique de transformation qu'il sous-tend. S'opposant aux velléités monopolistiques de l'Etat moderne, il permet l'interaction entre cultures juridiques différentes et, par suite, l'évolution des ordres juridiques en présence par acculturation³. Contrairement à une idée très répandue dans la doctrine, les ordres juridiques minoritaires ne sont pas les seuls à se modifier sous l'influence du droit étatique. Le droit étatique lui-même intègre désormais des normes et des valeurs propres aux cultures juridiques minoritaires. Si le schéma général des relations inter-juridiques repose encore sur la domination du droit étatique, il ne faut pas négliger le phénomène d'évolution de ce droit au contact de cultures juridiques différentes. Gageons qu'à l'avenir, aucune analyse juridique ne pourra être menée à terme sans prendre en compte, sur un point ou sur un autre, les transformations induites par l'interpénétration croissante des ordres juridiques.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

En définitive, le contenu du droit positif aujourd'hui applicable en France n'est plus caractérisé par cette homogénéité qu'on lui prêtait encore, à tort ou à raison, il y a quelques décennies. Si les principes d'unité et d'indivisibilité subsistent en s'adaptant aux évolutions de la République, l'uniformité juridique, pour sa part, a bien disparu. De fait, « le temps a dévoilé les imperfections du droit moderne ; il a montré combien l'universalisme était un leurre, et que le règne suprême de la loi ne réglait pas tout »⁴. L'ordre juridique étatique, cohérent et hiérarchisé, fait désormais place à un ordonnancement juridique plural, composé de normes composites qui s'opposent parfois entre elles.

¹ LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *op. cit.*, p. 291.

² Bien que la complexité et l'incertitude soient inévitablement liées à la pluralisation du droit. En ce sens, voir LE ROY (Etienne), « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, pp. 35-36.

³ Henri Lévy-Bruhl définit l'acculturation juridique comme le phénomène de transformation d'un système juridique au contact d'un système juridique différent (LEVY-BRUHL (Henri), *Sociologie du droit*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 951, 7^{ème} éd., 1990, p. 116). Sur le concept d'acculturation juridique, voir également ALLIOT (Michel), « L'acculturation juridique », in POIRIER (Jean) dir., *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, pp. 118-120 ; ROULAND (Norbert), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1998, pp. 337-392.

⁴ ARNAUD (André-Jean), « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », *Le Courrier du CNRS*, n° 75, p. 82.

C'est donc à une modification de la conception même du droit que travaille le pluralisme juridique. Le droit n'est plus uniquement un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »¹, il doit désormais être abordé comme un construit culturel et, partant, comme le vecteur d'expression des différentes identités fondant la collectivité nationale. Dès lors, si le pluralisme juridique est révélateur de la vulnérabilité de l'Etat, il est également révélateur de la vulnérabilité du droit lui-même, dont le contenu apparaît de plus en plus contingent². Les normes produites dans un contexte plural se caractérisent essentiellement par leur adaptation à leur environnement socio-culturel. Comme l'indique le Professeur Timsit, « on ne saurait en effet, dans une situation de dialogue [et d'ouverture aux différences], édicter des normes qui ne tiendraient pas compte de la situation singulière qu'elles sont appelées à régir et du contexte dans lequel elles interviennent. D'où non seulement la contextualisation croissante de la normativité, mais l'émergence et la multiplication de droits que l'on accuse d'être des droits de dérogations ou d'exceptions »³.

Cette nouvelle normativité au contenu plural se caractérise alors par plusieurs traits : « la mutabilité (par opposition à la fixité et la rigidité de la normativité traditionnelle, mais qu'advient-il alors du principe de sécurité ?), la singularité (par opposition à l'uniformité... mais jusqu'où faudra-t-il pousser la transformation du principe d'égalité ?), l'endogénéité (par opposition à l'exogénéité... mais quelle place faire, dans nos démocraties, à ces nouveaux modes d'expression des membres de la collectivité ?) »⁴. A l'évidence, les évolutions pluralistes du droit positif soulèvent un certain nombre de questions qui ne pourront trouver de réponses qu'avec le temps et qu'au prix d'une véritable détermination politique. Il serait facile d'écarter ces questionnements parfois embarrassants en limitant le pluralisme à ses manifestations politiques et sociales, excluant tout pluralisme juridique. Cela conduirait néanmoins à ignorer les revendications collectives identitaires qui ne se satisfont pas d'un système juridique unitaire et uniformisé. Cela serait le signe manifeste d'un manque de courage politique. Car au final, comme l'indiquait Montesquieu dès le milieu du XVIII^e siècle, « la grandeur du génie ne consisterait-elle pas à mieux savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? »⁵.

¹ CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, v° « Droit ».

² GRATALOUP (Sylvain), « La vulnérabilité de la règle de droit », in COHET-CORDEY (Frédérique) dir., *Vulnérabilité et droit*, Grenoble, PUG, 2000, pp. 33-45.

³ TIMSIT (Gérard), « Normativité et régulation », *CCC*, n° 21, 2006, p. 86.

⁴ TIMSIT (Gérard), « Normativité et régulation », *CCC*, n° 21, 2006, p. 87.

⁵ MONTESQUIEU (Charles de), *De l'Esprit des Lois*, tome 2, Paris, Gallimard, rééd., 1995, p. 1039.

CONCLUSION

Au terme de cette recherche, un constat s'impose, celui du divorce consommé entre le discours unitariste des autorités publiques et la réalité pluraliste du droit applicable en France. Au regard des évolutions autonomistes et différencialistes qui marquent désormais le système juridique national, il semble en effet difficile d'affirmer avec assurance que la France reste un Etat unitaire dont les citoyens, égaux devant la loi, sont soumis à un droit uniforme. Une telle fiction juridique est pourtant encore bien ancrée dans le discours politique, sans que ce hiatus entre discours et réalité ne suscite de véritable étonnement – alors qu'il faudrait au contraire « s'étonn[er] de cette absence d'étonnement »¹.

De fait, le droit qui est aujourd'hui applicable par les citoyens français n'est pas le monolithe que les représentations juridiques monistes laissent classiquement entrevoir. Face à la diversité socioculturelle de sa population, l'Etat n'a eu d'autre choix que de renoncer non seulement à l'uniformité mais également à l'unité de son droit². Comme l'indique le Professeur Debbasch, pourtant fort attaché à l'unité et à l'indivisibilité de la République, « malgré les textes, malgré les positions politiques, doctrinales ou jurisprudentielles [...] la réalité n'est plus tout à fait celle d'un Etat unitaire classique »³. Le modèle français se révèle donc moins figé qu'il n'y paraît : on voit au contraire se multiplier les situations de pluralisme juridique, qui conduisent à une évolution de la forme de l'Etat et de la conception du droit.

Il est évidemment toujours loisible de présenter ces situations comme éphémères ou exceptionnelles, de manière à tempérer les difficultés de leur adaptation au modèle républicain. C'est, à notre sens, mésestimer la souplesse et l'adaptabilité de ce modèle. C'est également refuser de voir l'intérêt que peut présenter le pluralisme juridique face aux revendications identitaires qui se multiplient depuis quelques décennies. En

¹ La formule est empruntée au Professeur Amselek, qui s'étonne de la passivité des juristes à contester le phénomène juridique lui-même, le considérant comme un acquis susceptible d'analyse mais non de critique. Il s'inscrit en cela en opposition avec Carré de Malberg, qui estimait que certains phénomènes juridiques sont « incontestables » et que, dès lors, « le juriste n'a pas à s'en préoccuper » (CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1, Paris, Dalloz, rééd., 2003, p. 64).

² VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et Organisation de l'Etat*, Actes du quatrième colloque international du Centre international de la Common Law en Français (CICLEF), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 665-675.

³ DEBBASCH (Roland), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, n° 30, 1997, pp. 368 et 371.

s'opposant au centralisme étatique, le pluralisme juridique permet en effet aux différentes collectivités minoritaires d'être désormais régies par un droit adapté à leurs spécificités. Ce faisant, il autorise l'inscription, dans le droit positif, de la diversité socioculturelle. Ce procédé permet ainsi à la France de mieux affronter la difficulté de ce qu'il faut bien nommer, à la suite du Professeur Pierré-Caps, l'« ethnicisation » de l'Etat¹ – à condition de ne pas voir dans l'ethnie le cache-misère de la race mais une qualification de groupes distincts, permettant de décrire le processus d'institutionnalisation juridique de la différence culturelle qui est désormais à l'œuvre dans de nombreux Etats européens².

Au regard de ces enjeux décisifs, il est temps que le pluralisme juridique, qui était jusqu'ici « le pont aux ânes des travaux d'anthropologie du droit »³, soit désormais également reconnu comme objet d'étude par la science juridique elle-même. Dans cette perspective, il faudrait toutefois que les juristes acceptent de se départir de leurs préconceptions doctrinales et de modifier leur représentation positiviste du droit⁴. Réfléchir sur le pluralisme juridique suppose en effet l'adoption préalable d'un cadre de référence où le droit étatique n'est plus central, indépendant et souverain, mais ouvert à d'autres ordres juridiques qui sont susceptibles d'en modifier les sources et le contenu. Ce n'est qu'en épousant ce nouveau cadre de référence que l'on peut pleinement évaluer dans quelle mesure, en France, l'affirmation du pluralisme du droit (I) entraîne le renforcement du droit au pluralisme (II).

I. L'AFFIRMATION PROGRESSIVE DU PLURALISME DU DROIT

En 1576, Bodin écrivait que « l'un des plus grands et peut-être le principal fondement des Républiques est d'accommoder l'Etat au naturel des citoyens, et les édits et les ordonnances à la nature des lieux, des personnes et du temps [...]. On doit diversifier l'état de la République à la diversité des lieux, à l'exemple du bon architecte qui accommode son bâtiment à la nature qu'il trouve sur les lieux »⁵. Plus

¹ PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Les figures constitutionnelles de l'Etat-nation », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXI^e siècle*, Actes du colloque de Nancy (6-8 novembre 1997), Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, Collection Science et technique de la démocratie, 1998, p. 20.

² Le Professeur Pierré-Caps cite les exemples des Etats d'Europe centrale et orientale qui ont constitutionnalisé la langue comme facteur d'identification ethnique (Macédoine, Croatie, Moldavie...) mais il indique que ce processus d'ethnicisation du droit gagne aussi l'Europe occidentale (*Ibid.*).

³ LE ROY (Etienne), « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, p. 31.

⁴ A défaut, « le voyage [...] s'avère singulièrement vain puisque le voyageur s'impose de forcer ses observations à rentrer dans les compartiments rigides d'une pensée juridique préétablie » (ASSIER-ANDRIEU (Louis), « L'anthropologie et la modernité du droit », *Anthropologie et Sociétés*, 1989, p. 22). Dans le même sens, voir BELLEY (Jean-Guy), « Le Droit comme *Terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 1-16.

⁵ BODIN (Jean), *Les six livres de la République*, Paris, Fayard, rééd., 1986, p. 508.

de quatre siècles plus tard, il semble que l'Etat commence à faire droit à cette recommandation, en acceptant progressivement la pluralisation du droit sur son territoire. Les manifestations du pluralisme juridique sont toutefois très diverses et il faut bien admettre que ce phénomène protéiforme recouvre aujourd'hui de multiples situations, au risque de perdre en compréhension ce qu'il a gagné en extension.

Il faut en effet « distinguer entre un pluralisme concédé par l'Etat, un pluralisme admis ou toléré par l'Etat ou encore un pluralisme dressé contre l'Etat »¹. Dans le premier cas, on est en présence d'un droit étatique pluraliste. Dans le second, on se trouve en situation de pluralisme juridique intra-étatique. Ce n'est que dans le troisième que l'on a affaire à un pluralisme juridique « authentique »², extra-étatique. Ces diverses manifestations se retrouvent dans le cadre français, confirmant ainsi l'hypothèse qu'il existerait différents degrés de pluralisme juridique (A). La vérification d'une telle hypothèse n'est pas anodine dans la mesure où elle entraîne nécessairement une remise en cause de la conception du droit (B).

A. L'apparition de différents degrés de pluralisme juridique

A l'issue de notre recherche, il est possible de recenser différentes manifestations du pluralisme juridique en France. On observe ainsi, dans certains cas, la formation d'un droit étatique plural qui se traduit par l'octroi de droits subjectifs différenciés à des groupes déterminés. Dans d'autres cas, on a affaire à un pluralisme juridique infra-étatique qui suppose l'institutionnalisation et l'autonomisation normative de collectivités minoritaires territorialisées, dans le cadre d'une décentralisation asymétrique. Ce phénomène est à distinguer du pluralisme juridique intra-étatique qui implique, pour sa part, l'intégration des règles coutumières minoritaires dans l'ordonnancement juridique étatique. Enfin, il subsiste dans certaines parties du territoire national un pluralisme juridique extra-étatique qui prend la forme de règles coutumières appliquées *de facto* par les groupes qui les ont générées, mais auxquelles l'Etat n'a pas attribué valeur de droit positif – à l'exemple des coutumes amérindiennes ou polynésiennes.

Le recensement de ces différentes manifestations conforte l'hypothèse selon laquelle le pluralisme juridique pourrait faire l'objet d'une lecture graduelle, le degré de pluralisme juridique se trouvant directement corrélé au degré d'autonomie du groupe minoritaire concerné³. Dans ce cadre, il serait possible de classer les différentes collectivités minoritaires sur une échelle figurant leurs degrés respectifs d'autonomie juridique. Certaines collectivités ne disposent d'aucune autonomie tout

¹ INGBER (Léon), « Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit », in GILISSEN (John) dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, p. 83.

² GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 1-8.

³ L'autonomie est ici entendue dans son sens étymologique.

en se voyant reconnaître certains droits différenciés ; elles se situent alors au bas de l'échelle. D'autres jouissent d'un minimum d'autonomie par la création de règles de comportement qui sont respectées par le groupe et ont ainsi valeur de droit. D'autres encore gagnent un peu plus d'indépendance en disposant de leurs propres institutions, et notamment de leur propre juge, pour assurer le contrôle de leurs règles de droit. Les ordres juridiques minoritaires parvenus à un tel degré d'organisation sont capables de fonctionner de manière relativement autonome. Toutefois, le degré d'autonomie maximale ne peut être atteint que par les collectivités minoritaires susceptibles d'assurer l'exécution forcée des décisions prises par leurs propres juges. Or, si certains groupes disposent *de facto* de « policiers coutumiers », les sanctions qu'ils exécutent sont considérées par l'Etat comme illégales, au regard du principe d'unité du droit pénal. L'Etat étant officiellement le seul à disposer du pouvoir de contrainte, tous les ordres juridiques infra-étatiques doivent composer avec ce minimum de relevance.

Si l'on cherche à placer les différentes collectivités minoritaires étudiées sur cette échelle, les minorités de métropole se situent généralement à l'extrémité inférieure, tandis que les minorités d'outre-mer atteignent parfois un degré d'autonomie relativement élevé. Cette distinction entre les différents groupes minoritaires s'explique au regard de deux critères dont la combinaison sous-tend l'application de statuts différents. Le premier est d'ordre géographique : les revendications formulées au sein de l'Hexagone sont ressenties comme irrecevables, et seules y sont prises en compte certaines demandes touchant notamment aux langues régionales. En revanche, l'éloignement et la discontinuité territoriale atténuent les craintes d'une dislocation de la Nation en même temps qu'ils rendent plus acceptable l'affirmation de particularités autochtones. Un second critère entre alors en jeu : le degré présumé d'assimilation de ces communautés à la Nation française ou, inversement, de leur conscience identitaire propre.

Le classement des différentes minorités sur cette échelle n'a toutefois aucun caractère définitif, dans la mesure où l'autonomie accordée à chaque collectivité est susceptible d'être accrue – comme dans le cas des minorités polynésiennes – ou, au contraire, restreinte – comme l'illustre la minorité mahoraise. Le pluralisme juridique doit en effet être considéré comme un processus évolutif dont l'intensité varie continuellement, en fonction des revendications minoritaires et des intérêts de l'Etat. La gradation du pluralisme juridique dans l'espace se double ainsi d'une gradation dans le temps ¹.

Dans tous les cas, quel que soit le degré observé, les différentes manifestations du pluralisme juridique en France n'excèdent pas le cadre d'un « pluralisme juridique

¹ En ce sens, voir SEZGIN (Yüksel), « Theorizing Formal Pluralism: Quantification of Legal Pluralism for Spatio-temporal Analysis », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 50, 2004, pp. 101-118.

faible »¹, encadré voire généré par l'Etat lui-même. Il est vrai que le pluralisme juridique tel qu'il est mis en œuvre dans l'Etat unitaire est loin de ressembler à celui que prônaient les fondateurs de la sociologie du droit. Gurvitch défendait ainsi le dynamisme du « droit social », réduisant la portée du droit étatique à la seule organisation de la société politique ; dans cette perspective, le pluralisme juridique devait être largement extérieur à l'Etat et s'appuyer sur la vitalité de la société civile, au sein d'une organisation institutionnelle décentralisée². L'observation de la situation des ordres juridiques minoritaires en France laisse apparaître, au contraire, le rôle central du droit étatique dans la dynamique sociale : « partout où Gurvitch voyait les virtualités d'un droit de participation [des minorités] s'est imposé un droit de protection défini et contrôlé par l'Etat [...]. Le pluralisme juridique extra-étatique s'est soumis au triomphe du droit étatique pluraliste »³.

Comme l'indique le Professeur Vanderlinden, un pluralisme juridique fort – à supposer que l'État accepte de le mettre en place – se distinguerait des aménagements juridiques existants par trois caractères essentiels : « 1) il ne s'agit pas d'une "reconnaissance" de l'existence de régimes particuliers consentis par [l'Etat], mais bien d'un accord librement consenti entre parties considérées comme égales ; 2) la production du droit dans les matières reconnues comme faisant l'objet du pluralisme échappe entièrement au groupe majoritaire et est placée de manière exclusive sous le contrôle de la minorité ; 3) les conflits de droit comme de for entre ordres juridiques minoritaires et entre ceux-ci et l'ordre juridique majoritaire sont réglés par des instances représentant de manière égale les parties en présence »⁴. Ces conditions sont-elles conciliables avec le principe de souveraineté ? Il est permis d'en douter. Il semble que la France, pour l'heure, préfère opter pour ce que le Professeur Delmas-Marty appelle un « pluralisme ordonné », qui permet « de renoncer au pluralisme de séparation – car la clôture des systèmes de droit est devenue illusoire à l'heure où la mondialisation multiplie les interdépendances – mais sans adhérer pour autant à l'utopie de l'unité juridique »⁵. La mise en place de ce nouveau cadre pluraliste entraîne alors une remise en cause de la conception du droit.

¹ GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 1-55.

² Voir BOUVIER (Michel), « Georges Gurvitch et l'idée du droit social », in *Mélanges Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 19-26.

³ BELLEY (Jean-Guy), « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, p. 18.

⁴ VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 675.

⁵ DELMAS-MARTY (Mireille), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, chron., n° 14, 2006, p. 951. La réflexion du Professeur Delmas-Marty est essentiellement centrée sur les relations entre les ordres juridiques nationaux et internationaux, dans le cadre de la mondialisation. Ses observations ne sont toutefois pas dénuées d'intérêt pour notre sujet, dans la mesure où elle analyse les formes d'interaction qui peuvent se produire entre des ordres juridiques différents. Voir également DELMAS-MARTY (Mireille), *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Paris, Ed. du Seuil, 2006, 303 p.

B. La remise en cause de la conception du droit

Dans les sociétés étatisées, le droit produit par l'Etat occupe une place centrale, au point d'occulter tous les autres phénomènes normatifs. Omniprésent et omnipotent, il se présente fondamentalement comme « un instrument de la tutelle de l'Etat sur la société civile »¹. En mettant en avant l'existence et la validité d'ordres juridiques produits hors de l'Etat, le pluralisme juridique tend précisément à remettre en cause cette conception étatiste du droit. L'un des principaux enjeux du pluralisme juridique est en effet de replacer la société civile au cœur du processus de production du droit, en préconisant le développement de nouvelles formes de régulation juridique qui pallieraient les insuffisances de la réglementation étatique².

Un tel objectif conduit, en premier lieu, à reconnaître l'influence des ordres juridiques non-étatiques³ qui se révèlent souvent plus efficaces – car mieux adaptés aux situations particulières – que le droit étatique dont on ne cesse de critiquer la complexité⁴. Certains auteurs ont même suggéré que « la croissance législative exponentielle ne prendra fin que lorsque la société civile retrouvera son pouvoir d'autorégulation et d'autorégulation »⁵. Dans une telle hypothèse, l'Etat doit cependant accepter de partager le champ juridique avec d'autres ordres concurrents, et de recentrer sa propre fonction juridique sur la gestion et la protection d'un noyau dur de règles communes à l'ensemble de la société nationale.

La promotion de la société civile suppose, en second lieu, que les règles juridiques produites par l'Etat soient, elles aussi, mieux adaptées aux besoins des individus auxquels elles prétendent s'appliquer. A l'évidence, « le temps n'est plus où le Parlement pouvait imposer sa volonté unilatérale par une intervention législative dont la légitimité reposait sur sa seule autorité institutionnelle. Exit l'Etat westphalien et la légitimité wébérienne, et vienne la postmodernité où la légitimité, qui ne prend plus sa source dans les institutions, résulte de la coïncidence des valeurs entérinées par la loi avec celle des justiciables : désormais les lois intégreront les valeurs de ceux qu'elles entendent régir, faute de quoi il leur manquera la légitimité nécessaire non seulement à

¹ COHEN-TANUGI (Laurent), *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1992, p. 62.

² Sur le concept de régulation juridique, voir CHEVALLIER (Jacques), « La régulation juridique en question », *Droit et Sociétés*, n° 49, 2001, pp. 827-846 ; TIMSIT (Gérard), « Normativité et régulation », *CCC*, n° 21, 2006, pp. 84-87.

³ ARBOS (Xavier), « Le droit non étatique dans la régulation sociale », in MIAILLE (Michel) dir., *La régulation entre droit et politique*, Actes du colloque du Centre d'Etudes et de Recherches sur la Théorie de l'Etat (octobre 1992), Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 233-244.

⁴ Voir OPPETIT (Bruno), « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, n° 4, 1986, pp. 9-19 ; Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 223-406.

⁵ VARAUT (Jean-Marc), *Le droit au droit*, Paris, PUF, 1986, p. 24. Un tel argument tend ici à alimenter la doctrine économique libérale, qui prône le retrait de l'Etat en matière de régulation de la société civile. En ce sens, voir également COHEN-TANUGI (Laurent), *op. cit.*, 208 p.

leur effectivité, mais même à leur adoption »¹. Pour que ses règles de droit soient effectivement appliquées par les individus minoritaires qui ne partagent pas toujours les valeurs dominantes et n'ont pas systématiquement les mêmes besoins que le reste de la population nationale, il semble en effet nécessaire que l'Etat ne s'appuie plus uniquement sur la sanction publique, mais recherche également l'adhésion des citoyens². La différenciation juridique participe pleinement de ce processus.

Cette double évolution est révélatrice des mutations qui affectent le droit dans le nouveau cadre pluraliste. Au droit moderne élaboré dans le cadre de l'Etat et défini par sa rationalité, sa généralité et sa stabilité se substitue progressivement un droit nouveau caractérisé par la diversité plutôt que l'uniformité, par la souplesse plutôt que la rigidité, par la coordination plutôt que la hiérarchisation. De fait, le droit ne peut plus être considéré comme un « système pur »³, « autoréférentiel »⁴ et « auto-poïétique »⁵. Au contraire, sa définition ne peut faire abstraction de l'existence de multiples ordres juridiques qui nouent entre eux des rapports d'interdépendance. Pour une partie de la doctrine, le droit moderne laisserait alors place à un droit « post-moderne »⁶ qui donnerait à la régulation juridique une signification nouvelle.

Une telle transition paradigmatique suscite toutefois une certaine perplexité. De fait, est-ce vraiment le droit qui change ? N'est-ce pas plutôt l'idée que l'on s'en fait aujourd'hui qui tend à se modifier ? En effet, le modèle classique d'un droit hiérarchiquement organisé reflète-t-il vraiment ce qu'est le phénomène juridique ou n'est-il que l'image d'un droit idéalement construit par la doctrine positiviste ? Si le droit moderne n'a jamais été la pyramide que les positivistes ont coutume de décrire, alors l'appréciation portée sur les changements juridiques en cours devrait s'en trouver modifiée. Ces changements sont loin d'avoir la portée qu'on leur prête, dès lors que l'on admet qu'il est dans la nature du droit de présenter une « teneur

¹ LAJOIE (Andrée) et al., « La réforme de la gestion des terres des Premières Nations : pour qui ? », *Politique et Sociétés*, Vol. 23, n° 1, 2004, p. 53.

² En ce sens, voir TIMSIT (Gérard), « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, pp. 375-394 ; CHEVALLIER (Jacques), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 675-679 ; TIMSIT (Gérard), « Normativité et régulation », *CCC*, n° 21, 2006, pp. 85-87.

³ KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, 367 p.

⁴ LUHMANN (Niklas), « L'unité du système juridique », *APD*, tome 31, 1986, pp. 163-188.

⁵ Les théories de l'autoréférence et de l'autopoïèse considèrent les systèmes juridiques en eux-mêmes, comme des systèmes clos et autarciques, parfaitement indépendants de toute autre forme de normativité. Voir TEUBNER Gunther, *Le droit, un système auto-poïétique*, Paris, PUF, 1993, 296 p.

⁶ Voir SOUSA SANTOS (Boaventura de), « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 10, 1988, pp. 379-405 ; ARNAUD (André-Jean), « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », *Le Courrier du CNRS*, n° 75, 1990, pp. 81-82 ; GAGNÉ (Gilles), « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la post-modernité », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 33, n° 3, 1992, pp. 701-733 ; MAISANI (Pauline), WIENER (Florence), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 443-464 ; CHEVALLIER (Jacques), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 659-690 ; GUIBENTIF (Pierre), « Brèves réflexions critiques sur le 'droit post-moderne' », in *Mélanges Alain Hirsch*, Genève, Slatkine, 2004, pp. 61-66.

indécise »¹. La référence à la post-modernité peut alors être abandonnée, puisqu'elle désigne une rupture paradigmatique qui n'est, en fait, qu'une nouvelle manière de concevoir le droit.

L'affirmation du pluralisme juridique conduit donc à « repenser le droit »² en privilégiant désormais le mouvement à la stabilité, l'empirisme au rationalisme, l'individualisme à l'universalisme, et l'indétermination à la certitude. Au-delà, il conduit à repenser le droit en fonction des individus auxquels il va s'appliquer. En effet, en se pluralisant, le droit perd sa neutralité axiologique pour devenir un enjeu culturel majeur³, dans la mesure où les différences culturelles peuvent désormais avoir une traduction juridique. En ce sens, l'affirmation du pluralisme du droit en France ne peut qu'entraîner le renforcement du droit au pluralisme.

II. LE RENFORCEMENT MANIFESTE DU DROIT AU PLURALISME

Les différentes manifestations du pluralisme juridique, qu'elles se cristallisent autour des notions de discriminations positives, de statuts particuliers, de droits dérogatoires ou de citoyennetés différenciées, montrent que le droit applicable en France est actuellement l'objet d'une évolution décisive, touchant à la consistance du lien social et à la définition de l'identité nationale. Ces manifestations révèlent toutefois des mouvements contradictoires : alors même que l'Etat refuse systématiquement de reconnaître l'existence de minorités nationales sur son sol, il multiplie les mesures tendant à accorder des droits spécifiques ou une certaine autonomie normative à des groupes s'apparentant à de telles minorités. L'ambiguïté juridique ne saurait être plus grande.

L'indétermination de l'Etat face à la question du statut juridique des minorités nationales, ses oscillations entre universalisme et différencialisme, entre unitarisme et pluralisme, reflètent la difficulté générale, propre à toutes les sociétés multiculturelles contemporaines, d'inscrire dans le droit la diversité culturelle. Confrontés à l'hétérogénéité de la population nationale, les pouvoirs publics oscillent entre les attitudes contraires de refus ou de prise en compte des spécificités minoritaires. La progression avérée du pluralisme juridique ces dernières années tendrait à établir un renforcement concomitant du droit au pluralisme, entendu ici comme droit à la

¹ L'expression est empruntée à AMSELEK (Paul), « La teneur indécise du droit », *RDP*, 1991, pp. 1199-1216.

² LE ROY (Etienne), « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, p. 43.

³ Ce phénomène avait déjà été mis en exergue dans le cas, peut-être plus typique et moins sujet à controverse, des pays arabes. A cet égard, voir HENRY (Jean-Robert), « Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu culturel », *Droit et Sociétés*, n° 15, 1990, pp. 157-170 ; LAVOREL (Sabine), *Les Constitutions arabes et l'Islam : les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, Coll. Enjeux contemporains, 2005, 202 p.

différence. Ces évolutions juridiques sont toutefois loin de faire basculer le droit public français dans une logique différencialiste¹. Il s'agit bien plus d'infléchissements ponctuels qui marquent la progression du principe de tolérance dans le droit public français², et dessinent peu à peu les contours encore très incertains d'un droit français des minorités nationales.

Néanmoins, le mouvement ainsi engendré ne peut pas être uniquement étudié à l'aune de ses manifestations actuelles. La dynamique d'évolution, loin d'être stabilisée, ne manque pas d'interroger sur ses perspectives d'avenir. A cet égard, la formation d'un véritable droit des minorités en France ne saurait avoir lieu sans que soit préalablement affirmé un droit à l'identité (A) qui serait lui-même le prélude à une « refondation du contrat social »³ (B).

A. L'affirmation d'un droit à l'identité

Promouvant les principes d'égalité et d'universalité, le modèle républicain impose aux citoyens français un cadre juridique homogène qui se révèle de plus en plus inadapté à l'expression des diversités socioculturelles. Cette inadaptation est d'autant plus patente que le cadre juridique républicain n'est pas neutre : comme dans toute démocratie libérale, il est empreint des valeurs de la majorité qui se trouvent ainsi imposées à tous les citoyens, quelles que soient leurs opinions, leurs croyances ou leur appartenance culturelle⁴. Comme le souligne le Professeur Wuhl, « l'exigence d'adhésion à l'ordre politique républicain s'accompagn[e] d'une demande d'intégration à une histoire, une culture, une langue, une tradition nationale » ; aussi, la culture dominante « constitue-t-elle la référence prioritaire obligée dans tout projet d'intégration à la nation française »⁵. Il est certain que, sous couvert d'une intégration nécessaire, le modèle républicain valorise l'appartenance culturelle nationale au détriment des identités culturelles minoritaires.

Dans ce cadre, il semble temps non pas de rechercher une alternative au modèle républicain qui présente, par ailleurs, de nombreuses vertus, mais d'envisager des améliorations qui permettraient d'atténuer le « monoculturalisme »⁶ si néfaste à l'affirmation des diversités socioculturelles. La solution ne réside toutefois pas dans le

¹ Dans le même sens, voir BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, 533 p.

² Comme l'ont souligné les débats doctrinaux à l'occasion de l'affaire du « foulard islamique », la règle de droit tend aujourd'hui à exprimer un principe de tolérance. En ce sens, voir KOUBI (Geneviève), « De la laïcité à la liberté de conscience : le port d'un signe d'appartenance religieuse », *LPA*, n° 3, 5 janvier 1990, pp. 6-13.

³ Selon les termes de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039.

⁴ TAYLOR (Charles), *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, p. 63.

⁵ WUHL (Simon), *L'égalité, nouveaux débats. Rawls et Walzer : les principes face aux pratiques*, Paris, PUF, 2002, p. 273.

⁶ KHOSROKHAVAR (Farhad), « La fin des monoculturalismes », in WIEVIORKA (Michel), OHANA (Jocelyne) dir., *La différence culturelle. Une reformulation des débats*, Paris, Balland, 2001, p. 17.

communautarisme, loin s'en faut. Comme l'indique le sociologue Michel Wieviorka, « il faut en finir avec les perspectives manichéennes qui opposent trop simplement deux registres, l'universel et le particulier, la République et le multiculturalisme, en développant une image de plus en plus abstraite et irréaliste du premier, et en caricaturant l'autre pour l'utiliser comme repoussoir »¹. De fait, « entre un héritage des Lumières dont l'universalisme laisse de côté des pans entiers de la population, et un différencialisme débouchant sur le tribalisme [...], il n'y a pas à choisir, mais à se dégager d'une alternative mortelle pour la démocratie »².

Dès lors, la solution résiderait peut-être dans la reconnaissance du principe de tolérance qui, pour le Professeur Otis, suppose « une volonté de voir dans la reconnaissance mutuelle la condition essentielle d'une véritable communauté humaine »³. Ce principe de tolérance se traduirait donc par l'attribution aux cultures minoritaires du même degré de reconnaissance que celui dont jouit la majorité. Une telle évolution impliquerait « le rejet de toute conception centralisatrice ou monopolistique de l'identité, l'abandon d'un mythe national unitaire et l'adhésion à l'idée d'une pluralité d'identités constitutionnellement légitimes »⁴. La reconnaissance officielle de l'existence de minorités nationales serait donc, dans ce cadre, un préalable nécessaire.

Sur ce point, l'attitude des autorités françaises semble évoluer quelque peu. Alors que les déclarations des gouvernements successifs jusque dans les années 1990 témoignaient d'une véritable intransigeance à l'égard de la notion même de minorité⁵, l'engagement de la France en faveur de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones qui a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2007⁶ laisse deviner un certain assouplissement de la position française⁷. Si la reconnaissance de minorités nationales n'est pas encore d'actualité, les mesures en leur faveur se multiplient néanmoins, qu'elles prennent la forme d'un statut

¹ WIEVIORKA (Michel) dir., *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1996, p. 43.

² WIEVIORKA (Michel) dir., *op. cit.*, p. 7.

³ OTIS (Ghislain), « La tolérance comme fondement et limite de droits identitaires autochtones », in DUMOUCHEL (Paul), MELKEVIK (Bjarne) dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 96.

⁴ *Ibid.*

⁵ Certaines de ces déclarations sont rapportées in CAPOTORTI (Francesco), *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 24 juin 1977, p. 37 (E/CN.4/sub.2/384/Rev.1).

⁶ Doc. A/61/L.67/Add.1 (<http://www.docip.org>).

⁷ Lors de l'élaboration de ce texte, le représentant permanent de la France auprès de l'ONU, Daniel Bernard, avait reconnu que la France défendait une approche très restrictive des droits collectifs, s'agissant en particulier des minorités et des populations autochtones. Il avait cependant ajouté que « c'est peut-être dans ces domaines qu'un réel effort conceptuel mériterait d'être fait pour prendre en compte certaines réalités et ne pas être tenus à l'écart de l'évolution qu'ils représentent. Car la protection de droits de l'individu passe parfois par celle de certaines collectivités, notamment quand il s'agit de groupes minoritaires » (cité par C. Costes dans le journal de l'International Commission for the Rights of Aboriginal Peoples, *ICRA Info-Action*, n° 28, avril-juin 1998, p. 16).

personnel particulier, de droits culturels dérogatoires, d'une différenciation statutaire accrue ou de droits locaux spécifiques. Au regard de ces évolutions, il ne semble pas illégitime d'affirmer que la France consacre implicitement l'existence de minorités nationales sur son sol.

Si ce *statu quo* paraît confortable sur le plan politique, il ne saurait toutefois perdurer longtemps, sauf à multiplier les incohérences juridiques. Si le processus ainsi engagé se poursuit, une reconnaissance officielle des minorités nationales qui nécessiterait sans doute une révision constitutionnelle paraît, à terme, inévitable. L'intérêt d'une telle réforme serait double. Elle permettrait d'une part à la République d'assumer pleinement sa diversité, ce qui contribuerait peut-être à apaiser le débat souvent exacerbé sur l'identité nationale¹. Elle autoriserait d'autre part chaque citoyen à affirmer sa propre identité culturelle, dans le cadre de la République.

Un tel aménagement du droit constitutionnel français conduirait alors à reconnaître l'existence d'un droit inhérent à l'identité, qui légitimerait lui-même, en retour, la consécration du pluralisme juridique. L'affirmation de ce droit à l'identité, qui implique le respect, voire la protection, des spécificités minoritaires, paraît d'autant plus inéluctable qu'il est intimement lié au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine². Le droit à la dignité, considéré comme un « concept absolu »³ ne pouvant souffrir ni atteinte ni restriction, suppose en effet le respect du mode de vie de chaque individu, et notamment de son appartenance culturelle, dès lors que celle-ci est vécue comme un mode privilégié d'accomplissement personnel. Le droit à l'identité rejoindrait ainsi le droit au développement personnel consacré en 2002 par la Cour européenne des Droits de l'Homme⁴, qui ouvre la voie à la valorisation des identités personnelles. Au final, l'objectif serait de « garantir à chaque individu la possibilité de s'épanouir pleinement dans une société ne devant imposer de contraintes que strictement proportionnées aux nécessités de la vie en commun »⁵.

Pour l'heure, la notion même de droit à l'identité suscite encore la polémique. Il est vrai que tout débat relatif à l'identité culturelle ne concerne jamais uniquement les minorités nationales mais intéresse également les minorités immigrées. Si le sujet était

¹ En témoigne les controverses qui ont suivi la création, en 2007, d'un Ministère de l'immigration, de l'intégration et de l'*identité nationale*. Sur le concept d'identité nationale, « référence incontournable quoiqu'indéfinissable », voir TAGUIEFF (Pierre-André), « L'identité nationale : un débat français », *Regards sur l'actualité*, n° 209-210, 1995, pp. 13-28 (citation p. 23).

² En ce sens, voir EVAÏN (Stéphanie), *Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et le respect de l'être humain dans son identité*, thèse de doctorat, Université de Cergy-Pontoise, 1999, 430 p.

³ Selon les termes du Commissaire du Gouvernement P. Frydman dans ses conclusions sur l'arrêt CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, AJDA, 1995, p. 942.

⁴ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, Rec. 2002-III, commenté in SUDRE (Frédéric) et al., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 4^{ème} éd., 2007, pp. 427-434.

⁵ RAUX (Cédric), « Communauté de droit et pluralisme. Les contradictions de la notion d'identité personnelle », *RIEJ*, n° 55, 2005, p. 161.

déjà délicat, il devient alors explosif. Comme les minorités nationales, les minorités immigrées contribuent à l'émergence du pluralisme juridique, dans la mesure où elles continuent souvent à appliquer leur droit d'origine, qu'il s'agisse d'un droit national étranger, d'un droit religieux ou d'un droit coutumier. Il arrive parfois que ces ordres juridiques importés défient l'ordre public¹. Leur application soulève alors la question de leur reconnaissance par les autorités françaises et notamment par le juge, qui peut difficilement les appréhender par le biais du droit international privé².

Certains auteurs ont suggéré d'étendre aux individus immigrés le bénéfice de l'article 75 de la Constitution³, en se fondant sur un argument *a priori* logique : dans la mesure où un citoyen français de statut coutumier mahorais peut légalement appliquer les prescriptions du Coran, pourquoi un citoyen français musulman ne le pourrait-il pas ? D'autres auteurs ont proposé de doter la France d'un Code musulman dont l'application permettrait à ses bénéficiaires de former une catégorie confessionnelle soumise à un droit religieux spécifique⁴. L'étape suivante serait sans doute la mise en place de tribunaux religieux, à l'exemple de ce qui était envisagé en Ontario il y a quelques années⁵. De telles propositions d'inspiration communautariste

¹ On peut mentionner notamment la question de l'excision (RUDE-ANTOINE (Edwige) dir., *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Khartala, 1992, pp. 133-203), du port de signes religieux dans les écoles publiques (SAYAH (Jamil), « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *RDP*, 2006, pp. 915-950), du respect de certains rites religieux (CEDH Grande chambre, 27 juin 2000, *Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, Rec. 2000-VII ; *RTDH*, n° 45, 2001, p. 195, note J.-F. Flauss), des mariages polygamiques ou des répudiations (RUDE-ANTOINE (Edwige), « La coexistence des systèmes juridiques différents en France : l'exemple du droit familial », in KAHN (Philippe) dir., *L'étranger et le droit de la famille : Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Paris, La documentation française, Coll. Perspectives sur la justice, 2000, pp. 147-181).

² S'il s'agit de ressortissants étrangers vivant en France, les règles du droit international privé (et notamment l'exception d'ordre public) sont pleinement applicables. En revanche, s'il s'agit de citoyens français d'origine étrangère, le recours à ces règles ne saurait être justifié.

³ Ainsi, pour le Professeur Pierré-Caps, « l'application de l'article 75 de la Constitution comme principe de solution des conflits interpersonnels devant les juridictions françaises, en permettant aux Musulmans intéressés de devenir citoyens français dans le respect de leur identité religieuse, constituerait un moyen d'intégration en douceur dans la cité française en attendant que l'apprentissage de la laïcité fasse ses preuves » (PIERRE-CAPS (Stéphane), « Les "nouveaux cultes" et le droit public », *RDP*, n° 4, 1990, p. 1118). Dans le même sens, voir ROULAND (Norbert), « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, p. 223. Pour une présentation des termes et des enjeux de ce débat, voir HOCHART (Catherine), « La reconnaissance du statut personnel des Musulmans en France. Question sensible, question de sensibilité », in CURAPP, *Questions sensibles*, Paris, PUF, 1998, pp. 275-293.

⁴ RIAD (Fouad), « Pour un Code européen de droit musulman », in CARLIER (Jean-Yves), VERWILGHEN (Michel) dir., *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 379-382.

⁵ En décembre 2004, un rapport de l'ancien Procureur général de l'Ontario avait en effet recommandé l'établissement de tribunaux islamiques se fondant sur la *Charia* pour trancher les litiges matrimoniaux, similaires aux instances d'arbitrage juives et catholiques qui existaient déjà dans la province. Face aux critiques et aux manifestations, le Premier ministre de l'Ontario a renoncé à ce projet, annonçant même la dissolution de tous les tribunaux religieux dans la province. Voir PELOUAS (Anne), « Un projet de tribunaux islamiques d'arbitrage déclenche de vives polémiques au Canada », *Le Monde*, 5 mai 2005.

paraissent à l'évidence incompatibles avec les principes républicains¹. De fait, la situation des minorités immigrées est différente de celle des minorités nationales, comme en témoigne le refus du droit international de les assimiler². Rien ne justifie, dès lors, que leurs revendications identitaires respectives reçoivent un traitement juridique similaire, qui remettrait profondément en cause le contrat social.

B. La « refondation du contrat social »

Le droit au pluralisme confronte deux concepts complémentaires qui constituent deux exigences démocratiques d'égale intensité. Le concept de *civilité* désigne l'attachement commun des citoyens à l'ordre juridique, politique et social que représente l'Etat. Le concept d'*altérité*, en revanche, met l'accent sur ce qui différencie les citoyens, tout en fondant leur identité personnelle. La conciliation de ces exigences contradictoires est l'un des problèmes fondamentaux des démocraties libérales. Toute une série de questions en découle : la citoyenneté peut-elle durablement ignorer les spécificités identitaires au nom de l'universalisme ou doit-elle tenir compte des droits et des revendications résultant de l'appartenance à un groupe ? Comment concilier l'universalité des droits liés au statut de citoyen et le particularisme de certaines affiliations ethniques et/ou culturelles ? Une citoyenneté différenciée est-elle véritablement susceptible d'apporter une réponse adéquate ou aboutira-t-elle au particularisme et à la division ?

La réponse, comme toujours, réside dans l'équilibre. Face aux revendications des minorités nationales, la solution consiste en effet à trouver un équilibre entre l'expression des identités individuelles et la protection des principes fondateurs de l'Etat de droit. Dans cette perspective, il s'agit donc de trouver « un consensus portant sur ce que l'on est prêt à conserver en commun et ce que l'on souhaite préserver comme portant la marque de son identité »³. En d'autres termes, il s'agit de concilier civilité et altérité. C'est précisément ce que tente de faire l'Accord de Nouméa en proposant la « refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie »⁴. C'est également ce qu'il faudrait envisager dans le reste du territoire français, afin de redéfinir les relations entre l'Etat, la Nation et les minorités nationales.

¹ Elles ne sont du reste pas sans heurter les préceptes défendus par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt du 31 juillet 2001 (CEDH, 31 juillet 2001, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, Rec. 2003-II ; RDP, 2002, p. 1493, note G. Lebreton ; RTDC, 2001, p. 979, note J.-P. Marguénaud).

² Voir *supra*, pp. 8ss.

³ VANDERLINDEN (Jacques), « L'utopie pluraliste. Solution de demain au problème de certaines minorités ? », in LEVRAT (Nicolas) (dir.), *Minorités et Organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 672.

⁴ Point 4 du préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8039. Voir FABERON (Jean-Yves), « Contrat social et Nouvelle-Calédonie », in *Mélanges Michel Guibal*, tome 2, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 431-436.

Une telle reformulation du contrat social implique, à l'évidence, de renoncer à une approche uniquement politique de la citoyenneté. En effet, dans un Etat démocratique dont la population est multiculturelle, « la qualité de la citoyenneté dépend de la capacité d'exprimer les particularités culturelles auxquelles les citoyens sont attachés et auxquelles ils s'identifient. De plus, l'attachement des citoyens à la "nation élective" sera fonction des garanties de liberté et de développement accordées aux "identités nationales" qui la composent »¹. Partant de ce constat, nombre d'auteurs suggèrent que la citoyenneté reconnaisse désormais l'existence de particularismes, tout en traduisant les valeurs communes de la nation telles qu'elles s'expriment, notamment, à travers l'adhésion aux droits de l'homme². Selon le Professeur Rocher, « la présence de référents identitaires particuliers n'est pas nécessairement contradictoire avec l'établissement d'une citoyenneté qui subsume les différences, à la condition que celle-ci accepte et reconnaisse qu'il existe plusieurs niveaux d'appartenance »³. Ces analyses convergent avec celles menées par Jürgen Habermas lorsqu'il élabore le concept de « patriotisme constitutionnel » suggérant de dissocier l'Etat qui resterait l'espace d'exercice de la citoyenneté, de la Nation qui deviendrait le lieu d'expression des différences⁴. On pourrait ainsi séparer l'identité nationale, avec ce qu'elle comporte de dimensions culturelles et/ou ethniques, de la participation civique fondée sur le respect des principes constitutionnels au sens large, à savoir les droits de l'homme et l'Etat de droit.

Pour théoriques qu'ils soient, ces travaux présentent l'intérêt de mettre l'accent sur les faiblesses des théories du pluralisme juridique. Si la pluralisation des sources et du contenu du droit se présente comme une réponse indéniablement convaincante aux revendications minoritaires, il ne faut pas, pour autant, minimiser ses déficiences potentielles. Les risques de communautarisation du droit et de relativisme culturel sont réels, comme des exemples étrangers ont parfois pu en témoigner⁵. Il paraît donc bien nécessaire d'assurer, dans un cadre pluraliste, la prévalence de principes supérieurs

¹ ROCHER (François), « Citoyenneté fonctionnelle et Etat multinational : pour une critique du jacobinisme juridique et de la quête d'homogénéité », in COUTU (Michel) dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, p. 211.

² Certains qualifient une telle citoyenneté de « post-nationale » (SCHNAPPER (Dominique), « Comment penser la citoyenneté moderne ? », *Philosophie politique*, n° 8, 1995, pp. 9-26), d'autres de « citoyenneté fonctionnelle » (ROCHER (François), « Citoyenneté fonctionnelle et Etat multinational : pour une critique du jacobinisme juridique et de la quête d'homogénéité », in COUTU (Michel) dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, pp. 201-235).

³ ROCHER (François), *op. cit.*, p. 204.

⁴ HABERMAS (Jürgen), « Citizenship and National Identity : Some Reflections on the Future of Europe », in BEINER (Ronald) ed., *Theorizing Citizenship*, Albany, University of New York Press, 1995, pp. 255-281.

⁵ Un exemple presque caricatural de prise en compte de l'argument culturel au détriment des droits de l'homme a été donné par la Cour suprême italienne en août 2007. L'affaire concernait le meurtre d'une adolescente musulmane par ses parents, qui lui reprochaient de ne pas se comporter conformément aux valeurs de l'Islam. La Cour a confirmé l'acquittement des parents, indiquant que les coups portés n'étaient pas dictés par des « motifs vexatoires » mais visaient à la punir « pour son style de vie, non conforme à leur culture » (« Justices et religions », *Le Monde*, 16 août 2007).

communs. En aucun cas l'inscription juridique des identités minoritaires ne doit conduire à un « absolutisme culturel »¹ qui, au nom de la différence, négligerait le respect des droits fondamentaux et des libertés individuelles. Comme l'affirme le Professeur Ben Achour, « les cultures, toutes les cultures ont droit au respect. Mais l'homme, en tant qu'homme, a droit à encore plus de respect »².

¹ HOWARD (Rhoda), « Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community », *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, n° 2, 1993, pp. 315-338.

² BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, p. 428.

ANNEXES

TABLE DES ANNEXES

	pages
Annexe 1 : Constitution française du 4 octobre 1958, titres XII et XIII	592
<u>Source</u> : Site Internet du Conseil constitutionnel (http://www.conseil-constitutionnel.fr)	
Annexe 2 : Carte politique de l'outre-mer français	597
<u>Source</u> : FABERON (Jean-Yves) dir., <i>L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle</i> , Paris, La Documentation française, 2004, p. 8.	
Annexe 3 : Tableau récapitulatif des évolutions statutaires des collectivités territoriales corse et ultramarines	599
<u>Source</u> : Tableau réalisé par l'auteur	

- ANNEXE 1 -

Constitution française du 4 octobre 1958 (extraits)

Titre XII - Des collectivités territoriales

Article 72¹

Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

Article 72-1²

La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence.

Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité.

Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, article 5 ((*JORF*, 29 mars 2003, p. 5568). Ancienne rédaction :

Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi.

Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi. Dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 6.

inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi.

Article 72-2¹

Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi.

Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine.

Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en oeuvre.

Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.

La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales.

Article 72-3²

La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité.

La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régies par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer, et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises.

Article 72-4³

Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique.

Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 7.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 8.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 8.

Article 73¹

Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées par la loi.

Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi.

Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique.

La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion.

Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

Article 74²

Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;
- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'Etat ne peut porter sur les matières énumérées au

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 9. Ancienne rédaction :

Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 10. Ancienne rédaction :

Les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République.

Les statuts des territoires d'outre-mer sont fixés par des lois organiques qui définissent, notamment, les compétences de leurs institutions propres, et modifiés, dans la même forme, après consultation de l'assemblée territoriale intéressée.

Les autres modalités de leur organisation particulière sont définies et modifiées par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée.

Ancien article 74 avant la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, art. 3: *Les Territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République. Cette organisation est définie et modifiée par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée.*

quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;

- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;
- les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :

- le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;
- l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ;
- des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ;
- la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'Etat, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques.

Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.

Article 74-1¹

Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'Etat, étendre par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication.

Article 75

Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.

Article 76 (abrogé)²

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, art. 11.

² Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, art. 12 (*JORF*, 5 août 1995, p. 11744). Ancienne rédaction : «Les territoires d'outre-mer peuvent garder leur statut au sein de la République. S'ils en manifestent la volonté par délibération de leur assemblée territoriale prise dans le délai prévu au premier alinéa de l'article 91, ils deviennent soit département d'outre-mer de la République, soit groupés ou non entre eux, États membres de la communauté ».

Titre XIII - Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie ¹

Article 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 1998 et publié le 27 mai 1998 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.

Article 77

Après 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 :

- 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 avant publication 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.

Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer ².

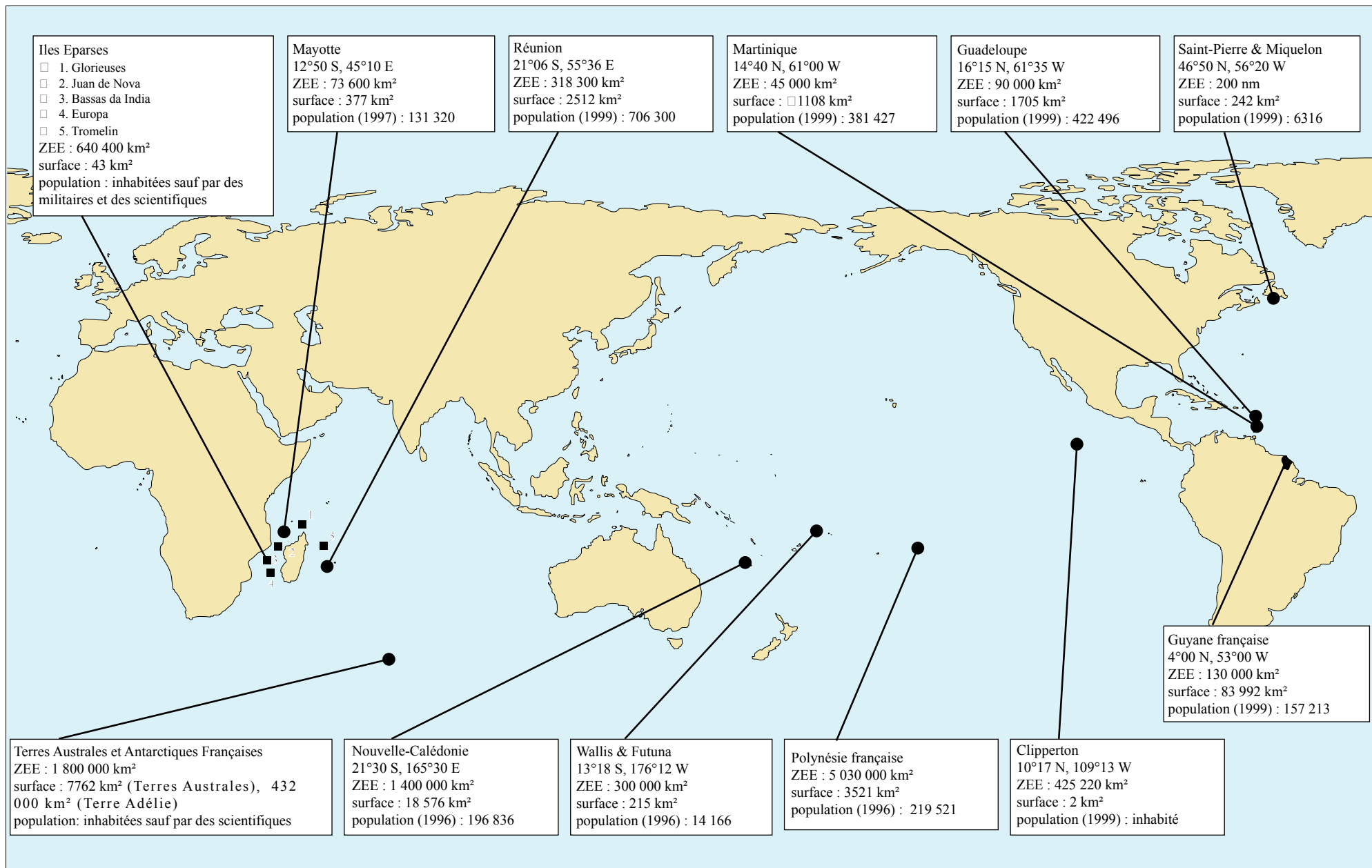
¹ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 (*JORF*, 21 juillet 1998, p. 11143).

² Alinéa inséré par la loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007 (*JORF*, 24 février 2007, p. 3355).

- ANNEXE 2 -

Carte politique de l'outre-mer français

Voir au dos



- ANNEXE 3 -

**Tableau récapitulatif des évolutions statutaires
des collectivités territoriales corse et ultramarines**

	Statut antérieur	Après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003	Régime législatif
Corse	Région de droit commun	Collectivité <i>sui generis</i> (loi du 22 janvier 2002)	<ul style="list-style-type: none"> - Identité législative - Possibilité d'adaptation des textes
Réunion	A la fois département (DOM) et région d'outre-mer (ROM)	<ul style="list-style-type: none"> - À la fois DOM et ROM - Possibilité de fusionner DOM et ROM. 	<ul style="list-style-type: none"> - Identité législative - possibilité d'adapter les textes législatifs et son organisation administrative en raison de sa situation particulière - ne peut pas être habilitée par la loi à fixer des règles dérogatoires applicables sur son territoire dans le domaine de la loi
Guadeloupe Guyane Martinique	A la fois départements (DOM) et régions d'outre-mer (ROM)	<ul style="list-style-type: none"> - À la fois DOM et ROM - Possibilité de fusionner DOM et ROM. 	<ul style="list-style-type: none"> - Identité législative - possibilité d'adapter les textes législatifs et leur organisation administrative en raison de leur situation particulière - peuvent être habilités par la loi à fixer eux-mêmes des règles applicables sur leur territoire pour certaines matières relevant du domaine de la loi, à l'exception des matières régaliennes.
Mayotte	collectivité territoriale à statut particulier depuis 1976	collectivité départementale (loi du 11 juillet 2001)	Spécialité législative tendant vers l'identité
Wallis-et-Futuna	Territoires d'outre-mer (TOM)	Collectivité d'outre-mer (COM)	Spécialité législative
Polynésie française	Territoire d'outre-mer (TOM)	Collectivité d'outre-mer dotée de l'autonomie (loi du 27 février 2004)	Spécialité législative / autonomie
Saint-Barthélemy Saint-Martin	communes dépendant du DOM de Guadeloupe	Collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie (loi organique du 21 février 2007)	Spécialité législative / autonomie
Nouvelle-Calédonie	Collectivité à statut particulier	Collectivité <i>sui generis</i> (révision constitutionnelle du 20 juillet 1998)	Autonomie administrative et politique

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DE LA BIBLIOGRAPHIE

	page
Notion de pluralisme	605
Pluralisme socio-culturel	605
Pluralisme politique	605
Pluralisme juridique	606
Pluralisme juridictionnel	608
Réflexions sur le droit	609
Eléments d'histoire du droit	609
Eléments d'anthropologie et de sociologie du droit	609
Eléments de théorie du droit	610
Evolution de la notion de droit	613
Gouvernance et régulation	614
Identité et appartenance	615
Identité	615
Communautarisme	616
Citoyenneté	617
Droit des minorités et des peuples autochtones	618
Droits de l'homme et libertés publiques	618
Minorité et autochtonie	618
Statut et protection des minorités nationales	619
◦ En droit international	619
◦ En droit communautaire et européen	620
◦ En droit comparé	620
◦ En droit français	621
Autodétermination	621
Droits spécifiques	622
Statuts coutumiers	622
Droits locaux	624
Droits identitaires	625

Réflexions sur l'organisation étatique	628
Eléments de droit constitutionnel et administratif	628
Décentralisation, dévolution et régionalisation en droit comparé	630
Décentralisation en droit français	631
◦ En métropole	631
◦ Dans l'outre-mer	634
Fédéralisme et fédéralisation	638
Sites Internet	639
Institutions officielles	639
Juridictions	640
Documentation juridique	640
Organismes de recherche	640
Organisations non-gouvernementales	641
Périodiques	641

NOTION DE PLURALISME**Pluralisme socio-culturel**

- BOUDON (Raymond), « Pluralité culturelle et relativisme », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 311-3421.
- CONSTANT (Fred), *Le multiculturalisme*, Paris, Flammarion, Coll. Dominos, 2000, 117 p.
- GIGNAC (Jean-Luc), « Sur le multiculturalisme et la politique de la différence identitaire : Taylor, Walzer, Kymlicka », *Politique et Sociétés*, Vol. 16, n° 2, 1997, pp. 31-65.
- MESURE (Sylvie), « Libéralisme et pluralisme culturel », *Critique*, n° 610, mars 1998, pp. 39-54.
- NOOTENS (Geneviève), « Multiculturalisme et tolérance : penser le pluralisme culturel », in DUMOUCHEL (Paul), MELKEVIK (Bjarne) dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 153-171.
- PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Karl Renner et l'Etat multinational. Contribution juridique à la solution d'imbroglios politiques contemporains », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 421-441.
- RAZ (Joseph), « Multiculturalism : A Liberal Perspective », *Dissent*, Winter 1994, pp. 67-79.
- RESZLER (André), *Le pluralisme. Aspects théoriques et historiques des sociétés ouvertes*, Genève, Georg Eshel Editeur, 1990, pp. 5-13 ; pp. 51-65.
- REX (John), « La réponse des sciences sociales en Europe au concept de multiculturalisme », *Anthropologie et Sociétés*, Vol. 19, n° 3, 1995, pp. 111-125.
- SEMPRINI (Andréa), *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 3236, 1997, 127 p.
- TAYLOR (Charles), « The Politics of Recognition », in GUTMANN (Amy) ed., *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992, pp. 25-73.
- Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, 144 p.
- TOURAINÉ (Alain), *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, 350 p.
- WIEVIORKA (Michel), *La différence*, Paris, Balland, 2000, 200 p.
- WIEVIORKA (Michel) dir., *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1996, 318 p.
- WIEVIORKA (Michel), OHANA (Jocelyne) dir., *La différence culturelle. Une reformulation des débats*, Paris, Balland, 2001, 477 p.

Pluralisme politique

- BIZEAU (Jean-Pierre), « Pluralisme et Démocratie », *RDP*, 1993, pp. 513-542.
- GAGNON (France), « Tolérance, pluralisme et neutralité », in DUMOUCHEL (Paul), MELKEVIK (Bjarne) dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 135-152.
- LIJPHART (Arend), *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, London, Yale University Press, 1980, 248 p.
- PIERRE-CAPS (Stéphane), « Les minorités et la notion de représentation », *CCC*, n° 23, 2007, pp. 86-90.
- WACHSMANN (Patrick), « Participation, communication, pluralisme », *AJDA*, 1998, pp. 165-176.
- WALZER (Michael), *Pluralisme et démocratie*, Paris, Editions Esprit, 1997, 220 p.

Pluralisme juridique

- ALLOTT (Antony), WOODMAN (Gordon) eds., *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*, Dordrecht, Foris Publications, 1985, 354 p.
- ATIAS (Christian), « Eléments pour une mythologie juridique de notre temps : le mythe du pluralisme civil en législation », *RRJ*, n° 1, 1982, pp. 244-254.
- BELLEY (Jean-Guy), *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat, Université Paris II, 1977, pp. 1-147.
- « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 11-32.
- « Le Droit comme *Terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 1-16.
- « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in *Mélanges Jean-François Perrin*, Genève, Helbing et Lichtenhahn, 2002, pp. 135-165.
- BELLEY (Jean-Guy) dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1996, 279 p.
- BENDA-BECKMANN (Franz von), « Who's Afraid of Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 47, 2002, pp. 37-82.
- BORRAS (Alegria), « Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel », *RCADI*, n° 249, septembre 1994, pp. 145-368
- CARBONNIER (Jean), « Les phénomènes d'internormativité », *European Yearbook of Law and Sociology*, 1977, pp. 42-52.
- CHIBA (Masaji), « The Identity Postulate of Indigenous Law and its Function in Legal Transplantation », in SACK (Peter), MINCHIN (Elizabeth) eds., *Legal Pluralism*, Canberra, Australian National University, 1986, pp. 35-59.
- Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989, 236 p.
- Legal Cultures in Human Society*, Tokyo, Shinzansha International, 2002, 291 p.
- COUTU (Michel), « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : la nouvelle guerre des dieux ? », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 93-114.
- DUPRET (Baudouin), « Répertoires juridiques et affirmation identitaire », *Droit et Société*, n° 34, 1996, pp. 591-611.
- GARRON (Robert), « Le droit mixte : notion et fonction », in BENOIST (Jean) dir., *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de droit civil*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, pp. 11-19.
- GILISSEN (John), « Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique », in GILISSEN (John) dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1973, pp. 7-18.
- GREENHOUSE (Carol), « Legal Pluralism and Cultural Difference », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 42, 1998, pp. 61-69.
- GRIFFITHS (John), « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 24, 1986, pp. 1-55.
- HOEKEMA (André), « European Legal Encounters Between Minority and Majority Cultures : Cases of Interlegality », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 51, 2005, pp. 1-28.
- HOOKE (Michael Barry), *Legal Pluralism : An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975, 601 p.
- INGBER (Léon), « Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit », in GILISSEN (John) dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1973, pp. 57-84.

- KLEINHANS (Martha-Marie), MACDONALD (Roderick), « What is a *Critical Legal Pluralism* ? », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 25-46.
- KNAFLA (Louis), BINNIE (Susan), « Beyond the State: Law and Legal Pluralism in the Making of Modern Societies », in KNAFLA (Louis), BINNIE (Susan) dir., *Law, Society and the State. Essays in Modern Legal Theory*, 1994, pp. 3-33.
- LAJOIE (Andrée) et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 39, n° 4, 1998, pp. 681-716.
- LAVOREL (Sabine), *Les Constitutions arabes et l'Islam : les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, Coll. Enjeux contemporains, 2005, 202 p.
- LE ROY (Etienne), « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, pp. 7-17.
- MACDONALD (Roderick), « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *Revue de droit. Université de Sherbrooke*, Vol. 33, n° 1-2, 2002-2003, pp. 133-152.
- MERRY (Sally), « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, Vol. 22, 1988, pp. 869-896.
- MORET-BAILLY (Joël), « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 195-206.
- NEVES (Marcelo), « Du pluralisme juridique au mélange social », *RIEJ*, n° 44, 2000, pp. 179-211.
- PETERSEN (Hanne), ZAHLE (Henrik) eds., *Legal Polycentricity : Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, Dartmouth, 1995, 245 p.
- RALSER (Elise), « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ*, n° 4, 2003, pp. 2547-2576.
- ROBERTS (Simon), « Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 42, 1998, pp. 95-106.
- ROULAND (Norbert), « Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique », in BENOIST (Jean) dir., *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de common law et de droit civil*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, pp. 41-55.
- « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 381-419.
- « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et cultures*, Vol. 36, n° 2, 1998, pp. 217-262.
- « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, n° 46, 2000, pp. 519-545.
- SEZGIN (Yüksel), « Theorizing Formal Pluralism: Quantification of Legal Pluralism for Spatio-temporal Analysis », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 50, 2004, pp. 101-118.
- SHAH (Prakash), *Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law*, London, Glass House Press, 2005, 224 p.
- SHELEFF (Leon), *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*, London, Frank Cass Publishers, 1999, 512 p.
- SVENSSON (Tom), « Interlegality, A Process for Strengthening Indigenous Peoples' Autonomy : The Case of the Sami in Norway », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 51, 2005, pp. 51-77.
- TAMANAH (Brian), « The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, Vol. 20, n° 2, 1993, pp. 192-218.
- « An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 15, 1995, pp. 501-535.
- TEUBNER (Gunther), « Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, n° 13, 1992, pp. 1443-1462.

- TEUBNER (Gunther), « Global 'Bukowina': Legal Pluralism in the World Society », in TEUBNER (Gunther) ed., *Global Law Without a State*, Brookfield, Ashgate/Dartmouth Publishing, Coll. Studies in Modern Law and Policy, 1997, pp. 3-28.
- TORRY (William), « Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 44, 1999, pp. 127-161.
- VANDERLINDEN (Jacques), « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », in GILISSEN (John) dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1973, pp. 19-56.
- « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ*, n° 2, 1993, pp. 573-590.
- « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, pp. 21-33.
- WALKER (Neil), « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, Vol. 65, n° 3, May 2002, pp. 317-359.
- WOODMAN (Gordon), « The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 32, n° 1, 1991, pp. 3-31.
- « The Idea of Legal Pluralism », in DUPRET (Baudouin), BERGER (Maurits), AL-ZWAINI (Laila), *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 3-20.
- YOUNES (Carole), « Le pluralisme juridique : penser l'homme pour penser le droit », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, pp. 35-50.

Pluralisme juridictionnel

- BELLEY (Jean-Guy), *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat, Université Paris II, 1977, pp. 149-556.
- Commission Royale sur les Peuples Autochtones, *Les peuples autochtones et la justice*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993, 528 p.
- Comité de consultation sur l'administration de la justice en milieu autochtone, *La justice pour et par les Autochtones*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1995, 266 p.
- DIEMERT (Stéphane), « Tribunaux administratifs d'outre-mer », *Jurisclasseur Justice administrative*, fasc. 22.
- GALANTER (Marc), « Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 19, 1981, p. 1-47.
- HAZLEHURST (Kayleen) ed., *Legal Pluralism and the Colonial Legacy: Indigenous Experiences of Justice in Canada, Australia, and New Zealand*, Aldershot, Avebury, 1996, 273 p.
- JACCOUD (Mylène), « La justice pénale et les Autochtones : d'une justice imposée au transfert de pouvoirs », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 17, n° 2, 2002, pp. 107-122.
- KYMLICKA (Will), « Human Rights and Ethnocultural Justice », *Review of Constitutional Studies*, Vol. 4, n° 2, 1998, pp. 213-238.
- LAFARGUE (Régis), « La justice outre-mer : justice du lointain, justice de proximité », *RFAP*, n° 101, 2002, pp. 97-108.
- MEZGHANI (Ali), « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, 2003, pp. 721-765
- NIELSEN (Marianne), « Criminal Justice and Native Self-Government in Canada : Is the Incorporation of Traditional Justice Practices Feasible ? », *Law and Anthropology*, Vol. 6, 1991, pp. 7-24.
- PROULX (Craig), « Blending Justice: Interlegality and the Incorporation of Aboriginal Justice into the Formal Canadian Justice System », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 51, 2005, pp. 79-109.

- ROUSSEAU (Pierre), « Les systèmes judiciaires au Nunavut et au Groenland », *Etudes Inuit / Inuit Studies*, Vol. 18, n° 1, 1994, pp. 155-172.
- SERMET (Laurent), « Regards sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 185-201.

REFLEXIONS SUR LE DROIT

Éléments d'histoire du droit

- ASSIER-ANDRIEU (Louis) dir., *Une France coutumière. Enquête sur les usage locaux et leur codification (XIX^e - XX^e siècles)*, Paris, Ed. du CNRS, 1990, 207 p.
- CARBASSE (Jean-Marie), *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2003, 310 p.
- KODJO-GRANDVAUX (Séverine), KOUBI (Geneviève) dir., *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 424 p.
- ROULAND (Norbert), *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, Série Droit politique et théorique, 1998, 722 p.
- SUEUR (Philippe), *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e siècle*, tome 2, Paris, PUF, Coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2001, 440 p.

Éléments d'anthropologie et de sociologie du droit

- ARNAUD (André-Jean) dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 487 p.
- ARNAUD (André-Jean), FARINAS DULCE (Maria José), *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 378 p.
- ASSIER-ANDRIEU (Louis), *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, Coll. Essais et Recherches, 1996, 316 p.
- CARBONNIER (Jean), « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges Paul Roubier*, tome 1, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, pp. 109-121.
- Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, 493 p.
- Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, pp. 356-385.
- BONTE (Pierre), IZARD (Michel) dir., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2007, 842 p.
- BOUVIER (Michel), « Georges Gurvitch et l'idée du droit social », in *Mélanges Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 19-26.
- DEPREZ (Jean), « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ*, n° 3, 1997, pp. 799-835.
- EHRLICH (Eugen), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, 541 p.
- ELBAZ (Mikhaël), « Cultures, ordres et désordres juridiques », *Anthropologie et Sociétés*, Vol. 13, n° 1, 1989, pp. 1-20.
- FITZPATRICK (Peter), « Law and Societies », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 22, 1984, pp. 115-138.
- GURVITCH (Georges), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, 299 p.
- L'idée du droit social*, Aalen, Scientia-Verlag, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, 713 p.

- GURVITCH (Georges), *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, 267 p.
- GURVITCH (Georges) dir., *Traité de sociologie*, tome 2, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1968, 466 p.
- HIRVONEN (Ari) ed., *Polycentricity: The Multiple Scenes of Law*, London, Pluto Press, Coll. Law and Social Theory, 1998, 250 p.
- LE ROY (Etienne), *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du droit*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1999, 413 p.
- « Pluralisme et Universalisme juridiques. Propos d'étape d'un anthropologue du droit », in KAHN (Philippe) dir., *L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Paris, La documentation française, Coll. Perspectives sur la justice, 2000, pp. 227-247.
- MERRY (Sally Engle), « Anthropology, Law and Transnational Processes », *Annual Review of Anthropology*, n° 21, October 1992, pp. 357-377.
- MILLARD (Eric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n° 30, 1995, pp. 381-412.
- MOORE (Sally Falk), « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, Vol. 7, 1973, pp. 719-746.
- Law as Process: An Anthropological Approach*, London / New York, Routledge, 1983, 270 p.
- MORIN (Gaston), « Vers la révision de la technique juridique : le concept d'institution », *APD*, 1931, pp. 76-95.
- POSPISIL (Leopold), *Anthropology of Law: A Comparative Perspective*, New York, Harper and Row, 1971, 385 p.
- « The Structure of a Society and its Multiple Legal Systems », in GULLIVER (Philip) ed., *Cross Examinations, Essays in Memory of Max Gluckman*, Leiden, E.J. Brill, 1978, pp. 78-92.
- ROCHER (Guy), « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 33-46.
- « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 29, n° 1, 1988, pp. 91-120.
- ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 1975, 174 p.
- ROULAND (Norbert), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 1988, 496 p.
- « Le droit au pluriel », *Droits*, n° 11-2, 1990, pp. 149-160.
- Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, 318 p.
- « Le pluralisme juridique en anthropologie », *RRJ*, n° 2, 1993, pp. 567-571.
- VANDERLINDEN (Jacques), « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTDC*, 1995, pp. 69-84.
- Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, 123 p.
- « Rendre la production du droit aux peuples », *Politique africaine*, n° 62, 1996, pp. 83-94.
- VANDERLINDEN (Jacques), DOUCET (Michel) dir., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 688 p.
- VEDEL (Georges), « Introduction », in *L'unité du droit. Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 1-8.
- VERDIER (Raymond), « Le droit au singulier et au pluriel : juridicité et cultures juridiques », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 73-77.

Éléments de théorie du droit

- ACQUARONE (Daniel), *La coutume, réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source de droit*, thèse de doctorat, Université de Nice, 1987, 586 p.
- AGO (Roberto), « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, pp. 14-62.
- AMSELEK (Paul), « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, pp. 5-19.
« Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, tome 27, 1982, pp. 251-258.
- ATIAS (Christian), « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD*, tome 27, 1982, pp. 207-233.
- BARANÈS (William), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le souci de l'effectivité du droit », *Dalloz*, 1996, pp. 301-303.
- BÉCHILLON (Denys de), « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 32, 1994, pp. 81-124.
Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, 577 p.
Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.
« La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », *RIEJ*, n° 43, 1999, pp. 1-25.
- BOBBIO (Norberto), *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p.
- BODEN (Didier), *L'ordre public : limite et condition de la tolérance (Recherches sur le pluralisme juridique)*, thèse de doctorat, Université Paris I, 2002, 1054 p.
- BONAN (Sylvie), « Les lois dites de "souveraineté" outre-mer », *RFDA*, 1996, pp. 1232-1238.
- BOURETZ (Pierre) dir., *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, Série Philosophie, 1991, ??? p.
- CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, pp. 38-43 ; pp. 101-126.
- CECI (Jean-Marc), « "Un système juridique dont vous êtes le héros"... L'émergence du Sujet de Droit », *RIEJ*, n° 48, 2002, p. 111-152.
- CHARPENTIER (Jean), « Éléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », in *Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 293-307.
- CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 4^{ème} éd., 2003, 160 p.
L'État post-moderne, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2004, 226 p.
- DABIN (Jean), *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Sirey, 1929, 791 p.
« La définition du droit. A propos d'une étude récente », in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges Paul Roubier*, tome 1, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, pp. 53-73.
Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1969, 424 p.
- DEUMIER (Pascale), *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2002, 477 p.
- FÉVRIER (Jean-Marc), « Sur l'idée de légitimité », *RRJ*, n° 1, 2002, pp. 368-379.
- GÉNY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Vol. 1, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, 446 p.
- GRANET (Frédérique), « Perturbation dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 41-46.
- HART (Herbert Lionel Adolphus), *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p.

- HAURIOU (Maurice), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, Coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, 1986, 191 p.
- JESTAZ (Philippe), *Le Droit*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du Droit, 3^{ème} éd., 1996, 123 p.
- JHERING (Rudolf von), *L'évolution du droit*, Paris, A. Marescq, 1901, pp. 212-228.
- JOURNES (Claude) dir., *La coutume et la loi : Etudes d'un conflit*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1986, 164 p.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du Droit*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, 367 p.
- LAJOIE (Andrée), *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1997, 217 p.
« La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales », *RIEJ*, n° 42, 1999, pp. 73-84.
« Contributions à une théorie de l'émergence du droit », *Revue juridique Thémis*, Vol. 25, 1991, pp. 104-143.
- LAJOIE (Andrée) et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 1998, 171 p.
- LASSERRE-KIESOW (Valérie), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Dalloz*, chron., n° 33, 2006, pp. 2279-2287.
- LEBEN (Charles), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, octobre 2001, pp. 19-39.
- LEURQUIN-DE VISSCHER (Françoise), *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 309 p.
- LOCHAK (Danièle), « Droit, normalité et normalisation », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 51-77.
- LUHMANN (Niklas), « L'unité du système juridique », *APD*, tome 31, 1986, pp. 163-188.
- MADIOT (Yves), « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, pp. 946-960.
- MALAURIE (Philippe), « Les antinomies des règles et leurs fondement », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 25-32.
- MATUTANO (Edwin), « Actualité d'une notion en mutation : les "lois de souveraineté" », *RFDC*, n° 63, 2005, pp. 517-638.
- MAILLÉ (Michel), *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, 388 p.
- OPPETIT (Bruno), *Droit et modernité*, Paris, PUF, Coll. Doctrine juridique, 1998, pp. 41-52
- PERELMAN (Chaim), *Logique juridique*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes de droit, 1979, 193 p.
- PERELMAN (Chaim) dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, 404 p.
La règle de droit, Bruxelles, Bruylant, 1971, 326 p.
- PFERSMANN (Otto), « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ*, n° 1, 1994, pp. 221-243.
- ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, 337 p.
- ROULAND (Norbert), « Penser le Droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 77-79.
- ROUSSEAU (Dominique) dir., *Le droit dérobé*, Actes du colloque de Montpellier (10-11 avril 2003), Paris, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2007, 200 p.
- ROUYERE (Aude), *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse de doctorat, Université Bordeaux I, 1993, 505 p.
- SABETE (Wagdi), « La description des normes en droit public au défi de la théorie de la connaissance scientifique », *RRJ*, n° 2, 2002, pp. 671-697.
- SUEUR (Jean-Jacques), *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001, 208 p.
- TEBOUL (Gérard), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1989, 331 p.

- TEBOUL (Gérard), « A propos de la coutume dans la jurisprudence administrative. Dialogue intérieur », in *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 589-597.
 « Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle de droit », *RDP*, 1993, pp. 939-948.
- TEBOUL (Gérard), « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », *RDP*, 1998, pp. 691-713.
- TROPER (Michel), « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 11-24
 « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ*, n° 1, 1994, pp. 267-274.
- VEDEL (Georges), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-97.
- VIALA (Alexandre), « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*, 2001, pp. 777-809.
- VIRALLY (Michel), « Le phénomène juridique », *RDP*, 1966, pp. 5-64.

Évolution du droit et de la notion de droit

- ARNAUD (André-Jean), *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, 465 p.
 « Le droit comme produit », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 293-301.
 « Du jeu fini au jeu ouvert : vers un droit post-moderne », in OST (François), KERCHOVE (Michel van de) dir., *Le jeu, un paradigme pour le droit*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1992, pp. 111-131.
- BAILLEUX (Antoine), « A la recherche des forme du droit : de la pyramide au réseau », *RIEJ*, n° 55, 2005, pp. 91-116.
- BELLEY (Jean-Guy) dir., *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, Université Laval, 1993, 277 p.
- BENDA-BECKMANN (Franz and Keebet von), « The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 53-54, 2006, pp. 1-44.
- CANIVET (Guy), « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*, 2003, pp. 7-22.
- CASSIA (Paul), « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *Dalloz*, 2006, pp. 1190-1195.
- CHEVALLIER (Jacques), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-49.
 « Droit, Ordre, Institution », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 19-22.
 « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 659-690.
- Conseil d'Etat, *La sécurité juridique*, Rapport public 1991, Paris, La Documentation française, 1991, pp. 15-47.
Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 222-338.
- CONSTABLE (Marianne), « A New Conception of Law ? », *Law and Society Review*, Vol. 29, 1995, pp. 593-597.
- GAGNÉ (Gilles), « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la post-modernité », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 33, n° 3, 1992, pp. 701-733.
- GOHIN (Olivier), « Désordre normatif et droit de la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, n° 68, 2006, pp. 121-128.
- GRATALOUP (Sylvain), « La vulnérabilité de la règle de droit », in COHET-CORDET (Frédérique) dir., *Vulnérabilité et droit*, Grenoble, PUG, 2000, pp. 33-46.

- GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise), TROPER (Michel) dir., *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 273-398.
- GUIBENTIF (Pierre), « Brèves réflexions critiques sur le 'droit post-moderne' », in *Mélanges Alain Hirsch*, Genève, Slatkine, 2004, pp. 61-66.
- HUNT (Alan), « The Big Fear: Law Confronts Postmodernism », *McGill Law Journal*, n° 35, 1990, pp. 507-540.
- KERCHOVE (Michel van de), « La pyramide est-elle toujours debout ? », in *Mélanges Paul Amserek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 471-479.
- KOUBI (Geneviève), « Des-ordre/s juridique/s », in CURAPP, *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, pp. 201-214.
- MAISANI (Pauline), WIENER (Florence), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 443-464.
- NELKEN (David), « Towards a Sociology of Legal Adaptation », in NELKEN (David), FEEST (Johannes) eds., *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 7-54
- OST (François), KERCHOVE (Michel van de), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 602 p.
- Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p.
- « De la pyramide au réseau : vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ*, n° 44, 2000, pp. 1-82.
- De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p.
- SOUSA SANTOS (Boaventura de), « On Modes of Production of Law and Social Power », *International Journal of the Sociology of Law*, n° 13, 1985, pp. 299-336.
- « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 10, 1988, pp. 379-405.
- TIMSIT (Gérard), *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986, 205 p.
- « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, pp. 39-74.
- Les noms de la loi*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991, 199 p.
- Archipel de la norme*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1997, 252 p.
- TROPER (Michel), « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amserek », *RDP*, 1978, pp. 1523-1536.
- « Système juridique et Etat », *APD*, tome 31, 1986, pp. 29-44.
- VANDERLINDEN (Jacques), « Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ*, n° 49, 2002, pp. 11-36.
- VIRALLY (Michel), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, 225 p.
- WATSON (Alan), « Legal Change : Sources of Law and Legal Culture », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, n° 5, 1983, pp. 1121-1157

Gouvernance et régulation

- ARNAUD (André-Jean), « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et Société*, n° 35, 1997, pp. 11-35.
- BERTHOUD (Arnaud), SERVERIN (Evelyne), « La prestation des normes entre Etats et sociétés civiles », in BERTHOUD (Arnaud), SERVERIN (Evelyne) dir., *La production des normes entre Etat et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre Etats et sociétés civiles*, Actes du troisième colloque de l'Association pour le développement de la socio-économie, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 11-23.
- CHAZEL (François), COMMAILLE (Jacques) dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et société, 1991, 426 p.

- CHEVALLIER (Jacques), « La régulation juridique en question », *Droit et Sociétés*, n° 49, 2001, pp. 827-846.
- COHEN-TANUGI (Laurent), *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1992, 208 p.
- COHEN-TANUGI (Laurent), « L'émergence de la notion de régulation », *LPA*, n° 82, juillet 1998, p. 4.
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004, 388 p.
- Les forces imaginantes du droit (I), Le relatif et l'universel*, Paris, Ed. du Seuil, 2004, 439 p.
- Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Paris, Ed. du Seuil, 2006, 303 p.
- « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, chron., n° 14, 2006, pp. 951-957.
- Les forces imaginantes du droit (III), La refondation des pouvoirs*, Paris, Ed. du Seuil, 2007, 299 p.
- DELMAS-MARTY (Mireille) dir., *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 2004, 330 p.
- DUVILLIER (Thibaut), « Crise de société et complexification sociétale. Crise du droit et régulation juridique », *RIEJ*, n° 45, 2000, pp. 27-55.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Les différentes définitions de la régulation », *LPA*, n° 82, juillet 1998, pp. 5-6.
- « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, n° 110, juin 2002, pp. 3-7.
- GALLOT (Jérôme), « La régulation, monisme ou pluralisme », *LPA*, n° 82, juillet 1998, pp. 37-40.
- JOBERT (Bruno), « Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique », in COMMAILLE (Jacques), DUMOULIN (Laurence), ROBERT (Cécile) dir., *La juridicisation du politique : Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, 2000, pp. 125-134.
- MACDONALD (Roderick), « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle" », *Sociologie et Société*, Vol. 18, n° 1, avril 1986, pp. 47-58.
- MAILLE (Michel) dir., *La régulation entre droit et politique*, Actes du colloque du Centre d'Etudes et de Recherches sur la Théorie de l'Etat (octobre 1992), Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 263-272.
- MARCOU (Gérard), « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, pp. 347-353.
- MOCKLE (Daniel), « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 43, n° 2, 2002, pp. 143-210.
- RESEMBRUM (Allan), « Gouvernance et décentralisation, leçons de l'expérience », *RFAP*, n° 88, 1998, pp. 507-516.
- TIMSIT (Gérard), « Normativité et régulation », *CCC*, n° 21, 2006, pp. 84-87.
- VINCENT (Pascale), LONGIN (Olivier), *Le droit autrement: Nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines*, Paris, Ed. Charles Léopold Mayer, 2001, 140 p.

IDENTITE ET APPARTENANCE

Identité

- DIECKHOFF (Alain) dir., *La constellation des appartenances : nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, 407 p.

- EVAIN (Stéphanie), *Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et le respect de l'être humain dans son identité*, thèse de doctorat, Université de Cergy-Pontoise, 1999, 430 p.
- GLENN (Patrick), « Reconciling Legal Traditions : Sustainable Diversity in Law », in GLENN (Patrick) ed., *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 318-338.
- GREVEN-BORDE (Hélène), TOURNON (Jean), *Les identités en débat : intégration ou multiculturalisme ?*, Paris, l'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 2000, 362 p.
- MACKLEM (Patrick), « Ethnonationalism, Aboriginal Identities and the Law », in LEVIN (Michael) ed., *Ethnicity and Aboriginality. Case Studies in Ethnonationalism*, Toronto, University of Toronto Press, 1993, pp. 9-28.
- MEYER-BISCH (Patrice), « L'État de droit au service des identités culturelles », *Revue internationale de politique comparée*, 1994, pp. 441-453.
- « Quatre dialectiques pour une identité », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 271-296.
- NOREAU (Pierre), WOEHLING (José) dir., *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, 319 p.
- PIERRÉ-CAPS (Stéphane), *Nation et peuples dans les Constitutions modernes*, Nancy, PUN, 1987, 2 Vol., 948 p.
- « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *Revue des sciences administratives de la Méditerranée orientale*, n° 31, 1990, pp. 141-151.
- PLASSERAUD (Yves), *L'identité*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, Série Politique, 2000, 158 p.
- RAMAGA (Philip Vuciri), « The Basis of Minority Identity », *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, n° 3, août 1992, pp. 409-428.
- RAUX (Cédric), « Communauté de droit et pluralisme. Les contradictions de la notion d'identité personnelle », *RIEJ*, n° 55, 2005, pp. 137-187.
- ROULAND (Norbert), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTDC*, n° 2, avril-juin 1994, pp. 287-320.
- TAGUIEFF (Pierre-André), « L'identité nationale : un débat français », *Regards sur l'actualité*, n° 209-210, 1995, pp. 13-28.
- TULLY (James), « Une étude de la politique de l'identité », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 193-218.

Communautarisme

- BOUCHER (Manuel) dir., *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, l'Harmattan, 2001, 582 p.
- COTTERRELL (Roger), « A Legal Concept of Community », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 12, n° 2, 1997, pp. 75-92.
- HARTNEY (Michael), « Some Confusions Concerning Collective Rights », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, pp. 293-314.
- JELLEN (Christian), « La régression multiculturaliste », *Le Débat*, n° 97, 1997, pp. 137-143.
- KYMLICKA (Will), « Liberalism and Communitarianism », *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 18, n° 2, 1988, pp. 181-203.
- « Liberalism and the Politicization of Ethnicity », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, pp. 239-256.
- « Individual and Community Rights », in BAKER (Judith) ed., *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, pp. 17-33.
- LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1987, pp. 778-790.
- « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, pp. 291-304.

- MACDONALD (Michael), « Should Communities Have Rights ? Reflections on Liberal Individualism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, pp. 217-237.
- MACÉ-SCARON (Joseph), *La tentation communautaire*, Paris, Plon, 2001, 131 p.
- MARTINIELLO (Marco), *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 2997, 1995, 127 p.
- TAGUIEFF (Pierre-André), *La République enlisée. Pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, Editions des Syrtes, 2005, 346 p.

Citoyenneté

- BIRNBAUM (Pierre), « Sur la citoyenneté », *L'année sociologique*, Vol. 46, 1996, pp. 57-85.
- CAIRNS (Alan) et al., *Citizenship, Diversity and Pluralism*, Montreal, McGill/Queen's University Press, 1999, 287 p.
- CHAUCHAT (Mathias), « La citoyenneté calédonienne », *CCC*, n° 23, 2007, pp. 70-74.
- CHICOT (Pierre-Yves), « La citoyenneté entre conquête de droits et droits à conquérir », *RDP*, 2005, pp. 213-240.
- COLAS (Dominique) et al., *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, 505 p.
- CONSTANT (Fred), *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs politique, 1998, 158 p.
- COUTU (Michel), « Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire », *Droit et Société*, n° 40, 1998, pp. 631-646.
- COUTU (Michel) dir., *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, 545 p.
- DIMIER (Véronique), « De la citoyenneté de l'Union française (1946) à la citoyenneté de l'Union européenne (1992) : la Nation et la République française en débat », *Revue politique et parlementaire*, n° 1013, 2001, pp. 116-133.
- DOLLAT (Patrick), « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA*, 2005, pp. 69-87.
- ÉOCHE-DUVAL (Christophe), « Un Etat peut-il restreindre un corps électoral sans enfreindre les droits de l'homme ? A travers l'exemple de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », *RTDH*, n° 40, octobre 1999, pp. 947-984.
- FABERON (Jean-Yves), GAUTIER (Yves) dir., *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes du colloque des 9-10 novembre 1998, Paris, La Documentation française, 1999, 218 p.
- FLAUSS (Jean-François), « Droits politiques en Nouvelle-Calédonie et traités de protection des Droits de l'Homme : à propos de la condition de résidence de dix ans imposée en Nouvelle-Calédonie pour l'élection du congrès du territoire », *RRJ*, 2000, pp. 681-688.
- GOHIN (Olivier), « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, pp. 69-82.
- « La Nouvelle-Calédonie à l'épreuve d'un suffrage toujours plus restreint », *JCP-ACT*, 2006, n° 1107.
- « Quand la République marche sur la tête. Le gel de l'électorat restreint en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2007, pp. 800-807.
- HABERMAS (Jürgen), « Citizenship and National Identity : Some Reflections on the Future of Europe », in BEINER (Ronald) ed., *Theorizing Citizenship*, Albany, University of New York Press, 1995, pp. 255-281.
- Écrits politiques*, Paris, Flammarion, 1999, 346 p.
- KOUBI (Geneviève) dir., *De la citoyenneté*, Actes du colloque de Nantes (3-5 novembre 1993), Paris, Litec, 1995, 170 p.
- KYMLICKA (Will), *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, 358 p.

- MARSHALL (Thomas Humphrey), *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, 154 p.
- PAREKH (Bhikhu), *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, pp. 80-113.
- PONTIER (Jean-Marie), « La fracture civique, la citoyenneté et les collectivités locales », *RA*, 1997, pp. 440-450.
- RENAN (Ernest), *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Mille et une nuits, rééd., 1997, 47 p.
- ROCHER (François), LABELLE (Micheline), ROCHER (Guy), « Pluriethnicité, citoyenneté et intégration : de la souveraineté pour soulever les obstacles et les ambiguïtés », *Cahiers de Recherche Sociologique*, n° 25, 1995, pp. 213-245.
- SCHNAPPER (Dominique), *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994, 228 p.
- « Comment penser la citoyenneté moderne ? », *Philosophie politique*, n° 8, 1995, pp. 9-26.

DROIT DES MINORITES ET DES PEUPLES AUTOCHTONES

Droits de l'Homme et libertés publiques

- ATTAL-GALY (Yaël), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, Paris, LGDJ, 2003, 638 p.
- CHAGNOLLAUD (Dominique), DRAGO (Guillaume) dir., *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, 751 p.
- CHARVIN (Robert), SUEUR (Jean-Jacques), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Paris, Litec, Coll. Objectif Droit, 4^{ème} éd., 2002, pp. 391-399.
- DREYER (Emmanuel), « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ*, n° 113, 2006, pp. 551-580.
- FAVOREU (Louis) et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, 530 p.
- KARAGIANNIS (Syméon), « L'aménagement des droits de l'Homme outre-mer : la clause des 'nécessités locales' de la Convention européenne », *Revue belge de droit international*, 1995, pp. 224-305.
- KOUBI (Geneviève), « L' "entre-deux" des Droits de l'Homme et des droits des minorités : "un concept d'appartenance" ? », *RTDH*, 1994, pp. 177-194.
- LONGCHAMPS (François), « Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l'individu et le pouvoir », in *Mélanges Paul Roubier*, tome 1, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, pp. 305-322.
- MUZNY (Petr), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP*, 2006, pp. 977-1005.
- RIVÉRO (Jean), « Les droits de l'homme : droits individuels ou droits collectifs ? », in *Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels*, Actes du colloque de Strasbourg (13-14 mars 1979), Paris, LGDJ, 1980, pp. 17-25.
- ROUSSEAU (Dominique), « Libertés locales et droits fondamentaux », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 227-235.
- SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 2001, 536 p.
- TURPIN (Dominique), « Autonomie statutaire des TOM et protection des libertés républicaines », *LPA*, n° 146, 4 décembre 1996, pp. 5-8.

Minorité et autochtonie

- AL MOSA (Mohammed), *La personification des minorités : Vers une solution du problème des minorités en droit international public*, thèse de doctorat, Université de Nantes, 1999, 368 p.
- BELKACEMI (Nassira), *Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne*, thèse de doctorat, Université Montpellier I, 1996, 349 p.
- CAPOTORTI (Francesco), *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 1979, 119 p.
- Centre tricontinental, *L'avenir des peuples autochtones. Le sort des « Premières nations »*, Paris, L'Harmattan, 2000, 276 p.
- COLLOMB (Gérard), « De la revendication à l'entrée en politique (1984-2004) », *Ethnies*, Vol. 18, n° 31-32, printemps 2005, pp. 16-28.
- DESCHENES (Jules), « Qu'est-ce qu'une minorité ? », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 27, n° 1, 1986, pp. 255-291.
- FENET (Alain), « Ordre juridique et minorités », in CURAPP, *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 163-171.
- FENET (Alain), KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2001, 661 p.
- KARPE (Philippe), « Y a-t-il encore des collectivités autochtones en Guyane française ? D'une méconnaissance à une indifférence (?) », *RJPIC*, Vol. 56, n° 1, 2002, pp. 231-244.
- KOUBI (Geneviève), « Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques de minorités », *RTDH*, 1997, pp. 407-423.
- KOUBI (Geneviève), SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), « Peuple autochtone et minorité dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », *RIEJ*, n° 45, 2000, pp. 1-26.
- KYMLICKA (Will), « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 141-172.
- LAJOIE (Andrée), *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002, 217 p.
- LAJOIE (Andrée), JACCOUD (Mylène), « Aboriginality and Normativity », *Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 17, n° 2, 2002, pp. 1-8.
- LEVRAT (Nicolas) dir., *Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 678 p.
- MARTRES (Jean-Pascal), LARRIEU (Jacques) dir., *Coutumes et droit en Guyane*, Actes du colloque de Cayenne (25-27 juin 1992), Paris, Economica, 1993, 217 p.
- PLASSERAUD (Yves), « Les revendications des minorités autochtones de France métropolitaine deux siècles après 1789 », in FENET (Alain), SOULIER (Gérard) dir., *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 205-235.
- RIGAUX (François), « Mission impossible: la définition de la minorité », *RTDH*, 1997, pp. 155-175.
- SCHULTE-TENCKHOFF (Isabelle), *La question des peuples autochtones*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 235 p.
- SOULIER (Gérard), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *Droit et Société*, n° 27, 1994, pp. 625-638.
- YACOB (Joseph), *Les minorités dans le monde : Faits et analyses*, Paris, Desclée de Brouwer, 1998, 923 p.
- Au-delà des minorités. Une alternative à la prolifération des Etats*, Paris, Editions de l'Atelier, 2000, pp. 187-216.

Statut et protection des minorités nationales

◦ **En droit international**

- ALBERT (Sophie), *La condition des minorités en droit international public*, thèse de doctorat, Université Paris X, 2003, 579 p.
- BEN ACHOUR (Yadh), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *RCADI*, n° 245, 1994, pp. 321-464.
- BOKATOLA (Isse Omanga), *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 291 p.
- « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques », *RGDIP*, n° 3, 1993, pp. 745-765.
- DE WITTE (Bruno), « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, pp. 113-127.
- OTIS (Ghislain), MELKEVIK (Bjarne), *Peuples autochtones et normes internationales*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 218p.
- PJIC (Jelena), « Minority Rights in International Law », *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, n° 3, 1997, pp. 666-685.
- ROULAND (Norbert), PIERRÉ-CAPS (Stéphane), POUMAREDE (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, 581 p.
- VANDERNOOT (Pierre), « Les aspects linguistiques du droit des minorités », *RTDH*, 1997, pp. 309-369.
- VERHOEVEN (Joe), « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », *RTDH*, 1997, pp. 177-203.
- YAKEMTCHOUK (Romain), « La protection internationale des minorités », *Pouvoirs*, Vol. 49, n° 2, 1996, pp. 3-33.

◦ **En droit communautaire et européen**

- BENOÎT-ROHMER (Florence), « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? », *RTDH*, 2001, pp. 999-1015.
- KLÉBES (Heinrich), « La convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales deux ans après son ouverture à la signature des Etats », *RTDH*, 1997, pp. 205-227.
- KOVACS (Peter), « La protection des langues des minorités ou la nouvelle approche de la protection des minorités ? Quelques considérations sur la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *RGDIP*, n° 2, juin 1993, pp. 411-418.
- PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Peut-on parler actuellement d'un droit européen des minorités ? », *AFDI*, n° 40, 1994, pp. 72-105.
- RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2002, pp. 565-569.
- SUDRE (Frédéric), « A propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *RTDH*, 2001, pp. 887-915.
- TAVERNIER (Paul), « A propos de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *RGDIP*, n° 2, avril 1995, pp. 385-402.
- THIERRY (Damien), « Les développements récents du droit des minorités en Europe : de timides avancées contrariées par un conservatisme dominant », *RRJ*, n° 3, 2000, pp. 1073-1099.

◦ **En droit comparé**

- BROCK (Kathy) « Finding Answers in Difference: Canadian and American Aboriginal Policy Compared », in THOMAS (David) ed., *Canada and the United States: Differences that Count*, Peterborough, Broadview Press, 2nd ed., 2000, pp. 338-358.
- DETMOLD (Mickaël), SCOFFONI (Guy), « Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Australie », *RFDC*, n° 29, 1997, pp. 3-32.
- GAUDREAU-DESBIENS (Jean-François), PINARD (Danielle), « Les minorités en droit public canadien », *Revue de droit. Université de Sherbrooke*, Vol. 34, n° 1-2, 2003-2004, pp. 197-228.
- HAVEMAN (Paul) ed., *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 520 p.
- HOFMANN (Rainer), « Minority Rights : Individual or Group Rights ? A Comparative View on European Legal Systems », *German Yearbook of International Law*, Vol. 40, 1997, pp. 356-382.
- LAJOIE (Andrée) et al., *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, Coll. Le droit aussi, 1996, 305 p.
- LEVRAT (Nicolas), « La protection des minorités dans les systèmes fédéraux », *RTDH*, n° 30, 1997, pp. 229-271.
- PIERRÉ-CAPS (Stephane), « Le principe de l'autonomie personnelle et l'aménagement constitutionnel du pluralisme national. L'exemple hongrois », *RDP*, 1994, pp. 401-428.
- VANDERLINDEN (Jacques), « Les Amérindiens du Nord à l'heure du pluralisme juridique ? », *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer*, Vol. 41, n° 3, 1995, pp. 299-317.
- WOEHLING (José), « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *Revue de droit. Université de Sherbrooke*, Vol. 34, n° 1-2, 2003-2004, pp. 93-155.

◦ **En droit français**

- ARNOUX (Irma), « Les Amérindiens dans le département de la Guyane : problèmes juridiques et politiques », *RDP*, 1996, pp. 1615-1652.
- FOULETIER (Marjolaine), *Recherche sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, 2003, 298 p.
- GARDE (François), « Les Autochtones et la République », *RFDA*, 1999, pp. 1-13.
- HERAUD (Guy), « Libertés publiques et minorités ethniques indigènes de France », *Actes*, n° 69, janvier 1990, pp. 33-37.
- LOCHAK (Danièle), « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET (Alain), SOULIER (Gérard) dir., *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-184.
- LUCHAIRE (François), « Droit des populations autochtones françaises ? Les autochtones français d'outre-mer : populations, peuples? », *Droit et Cultures*, n° 37, 1999, pp. 141-145.
- MICHALON (Thierry), « Le statut des minorités périphériques de la République », *Actes*, n° 69, janvier 1990, pp. 3-12.
- NANCHI (Alexandre), *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, Paris / Clermont-Ferrand, LGDJ / Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2006, 628 p.
- SPIRY (Emmanuel), *Pratique française du droit international des droits de l'homme. Le cas des minorités*, thèse de doctorat, Université Paris XI, 1999, 429 p.
- TURPIN (Dominique), « La question des minorités en France », in *Mélanges Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 477-509.

Autodétermination

- ARDANT (Philippe), « Que reste-t-il du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, pp. 43-54.
- BELKACEMI (Nassira), « Les autochtones français : populations ou peuples ? », *Droit et cultures*, n° 37, 1999, pp. 25-52.
- BOYER (Alain), « Les autochtones français : populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Droit et cultures*, n° 37, 1999, pp. 115-139.
- CHRISTAKIS (Théodore), *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation française, 1999, 676 p.
- Commission Royale sur les Peuples Autochtones, *Le droit à l'autonomie gouvernementale des Autochtones et la Constitution*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1992, 43 p.
- L'autonomie gouvernementale des autochtones : questions juridiques et constitutionnelles*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1995, 501 p.
- GUILHAUDIS (Jean-François), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Grenoble, PUG, 1976, 226 p.
- LABEAU (Pierre-Christian), « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : son application aux peuples autochtones », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 37, n° 2, 1996, pp. 507-542.
- « Les droits fonciers des peuples autochtones selon le droit international public », *Recherches amérindiennes au Québec*, Vol. 25, n° 3, 1995, pp. 59-71.
- LEMAIRE (Félicien), *La République française et le droit d'autodétermination*, thèse de doctorat, Université Bordeaux, 1994, 788 p.
- « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2000, pp. 907-931.
- MACWHINNEY (Edward), « Self-Determination of the Peoples and Plural-Ethnic States: Secession and State Succession and the Alternative, Federal Option », *RCADI*, n° 294, 2001, pp. 167-263.
- MOYRAND (Alain), « International Law Perspectives on the Evolution in Status of the French Overseas Territories », *Revue juridique polynésienne*, n° 5, 1999, pp. 49-69.
- MUSGRAVE (Thomas), *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 290 p.
- NANCHI (Alexandre), *Vers un statut des minorités en droit constitutionnel français*, thèse de doctorat, Université Lyon III, 2003, 865 p.
- OTIS (Ghislain), « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 47, n° 4, 2006, pp. 781-814.
- ROULAND (Norbert), « A propos de l'accord sur le Nunavut », *Revue juridique polynésienne*, n° 6, 2000, pp. 497-503.
- SAGANASH (Diomeo Romeo), « Gouvernement autochtone et nationalisme ethnique », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 20, 1993, pp. 21-44.
- SIMARD (Jean-Jacques), « Développement et gouvernement autochtones : l'expérience de la Baie James et du Nord québécois », *Politique et Sociétés*, Vol. 14, n° 28, automne 1995, pp. 71-85.
- THORNBERRY (Patrick), « Self-Determination, Minorities, Human Rights : A Review of International Instruments », *International and Comparative Law Quarterly*, n° 38, 1989, pp. 687-889.
- TREMBLAY (Jean-François), « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », *Politique et Sociétés*, Vol. 19, n° 2-3, 2000, pp. 133-151.

DROITS SPECIFIQUES**Statuts personnels coutumiers**

- AGNIEL (Guy), « Le juge civil et la coutume ou la difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in BONTEMS (Claude) dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 33-67.
- AMSELLE (Jean-Loup), *Vers un multiculturalisme français : l'empire de la coutume*, Paris, Aubier, 1996, 179 p.
- BOYER (Alain), « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *RRJ*, n° 1, 1994, pp. 387-399.
- BOYER (Alain), « A propos du maintien en vigueur dans l'ordre juridique français des statuts personnels après l'indépendance d'un territoire », *RRJ*, n° 1, 1997, pp. 347-352.
- CADOU (Eléonore), « Le statut de l'enfant dans l'Océan indien : l'enfant mahorais », *RIDC*, 2005, pp. 291-343.
- CHARLES (Marie-Noël), « Le rôle de la possession d'état dans le statut de l'enfant Faamu en Polynésie française », *RJPIC*, Vol. 48, n° 2, 1994, pp. 197-207.
- DEBBASCH (Roland), « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, n° 30, 1997, pp. 359-376.
- DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du colloque du 12 juillet 1994, Paris, L'Harmattan, 1995, 303 p.
- FABERON (Jean-Yves), « Les autochtones dans l'accord de Nouméa (5 mai 1998) », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 211-217.
- GANNAGÉ (Pierre), « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », in *Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz / PUF / Editions du Jurisclasseur, 1999, pp. 431-440.
- GOUTTES (Bernard de), « Droit et coutume en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna », *Administration*, n° 170, 1996, pp. 65-68.
- GUILLAUMONT (Olivier), « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ*, n° 3 et 4, 2001, pp. 1453-1494 et 1549-1590.
- « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. L'apport de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte », *RJPIC*, Vol. 56, n° 2, 2002, pp. 213-230.
- « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte », *JCP*, 10 septembre 2003, pp. 1553-1554.
- « Le Conseil constitutionnel et les subtilités de l'article 75 de la Constitution. Note sous Conseil constitutionnel, décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003 », *RFDC*, n° 56, 2003, pp. 788-795
- HAMIDOU (Abdou), « Modernisation du droit mahorais et coutumes locales : la nécessité d'un équilibre pour le maintien d'une cohésion sociale », *RJPIC*, Vol. 50, n° 3, 1996, pp. 253-259.
- LAFARGUE (Régis), *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, Paris, 2001, 208 p.
- « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre clause coloniale et facteur d'émancipation », *Droit et Cultures*, n° 46, 2003, pp. 29-53.
- LAMBERT (François), « La coutume révisée par la loi (du bon usage de l'article 75 de la Constitution) », *RFDC*, n° 56, 2003, pp. 796-800.
- LUCAZEAU (Gilles), « Le temps en droit pénal. Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie », *Revue de science criminelle*, 1990, pp. 521-537.

- MACLACHLAN (Campbell), « The Recognition of Aboriginal Customary Law : Pluralism Beyond the Colonial Paradigm », *International and Comparative Law Quarterly*, Avril 1988, pp. 368-386.
- NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *RJPIC*, Vol. 46, n° 2, 1992, pp. 219-257.
- « Particularités ? Particularisme ? Pluralisme ? A propos de la Nouvelle-Calédonie », *Ethnologes*, n° 2, 1997, pp. 1-20.
- « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *Droit et cultures*, n° 1, 1999, pp. 53-70.
- ORFILA (Gérard), « Réflexions sur la coutume mélanésienne », *RJPIC*, Vol. 43, n° 2, 1989, pp. 129-141.
- « Note sur les difficultés résultant de l'existence d'un statut civil particulier en Nouvelle-Calédonie », *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, pp. 477-482.
- « L'application du droit privé français en Nouvelle-Calédonie », *Droit et Cultures*, n° 32, 1996, pp. 124-127.
- La Nouvelle-Calédonie et le droit. Regard sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 1998, 307 p.
- Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2000, 159 p.
- RETTNERER (Stéphane), « Les incidences privées de la départementalisation de Mayotte », *RRJ*, 1997, pp. 1071-1092.
- ROULAND (Norbert), « Etre Amérindien en Guyane française : de quel droit ? », *RFDC*, n° 27, 1996, pp. 495-522.
- « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1999, pp. 145-226.
- « Une hypothèses pour le futur ? Un statut personnel pour les Amérindiens de Guyane », *Ethnies*, n° 29-30, 2003, pp. 167-171.
- SCHULTZ (Patrick), « Le statut personnel à Mayotte », *Droit et Cultures*, n° 1, 1999, pp. 95-114.
- VIVIER (Jean-Louis), « L'émergence du statut personnel des indigènes de la Nouvelle-Calédonie », *LPA*, n° 108, 8 septembre 1986, pp. 20-22.
- « Le droit français face à la coutume kanak », *RJPIC*, Vol. 44, n° 3, 1990, pp. 470-476.

Droits locaux

- BAUSINGER-GARNIER (Laure), *La loi du pays en Nouvelle-Calédonie. Véritable norme législative à caractère régional*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, 192 p.
- BIOY (Xavier), « Le droit de l'Outre-mer à la recherche de ses catégories (A propos de la Loi d'orientation du 13 décembre 2000) », *RRJ*, n° 4, 2001, pp. 1785-1810.
- BLANDEL (Anne-Marie), *Le particularisme du régime législatif des territoires d'outre-mer : Contribution à l'étude du cas de la Nouvelle-Calédonie*, thèse de doctorat, Université Rennes I, 1996, p.
- BRARD (Yves), « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les lois du pays, de la spécialité législative au partage du pouvoir législatif », *Revue juridique polynésienne*, 2001, pp. 47-71.
- Centre de droit public interne, *La situation du droit local alsacien-mosellan*, Paris, LGDJ, 1986, 320 p.
- DIEMERT (Stéphane), « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, pp. 109-130.
- FABERON (Jean-Yves), « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, pp. 5-21.

- FLAUSS (Jean-François), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, pp. 1625-1685.
- FRAISSE (Régis), « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle Calédonie », *RFDA*, 2000, pp. 77-91.
- GINDRE-DAVID (Carine), *La loi du pays en droit constitutionnel français, expression de la spécificité calédonienne dans un Etat unitaire en mutation*, thèse de doctorat, Université Paris I, 2005, 543 p.
- GOHIN (Olivier), « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP*, 2006, pp. 85-112.
- Institut du droit local alsacien-mosellan, *Etat, régions et droits locaux : droits locaux et statuts particuliers en France et en Europe*, Paris, Economica, 1997, 238 p.
- LAMPUÉ (Pierre), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 1969, 385 p.
« Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *RCDIP*, 1954, pp. 249-324.
- LENOIR (Hubert), « La promulgation des lois et décrets en Polynésie française », *Revue Juridique Polynésienne*, 1994, pp. 331-338.
- LUCHAIRE (François), *Droit d'outre-mer et de la Coopération*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1966, 628 p.
« Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer », *RDP*, 1994, pp. 1621-1641.
« Le Conseil constitutionnel devant la loi du pays en Nouvelle-Calédonie : commentaire de la décision du 27 janvier 2000 », *RDP*, 2000, pp. 553-562.
- MARLIAC-NEGRIER (Claire), « Du particularisme législatif à propos de la nouvelle catégorie juridique des lois du pays en Nouvelle-Calédonie », *RJPEF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 173-211.
- MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, 378 p.
- PERES (Jean), « Application des lois et règlements en Polynésie française. Répartition des compétences », *Revue juridique polynésienne*, n° 8, 2002, pp. 181-207.
« La rétroactivité des lois et règlements et son application aux instances polynésiennes », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 193-196.
« Application des lois et règlements en Polynésie française », *Revue juridique polynésienne*, n° 11, 2005, pp. 181-207.
« La sécurité juridique de la loi du pays », *Bulletin de l'AJPF*, n° 8, mars 2006 (<http://ajpfjeanperes.blogspot.com>)
- PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 97-118.
- ROUX (André), « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ*, n° 1, 1992, pp. 73-95.
Droit constitutionnel local, Paris, Economica, 1995, 112 p.
- TROIANELLO (Antonino), « La loi du pays, expression de l'autonomie polynésienne », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 175-192.
- WOEHLING (Jean-Marie), « Droit alsacien-mosellan, principes généraux », *Jurisclasseur Droit administratif*, fasc. 122-1.

Droits identitaires

- ABIKHZER (Franck), « La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire », *RRJ*, 2005, pp. 2081-2096.
- BENOÎT-ROHMER (Florence), « Les langues officieuses de la France », *RFDC*, 2001, pp. 3-29.

- BERTILE (Véronique), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2005, 620 p.
- BREILLAT (Dominique), « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : le cas français », *Revue juridique Thémis*, Vol. 35, 2001, pp. 697-737.
- CALINAUD (René), « Les principes directeurs du droit foncier polynésien », *Revue juridique polynésienne*, n° 7, 2001, pp. 741-750.
« Autonomie juridique et droit foncier », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 197-210.
- CALINAUD (René), « Un organisme *sui generis* propre à la Polynésie française : la Commission de conciliation obligatoire en matière foncière », *Revue juridique polynésienne*, n° 10, 2004, pp. 477-483.
- CALINAUD (René), DOMINGO-NETI (Camelia), « Droits fonciers et coutume dans la jurisprudence en Polynésie française », in DECKKER (Paul de) dir., *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Actes du Colloque universitaire international (12 juillet 1994), Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 159-174.
- CLAIRIS (Christos), COSTAOUËC (Denis), COYOS (Jean-Baptiste) dir., *Langues et cultures régionales de France. Etat des lieux, enseignement, politiques*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, 272 p.
- CARCASSONNE (Guy), *Etude sur la compatibilité entre la Charte européenne des langues régionales et minoritaires et la Constitution*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1998, 130 p.
- DE LUCAS (Javier), « Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles) », *RIEJ*, n° 33, 1994, pp. 1-36.
- DE WITTE (Bruno), « Le principe d'égalité et la pluralité linguistique », in GIORDAN (Henri) dir., *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et Droits de l'Homme*, Paris, Ed. Kimé, 1992, pp. 55-62
- FABERON (Jean-Yves), « Indivisibilité de la République et diversité linguistique du peuple français : la place des langues polynésiennes dans le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDC*, n° 27, 1996, pp. 607-617.
- FRAISSEIX (Patrick), « La France, les langues régionales et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *RFDA*, 2001, pp. 59-86
- FRANGI (Marc), « Les collectivités locales face aux langues régionales », *AJDA*, 2000, pp. 300-306.
- GIORDAN (Henri), LOUARN (Tangi) dir., *Les langues régionales ou minoritaires dans la République*, Paris, IEO Éditions, 2003, 105 p.
- GUILLOREL (Hervé), « La langue corse : histoire et enjeux actuels », *Pouvoirs Locaux*, Vol. 47, n° 4, 2000, pp. 69-75.
- GUILLOREL (Hervé), KOUBI (Geneviève) dir., *Langues et droits. Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 408 p.
- HAARSCHER (Guy), « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, pp. 231-234.
- HERCZEGH (Géza), « Droits individuels et droits collectifs (mythes et réalités) », in *Mélanges Alexandre Kiss*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1998, pp. 171-187.
- JOHNSTON (Darlene), « Native Rights as Collective Rights : A Question of Group Self-Preservation », *Canadien Journal of Law and Jurisprudence*, 1989, pp. 19-34.
- KOUBI (Geneviève), « Le droit à la différence, un droit à l'indifférence ? », *RRJ*, n° 2, 1993, pp. 451-463.
« Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence en France », *RTDH*, 1993, pp. 243-262.
« Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et droits de groupe », in *Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 105-118.

- KOUBI (Geneviève), « Les droits culturels : un nouveau concept ? », in *Savoir innover en droit : concepts, outils, systèmes*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 241-251.
- KYMLICKA (Will), « Individual and Community Rights », in BAKER (Judith) ed., *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, pp. 17-33.
- « Démocratie libérale et droits des cultures minoritaires », in GAGNON (France), McANDREW (Marie), PAGE (Michel) dir., *Pluralisme, citoyenneté et éducation*, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 25-51.
- LE POURHIET (Anne-Marie), « Discriminations positives ou injustices ? », *RFDA*, 1998, pp. 519-525.
- LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Langue(s) et Constitution(s)*, Actes du colloque de Rennes (7-8 décembre 2000), Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 2004, 261 p.
- LEVADE (Anne), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 55-71.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « La République contre Babel : A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* », *RDP*, 1999, pp. 985-1000.
- MEYER-BISCH (Patrice) dir., *Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, Fribourg, Ed. universitaires, 1993, 360 p.
- MOUTOUH (Hugues), *Recherche sur un droit des groupes en droit public français*, thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 1997, 595 p.
- « Les langues régionales en droit français », *Regards sur l'actualité*, n° 250, avril 1999, pp. 33-41.
- NIEC (Halina) dir., *Pour ou contre les droits culturels*, Ed. de l'Unesco, 2000, 334 p.
- ORAISON (André), « Le principe de la "préférence régionale" reconnu en Polynésie française par la loi organique du 27 février 2004 sur la base de l'article 74 de la Constitution (La consécration par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 d'un principe anti-républicain !) », *RRJ*, n° 114, 2006, pp. 1431-1437.
- OTIS (Ghislain), « La tolérance comme fondement et limite de droits identitaires autochtones », in DUMOUCHEL (Paul), MELKEVIK (Bjarne) dir., *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 95-105.
- POIGNANT (Bernard), *Langues et cultures régionales*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, Coll. des Rapports officiels, 1998, 90 p.
- PONTIER (Jean-Marie), « Entre le local, le national et le supra-national : les droits culturels », *AJDA*, numéro spécial, 2000, pp. 50-57.
- « Les données juridiques de l'identité culturelle », *RDP*, 2000, pp. 1271-1289.
- RENAULD (Bernadette), « Les discriminations positives : plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, 1997, pp. 425-460.
- RENAUT (Alain), « Le débat français sur les langues régionales », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 381-400.
- ROULAND (Norbert), « Les politiques juridiques de la France dans le domaine linguistique », *RFDC*, n° 35, 1998, pp. 518-562.
- ROULAND (Norbert) dir., *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 310 p.
- ROUSSEAU (Dominique), « Collective and Individual Rights », *Contemporary European Affairs*, Vol. 4, n° 4, 1991, pp. 27-33.
- SCHNAPPER (Dominique), « Comment reconnaître les droits culturels ? », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 253-269.
- SIBILLE (Jean), *Les langues régionales*, Paris, Flammarion, Coll. Dominos, 2000, 128 p.
- VIOLA (André), « Ecoles Diwan : l'impossible intégration ? », *RDP*, 2002, pp. 1351-1362.

WINSLOW (Donna), « La question foncière en Nouvelle-Calédonie », *Culture*, Vol. 12, n° 1, 1992, pp. 25-37

REFLEXIONS SUR L'ORGANISATION ETATIQUE

Éléments de droit constitutionnel et administratif

ADAM (Antal), « Sur les valeurs constitutionnelles », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, pp. 3-7.

BANGUI (Taha), « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de laïcité. Observations sur CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale* », *RRJ*, n° 113, 2006, pp. 1091-1106.

BEAUD (Olivier), « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, pp. 1249-1299.

BIGAUT (Christian) dir., *Le réformisme constitutionnel en France (1789-2000)*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5115-16, 2000, 256 p.

BRUNET (Pierre), « A travers les débats parlementaires : le concept de souveraineté entre différences et répétitions », *RRJ*, n° 3, 1992, pp. 605-615.

BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Coll. Corpus Essais, 2004, 533 p.

BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome 2 : L'Etat, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1980, 733 p.

CAPORAL (Stéphane), *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Paris, Economica, 1995, 339 p.

CARCASSONNE (Guy), *La Constitution commentée*, Paris, Ed. du Seuil, 7^{ème} éd., 2005, 452 p.

CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, 839 p.

CHAGNOLLAUD (Dominique), *Droit constitutionnel contemporain*, Paris, A. Colin, 4^{ème} éd., 2005, 390 p.

CHANTEBOUT (Bernard), *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, A. Colin, 22^{ème} éd., 2005, 594 p.

CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15^{ème} éd., 2001, 1427 p.

CAMBY (Jean-Pierre), « Le Conseil constitutionnel et la langue française », *RDP*, 1994, pp. 1663-1678.

CONAC (Gérard), LUCHAIRE (François) dir., *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987, 1402 p.

Conseil d'Etat, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, Paris, La Documentation française, 1996, pp. 13-114.

DEBBASCH (Roland), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, 1988, 481 p.

« Unité et indivisibilité », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, Collection Droit public positif. Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, 1990, pp. 7-47.

« La reconnaissance constitutionnelle de la langue française », *RFDC*, n° 11, 1992, pp. 457-468.

DECKKER (Paul de), FABERON (Jean-Yves) dir., *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 536 p.

DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, 285 p.

- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., 1927, 763 p.
- FABERON (Jean-Yves), « La protection juridique de la langue française », *RDP*, 1997, pp. 323-341.
- FABRE (Michel-Henry), « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, pp. 603-622.
- FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, 968 p.
- FITTE-DUVAL (Annie), « Droit et pluralisme dans l'Etat unitaire », *Revue politique et parlementaire*, n° 1008, 2000, pp. 52-76.
- FOUQUET-ARMAND (Maud), « Les révisions de la Constitution de 1958 : de la V^e à la VI^e République ? », *RRJ*, n° 4, 2001, pp. 1591-1622.
- FRANGI (Marc), « Etat, langue et droit en France », *RDP*, 2003, pp. 1607-1632.
- GAGNON (Alain-Gustave), TULLY (James) eds., *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 428 p.
- GAGNON (Alain-Gustave), ROCHER (François) eds., *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 2003, 351 p.
- GREWE (Constance), « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, pp. 1349-1360.
- GUIGNARD (Didier), *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2004, 727 p.
- GUILLAUMONT (Olivier), « Le Conseil d'Etat et le principe constitutionnel de laïcité. A propos de l'arrêt du 16 mars 2005, *Ministre de l'outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française* », *RFDC*, n° 63, 2005, pp. 631-638.
- HAQUET (Arnaud), « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs*, n° 94, 2000, pp. 141-153.
- Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004, 333 p.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p.
- HUBRECHT (Hubert-Gérald), « Quarante ans après, un Etat garant de la cohésion nationale », *RDP*, 1998, pp. 1361-1378.
- LASCOMBE (Michel), *Droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, L'Harmattan, 9^{ème} éd., 2006, 406 p.
- LEBEN (Charles), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, pp. 296-353.
- LECLERCQ (Claude), « Mécanismes juridiques de disparition de la République », *RDP*, 1986, pp. 1015-1042.
- LUCHAIRE (François), « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, pp. 1229-1274.
- MACCORMICK (Neil), *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 210 p.
- MARCOU (Gérard), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, pp. 45-65.
- MAUS (Didier), « Unité, indivisibilité, uniformité, les piliers de la République ? », *Revue politique et parlementaire*, n° 1009/1010, 2000, pp. 163-165.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, 397 p.
- « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997, pp. 906-924.
- MESSNER (Francis), PRELOT (Pierre-Henri), WOEHLING (Jean-Marie) dir., *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003, 1318 p.
- MONERA (Frédéric), *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, 516 p.

- MORENA (Frédérique de la) dir., *Actualité de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, 207 p.
- OLIVESI (Claude), « Indivisibilité de la République *versus* langues régionales », *Pouvoirs*, n° 93, 2000, pp. 209-221.
- PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 26^{ème} éd., 2007, 632 p.
- PELLISSIER (Gilles), *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, 143 p.
- PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Les figures constitutionnelles de l'Etat-nation », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXI^e siècle*, Actes du colloque de Nancy (6-8 novembre 1997), Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, Collection « Science et technique de la démocratie », 1998, pp. 19-42.
- PONTIER (Jean-Marie), *Droit de la langue française*, Paris, Dalloz, 1997, 141 p.
- RENOUX (Thierry), VILLIERS (Michel de), *Code constitutionnel*, Paris, Editions du Juris-Classeur, 2004, 1613 p.
- ROBERT (Jacques), « Les fondements juridiques de la laïcité », *Revue politique et parlementaire*, n° 1038, 2006, pp. 6-12.
- ROBLOT-TROIZIER (Agnès), *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, 2007, 688 p.
- ROULAND (Norbert), *L'Etat français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques françaises de 476 à 1792*, Paris, Odile Jacob, 1995, 377 p.
- ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 7^{ème} éd., 2006, 536 p.
- ROUSSEAU (Dominique), VIALA (Alexandre), *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004, 480 p.
- RUET (Laurent), « Les fonctions juridiques de la langue », *JDI*, 1998, pp. 697-719.
- SAYAH (Jamil), « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *RDP*, 2006, pp. 915-950.
- TULLY (James), *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Sainte-Foy / Bordeaux, Presses de l'Université Laval / Presses de l'Université de Bordeaux, 1999, 242 p.
- TURPIN (Dominique), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003, 767 p.
- VERPEAUX (Michel), MATHIEU (Bertrand) dir., *La République en droit français*, Paris, Economica, 1992, 360 p.
- VILLIERS (Michel de), *Dictionnaire du Droit Constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 5^{ème} éd., 2005, 279 p.
- VIOLA (André), *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2002, 322 p.
- WOEHLING (Jean-Marie), « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP*, 2006, pp. 1633-1669.

Décentralisation, dévolution et régionalisation en droit comparé

- BIDÉGARAY (Christian) dir., *L'Etat autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Paris, Economica, 1994, 204 p.
- Europe occidentale. Le mirage séparatiste*, Paris, Economica, Coll. Politique comparée, 1997, 336 p.
- BOGDANOR (Vernon), *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 331 p.
- CORCUERA ATIENZA (Javier), « Le système des autonomies en Espagne : quelques questions en suspens », *Hérodote*, n° 91, 4^{ème} trimestre 1998, pp. 102-117.

- DEYON (Pierre), *Régionalismes et régions dans l'Europe des quinze*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 158 p.
- ELIE (Marie-Pierre), « L'Italie, un Etat fédéral ? A propos des lois constitutionnelles n° 1 du 22 novembre 1999 et n° 3 du 18 octobre 2001 », *RFDC*, n° 52, 2002, pp. 749-757.
- FOUGEROUSE (Jean), « La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 : l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme », *RIDC*, 2003, pp. 923-961.
- LAVOREL (Sabine), VALLET (Elisabeth), « Régionalisme et autonomie en Europe occidentale », in DUCHASTEL (Jules), CANET (Raphaël) dir., *Crise de l'Etat, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna Editions, 2006, pp. 99-122.
- LE GALES (Patrick), « Dévolution à tous les étages », *Pouvoirs*, n° 93, 2000, pp. 67-86.
- MERLONI (Francesco), « Italie : L'Etat régional contre la centralisation ? », *Notes et Etudes documentaires*, n° 5004-05, 1994, pp. 233-253.
- MODERNE (Franck), « L'état des autonomies dans l'Etat des autonomies », *RFDC*, n° 2, 1990, pp. 195-211.
- SALMON (Trevor), KEATING (Michael) eds., *The Dynamics of Decentralization. Canadian Federalism and British Devolution*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2001, 204 p.
- SHARPE (Jim), « The European Meso: An Appraisal », in SHARPE (Jim) ed., *The Rise of Meso-Government in Europe*, London, Sage Publications, 1993, pp. 1-39.
- SUBRA DE BIEUSSES (Pierre), « Des inconvénients d'une compétence législative infra-étatique : l'exemple de l'Espagne », in *Mélanges Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, pp. 417-430.
- SUSKI (Markku) ed., *Autonomy: Applications and Implications*, Cambridge, Kluwer Law International, 1998, 372 p.
- WALKER (Neil), « Beyond the Unitary Conception of the United Kingdom Constitution », *Public Law*, Autumn 2000, pp. 384-404.
- WOLLMANN (Helmut), « La décentralisation en Angleterre, en France et en Allemagne : De la divergence historique à la convergence ? », *RFAP*, n° 90, 1999, pp. 313-328.

Décentralisation en droit français

◦ En métropole

- ACQUAVIVA (Jean-Claude), « L'évolution du statut particulier de la Corse », *RRJ*, n° 1, 1993, pp. 63-94.
- AUBY (Jean-Baptiste), *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 361 p.
- BELORGEY (Gérard), « Ni République strictement unitaire, ni Fédération de régions : un Etat composé », *Revue politique et parlementaire*, n° 1009/1010, 2000, pp. 83-88.
- BÉNOIT (Jean), « La liberté d'administration locale », *RFDA*, 2002, pp. 1065-1079.
- BERNARD (Michel), « Les statuts de la Corse », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 101-106.
- BISTOLFI (Robert), « Enjeux occitans face à la décentralisation », *Confluences Méditerranée*, n° 49, printemps 2004, pp. 173-182.
- BOUVIER (Michel), « Autonomie fiscale locale et libre administration des collectivités locales », *RFFP*, n° 81, mars 2003, pp. 27-41.
- BRAULT (Philippe), RENAUDINEAU (Guillaume), SICARD (François), *Le principe de subsidiarité*, Paris, La Documentation française, Coll. Les études, 2005, 111 p.
- BRISSON (Jean-François), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, pp. 529-539.

- BROSSET (Estelle), « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 695-739.
- CLERGERIE (Jean-Louis), *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ed. Ellipses, Coll. Le droit en questions, 1997, 126 p.
- DAVEZIES (Serge), « Décentralisation : un risque d'inégalités accrues ? », *Cahiers français*, n° 318, janvier-février 2004, pp. 67-71.
- DELCAMP (Alain), « Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, n° 23, 1995, pp. 609-624.
- DELPÉRÉ (Francis), « Organisation territoriale et "exception française" », *Cahiers français*, n° 318, janvier-février 2004, pp. 15-18.
- DOAT (Mathieu), *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 2003, 317 p.
- DOLLAT (Patrick), « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ? », *RFDA*, 2003, pp. 670-677.
- FAURE (Bertrand), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités locales », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, pp. 117-133.
« Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi », *RDP*, 2003, pp. 119-122.
« L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 165-188.
- FAVOREU (Louis), ROUX (André), « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 88-92.
- FERRARI (Pierre), « Collectivités territoriales à statut spécial. La loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse », *AJDA*, 2002, pp. 86-99.
- FLAMAND-LEVY (Bénédicte), « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA*, 2004, pp. 59-68.
- FRIER (Pierre-Laurent), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, pp. 559-563.
- GAUDEMET (Yves), GOHIN (Olivier) dir., *La République décentralisée*, Paris, LGDJ, 2004, 170 p.
- GOHIN (Olivier), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA*, 2003, pp. 522-528.
« Pouvoir législatif et collectivités locales », in *Les collectivités locales. Mélanges Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, pp. 177-193.
- GRAS (Solange), « Regionalism and Autonomy in Alsace since 1918 », in ROKKAN (Stein), URWIN (Derek) eds., *The Politics of Territorial Identity. Studies in European Regionalism*, London, Sage, 1982, pp. 309-355.
- GREWE (Constance), « Le nouveau statut de la Corse devant le Conseil constitutionnel », *RUDH*, n° 10, 1991, pp. 381-389.
- GROHENS (Jean-Claude), « A propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », in *Mélanges Paul Amserek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 375-429.
- HERTZOG (Robert), « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *AJDA*, 2003, pp. 548-558.
- JANICOT (Laetitia), « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, pp. 1574-1583.
- JANIN (Patrick), « L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation. Observations sur une réforme », *JCP-ACT*, n° 41, 10 octobre 2005, pp. 1524-1528.
- JOYAU (Marc), *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises : essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit public, 1998, 362 p.

- LAPOUZE (Patrick), « L'expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP-ACT*, n° 10, 6 mars 2006, pp. 307-309.
- LEMAIRE (Félicien), « Le Conseil constitutionnel et l'avenir institutionnel de la Corse », *RRJ*, n° 4, 2002, pp. 1761-1774.
- LUCHAIRE (François), « Le statut de la collectivité territoriale de Corse (Décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », *RDP*, 1991, pp. 943-979.
« La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002 », *RDP*, n° 3, 2002, pp. 885-906.
- MARCOU (Gérard), « Décentralisation : approfondissement ou nouveau cycle ? », *Cahiers français*, n° 318, janvier-février 2004, pp. 8-14.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Le principe d'égalité entre collectivités locales », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 93-95.
- MELLA (Elisabeth), *Essai sur la nature de la délibération locale*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit public, 2003, 317 p.
- MICHALON (Thierry), « La Corse entre décentralisation et autonomie. Vers la fin des catégories ? », *RFDA*, 1991, pp. 720-740.
- MOUTOUH (Hugues), « La Corse : une chance pour la République ? », *Dalloz*, chron., n° 20, 2001, pp. 1559-1567.
- PHILIP (Loïc), « Le pouvoir fiscal local bénéficie-t-il d'une protection constitutionnelle ? », *Pouvoirs locaux*, n° 46, 2000, pp. 60-65.
« L'autonomie financière des collectivités locales », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 96-100.
- PONCELET (Christian), « La décentralisation à la croisée des chemins : pour la République territoriale », *RFFP*, n° 81, mars 2003, pp. 13-19.
- PONTIER (Jean-Marie), « L'expérimentation et les collectivités locales », *RA*, 2001, pp. 169-177.
« La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, pp. 1715-1723.
- RAYMOND (Patrice), « L'autonomie financière des collectivités locales et le Conseil constitutionnel », *RFFP*, n° 81, mars 2003, pp. 43-75.
- REGOURD (Serge), « L'organisation territoriale issue de la décentralisation de 1982 : un bilan critique », *Cahiers français*, n° 318, janvier-février 2004, pp. 3-7.
« La révision constitutionnelle de mars 2003 et l'unité de la République », *Cahiers français*, n° 318, janvier-février 2004, pp. 59-66.
- ROSENBAUM (Allan), « Gouvernance et décentralisation. Leçons de l'expérience », *RFAP*, n° 88, 1998, pp. 507-516.
- ROUSSEAU (Dominique), « Organisation territoriale de la France : une recombinaison inachevée », *Confluences Méditerranée*, n° 36, hiver 2000-2001, pp. 79-86.
- SAUVAGEOT (Frédéric), *Les catégories de collectivités territoriales de la République : contribution à l'étude de l'article 72 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 472 p.
- SCHMITT (Sylvie), « Les garanties constitutionnelles de l'autonomie financière des collectivités territoriales françaises et des régions italiennes », *RFDC*, n° 67, 2006, pp. 651-667.
- SCHOETTL (Jean-Eric), « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA*, 2002, pp. 100-105.
- STECKEL-MONTES (Marie-Christine), « Un pouvoir fiscal local en trompe-l'œil », *RFDC*, n° 61, 2005, pp. 19-33.
- VERPEAUX (Michel), « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 31-45.

VERPEAUX (Michel), « Le “référendum local” et la Constitution », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 124-128.

« La loi constitutionnelle du 28 mars relative à l’organisation décentralisée de la République : libre propos », *RFDA*, 2003, pp. 665-669.

« Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, pp. 540-547.

« La loi organique relative à l’expérimentation par les collectivités territoriales », *JCP-ACT*, n° 20, 10 mai 2004, pp. 655-663

Les collectivités territoriales en France, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2006, 174 p.

« La dernière réforme – en date – du droit des consultations locales en France », *AJDA*, 2006, pp. 866-872.

« Du bon et du mauvais usage des référendums locaux », *AJDA*, 2006, pp. 873-877.

WÉBERT (Francine), *Unité de l’Etat et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse de doctorat, Université Nancy III, 1997, 548 p.

« La transformation vers le bas : en-deçà de l’Etat-nation, l’adaptation de l’Etat unitaire français », in Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les mutations de l’Etat-nation en Europe à l’aube du XXI^e siècle*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l’Europe, 1998, pp. 277-302.

ZELLER (Adrien), « L’Alsace : au-delà des spécificités, la modernité d’une décentralisation renforcée », *Revue politique et parlementaire*, n° 1009/1010, 2000, pp. 39-42.

ZILLER (Jacques), « L’Etat composé et son avenir en France », *Revue politique et parlementaire*, n°1009/1010, 2001, pp. 151-157.

• **Dans l’outre-mer**

AGNIEL (Guy), « Le Conseil d’Etat et la décentralisation outre-mer : toujours plus d’Etat ? », *RFDA*, 1994, pp. 954-958.

ANDRE (Sylvie), « Autonomie institutionnelle, identité linguistique, identité culturelle », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 252-264.

AUBIN (Emmanuel), « Le Conseil d’Etat, l’application de l’accord de Nouméa et les limites de l’exception d’inconventionnalité (Conseil d’Etat, 30 octobre 1998) », *LPA*, n° 146, 23 juillet 1999, pp. 11-19.

AUBY (Jean-François), *Droit des collectivités périphériques françaises*, Paris, PUF, 1992, 208 p.

BERINGER (Hugues), « Mayotte : une collectivité territoriale de l’Outre-mer français à statut particulier », *RJPIC*, Vol. 49, n° 3, 1995, pp. 339-346.

BLÉRIOT (Laurent), « Les départements et régions d’outre-mer : un statut à la carte », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, pp. 57-71.

« Le nouveau statut constitutionnel des DROM », *RJPEF*, 2006, pp. 41-49.

BONNELLE (François) dir., *Réflexions sur l’avenir institutionnel de Mayotte, Rapport au Secrétaire d’Etat à l’Outre-mer*, Paris, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 1998, 128 p.

BOYER (Alain), *Le statut constitutionnel des territoires d’outre-mer et l’Etat unitaire*, Paris, Economica, 1998, 301 p.

CAILLE (Pierre-Olivier), « Premier arrêt rendu sur un recours contre une “loi du pays” (note sous arrêt) », *Droit administratif*, n° 4, 2006, pp. 32-34.

CAPITOLIN (Jean-Louis), « La clarté et la loyauté d’une consultation préalable à l’évolution institutionnelle au sein de la République », *RFDC*, n° 64, 2005, pp. 781-804.

CHAUCHAT (Mathias), « L’accord de Nouméa condamné par le droit international ? », *Dalloz*, chron., n° 44, 1998, pp. 419-424.

- CHAUCHAT (Mathias), « Problèmes juridiques de la Nouvelle-Calédonie depuis l'adoption du nouveau statut », *Cahiers de l'ORIHIS*, n° 7, 2002, pp. 41-61.
 « Transferts de compétences et avenir de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2007, pp. 2243-2247.
- CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin) dir., *1946-1996 : Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, l'Harmattan, 1997, 477 p.
- CUSTOS (Dominique), « L'institution préfectorale dans les départements d'outre-mer au terme d'un demi-siècle d'existence », *RFDA*, 2000, pp. 778-789.
 « Le statut constitutionnel des départements d'outre-mer », *AJDA*, 2001, pp. 731-735.
 « Vers une autonomisation de l'évolution institutionnelle des DOM », *Revue politique et parlementaire*, n°1009/1010, 2001, pp. 47-60.
- DE LISLE (J.P.), « Réflexions sur les évolutions constitutionnelles des outre-mers français », *AJDA*, 2002, pp. 1273-1276.
- DIÉMERT (Stéphane), « L'évolution de la fonction législative outre-mer ou "comment on légifère pour l'outre-mer" », *RJPEF*, 2006, pp. 9-40.
 « La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint-Barthélemy et Saint-Martin », *RFDA*,
- DOUENCE (Jean-Claude), « L'exécution des lois dans les départements d'outre-mer. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 90-277 DC du 15 juillet 1990 », *RFDA*, 1991, pp. 345-357.
- DOUENCE (Jean-Claude), FAURE (Bertrand), « Y a-t-il deux Constitutions ? » *RFDA*, 2000, pp. 746-760.
- DOUMENGE (Jean-Pierre), *L'Outre-mer français*, Paris, Armand Colin, Coll. U, 2000, 224 p.
- ELFORT (Maud), FABERON (Jean-Yves), GOESEL-LE BIHAN (Valérie) dir., *La loi d'orientation pour l'outre-mer. Quelles singularités dans la France et l'Europe ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 619 p.
- FABERON (Jean-Yves), « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, pp. 345-370.
 « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *RDP*, 1999, pp. 113-130.
 « Palabres et procès-verbaux », in *Mélanges Jean-Philippe Colson*, Grenoble, PUG, 2004, pp. 65-72.
 « Le projet de révision constitutionnelle relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie adopté par les assemblées parlementaires en 1999 », *RFDC*, n° 46, 2001, pp. 381-396.
 « La collectivité "départementale" de Mayotte : Vers un statut de droit commun ? », *Cahiers de l'ORIHIS*, n° 7, 2002, pp. 81-96.
 « Nouvelle-Calédonie : les difficultés d'un gouvernement constitué à la représentation proportionnelle », *AJDA*, 2002, pp. 113-117.
 « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : des autonomies différentes », *RFDC*, n° 68, 2006, pp. 691-712.
 « Contrat social et Nouvelle-Calédonie », in *Mélanges Michel Guibal*, tome 2, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 431-436.
 « La révision constitutionnelle du 24 février 2007 sur le corps électoral de la Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2007, pp. 665-668.
- FABERON (Jean-Yves) dir., *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie : l'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques*, Paris, La Documentation française, 1997, 276 p.

- FABERON (Jean-Yves) dir., *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, 224 p.
- Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La Documentation française, 2006, 366 p.
- FABERON (Jean-Yves), AGNIEL (Guy) dir., *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 5113-5114, 2000, 463 p.
- FABERON (Jean-Yves), AUBY (Jean-François) dir., *L'évolution du statut de département d'outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, 307 p.
- FRAISSE (Régis), « Le Conseil d'Etat, conseil et juge de l'outre-mer », *AJDA*, 2007, pp. 1113-1116.
- GARDE (François), *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2001, 351 p.
- « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *RFDC*, n° 64, 2005, pp. 805-811.
- GOESEL-LE BIHAN (Valérie), « La Nouvelle-Calédonie et l'Accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, n° 44, 1998, pp. 24-75.
- GOHIN (Olivier), « Egalité et différenciation dans les départements d'Outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution », in LE POURHIET (Anne-Marie) dir., *Droit constitutionnel local*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999, pp. 119-144.
- « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, pp. 500-514.
- « L'évolution du statut de Mayotte au sein de la République française : aspects constitutionnels », *RFDA*, 2000, pp. 737-745.
- « L'apport de l'évolution institutionnelle de l'outre-mer non-départementalisé au droit constitutionnel depuis 1998 », *CCC*, n° 12, mai 2002, pp. 112-117.
- « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, 2003, pp. 678-683.
- « La prise en compte de la Polynésie française dans la révision constitutionnelle de mars 2003 », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 42-62.
- GOHIN (Olivier), JOYAU (Marc), « L'évolution institutionnelle de la Polynésie française », *AJDA*, 2004, pp. 1242-1252.
- GOHIN (Olivier), MAURICE (Pierre) dir., *Mayotte*, Actes du colloque universitaire de Mamoudzou (23 - 24 avril 1991), Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1996, 432 p.
- JAN (Pascal), « L'Outre-mer entre mimétisme et spécificité constitutionnels (à propos des lois du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française) », *LPA*, n° 154, 3 août 2004, pp. 3-12.
- « L'outre-mer français », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 7-17.
- JOYAU (Marc), « Décentralisation, Adaptation, Autonomie », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 18-40.
- LAMPUÉ (Pierre), « Le régime constitutionnel des territoires d'outre-mer », *RDP*, 1984, pp. 5-20.
- LE GUILCHER (Sandra), « Le statut juridique des "lois du pays" polynésiennes : entre continuité et originalité », *RFDA*, 2006, pp. 1103-1118.
- LE POURHIET (Anne-Marie), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, pp. 1005-1035.
- « La Constitution, Mayotte et les autres », *RDP*, 2000, pp. 883-906.
- « Le préfet de la République et la France d'outre-mer », in BORELLA (François), *Le préfet, 1800-2000. Gouverneur, administrateur, animateur*, Nancy, PUN, 2002, pp. 43-53.
- « Départements d'outre-mer : l'assimilation en questions », *CCC*, n° 12, 2002, pp. 107-111.

- LEMAIRE (Félicien), « Le Conseil constitutionnel et l'avenir institutionnel des départements d'outre-mer », *RFDA*, 2002, pp. 361-371.
- LUCHAIRE (François), *Le statut constitutionnel de la France d'Outre-Mer*, Paris, Economica, 1992, 198 p.
- LUCHAIRE (François), « L'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1996, pp. 953-990.
- Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Economica, 2000, 149 p.
- « L'avenir des départements d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Commentaire de la décision du 7 décembre 2000 », *RDP*, n° 1, 2001, pp. 247-265.
- « La Polynésie française devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2004, pp. 1727-1737.
- « L'autonomie de la Polynésie française et la République », *Revue juridique polynésienne*, hors série, 2004, pp. 2-5.
- Le statut constitutionnel de la Polynésie française*, Paris, Economica, 2005, 107 p.
- MATHIEU (Jean-Luc), *L'outre-mer français*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1994, 282 p.
- MATUTANO (Edwin), « L'identité et la spécialité législatives au gré des évolutions institutionnelles de l'outre-mer », *JCP-ACT*, n° 10-11, 2007, pp. 28-32.
- MERCIER (Michel), *Pour une République territoriale : l'unité dans la diversité*, Sénat, Rapport d'information n° 447, 1999/2000, 277 p. (<http://www.senat.fr/rap/r99-447-1/r99-447-1.html>)
- MICHALON (Thierry), « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, pp. 623-688.
- « Une nouvelle étape vers la diversification des régimes des collectivités territoriales : le nouveau statut de Saint-Pierre-et-Miquelon », *RFDA*, 1986, pp. 192-202.
- MOYRAND (Alain), « Les pays d'outre-mer transforment la République française en un Etat autonome », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 187-198.
- MOYRAND (Alain), TROIANIELLO (Antonino), « L'opposabilité des "lois du pays" avant la promulgation. Note sous Conseil d'Etat, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui* », *RFDA*, 2006, pp. 1118-1123.
- MOYRAND (Alain), STAHL (Jacques-Henri), TROIANIELLO (Antonino), « Le contrôle juridictionnel des "lois du pays" de Polynésie par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2006, pp. 271-285.
- NEUFFER (Philippe), « Le contrôle des lois du pays de la Polynésie française », *JCP-ACT*, n° 23, 2006, pp. 768-772.
- NICOLAU (Gilda), LAFARGUE (Régis), « Lorsque la fausse application du Code civil revient à violer la loi, la Constitution et l'accord de Nouméa », *RRJ*, n°2, 2004, pp. 1401-1422.
- ORAISON (André), « Réflexions générales sur le nouveau statut administratif provisoire de Mayotte », *RJPIC*, Vol. 56, n° 1, 2002, pp. 46-61.
- « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V^e République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Les possibilités offertes aux départements d'Outre-Mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique) en matière d'habilitation législative et l'exception insolite du département de la Réunion », *RJPEF*, Vol. 57, n° 2, 2003, pp. 238-259.
- « La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et les incidences de la nouvelle décentralisation dans les départements d'outre-mer », *RRJ*, 2003, pp. 2015-2045.
- « Le nouveau statut d'autonomie renforcée de la Polynésie française (Exégèse de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'une collectivité d'outre-mer conformément à l'article 74 de la Constitution) », *RFDA*, 2004, pp. 530-548.
- « Réflexions sur la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française », *Revue juridique polynésienne*, 2004, pp. 183-229.

- ORAISON (André), « Réflexions sur les changements statutaires à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin à la suite des référendums antillais du 7 décembre 2003. La création des deux collectivités d'outre-mer (COM) dans la France caribéenne », *RRJ*, n° 113, 2006, pp. 943-951.
- PACTET (Pierre), « La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 sur la Nouvelle-Calédonie », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 199-204.
- PONTIER (Jean-Marie), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *RA*, 1996, pp. 313-324.
« Les petites territoires de la France lointaine : Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Terres australes et antarctiques », *RFDA*, 2007, pp. 656-660.
- PORTEILLA (Raphaël), « Le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDA*, 1999, pp. 14-46.
- REGNAULT (Jean-Marc), « Autonomie ou indépendance en Polynésie française ? », *RJPIC*, Vol. 56, n° 1, 2002, pp. 62-82.
- ROSSINYOL (Garsenda), « Les accords de Nouméa du 5 mai 1998 : un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie », *RDP*, 2000, pp. 445-486.
- ROUX (Jean-Claude), « Pouvoir religieux et pouvoir politique à Wallis et Futuna », in DECKER (Paul de), LAGAYETTE (Pierre) dir., *Etats et pouvoirs dans les territoires français du Pacifique*, Paris, L'Harmattan, 1987, pp. 54-181.
- SAUVAGEOT (Frédéric), « Les pouvoirs réglementaires matériellement législatifs des collectivités ultra-marines françaises : la participation active des collectivités d'outre-mer à l'exercice de la fonction législative », *RJPEF*, 2006, pp. 50-71.
- SCHOETTL (Jean-Éric), « Mise en œuvre de l'accord de Nouméa », *AJDA*, 1999, pp. 324-336.
« Un nouveau statut pour la Polynésie française après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (Analyse des décisions du Conseil constitutionnel du 12 février 2004) », *RFDA*, 2004, pp. 248-272.
- SERMET (Laurent) dir., *Mayotte dans la République*, Paris, Montchrestien, 2004, 715 p.
- SEVERINO (Caterina), « La fonction consultative du Conseil d'Etat en matière de répartition des compétences entre l'Etat et la Polynésie française », *AJDA*, 2003, pp. 925-931.
- TAXIL (Bérandère), « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en Nouvelle-Calédonie : l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 », *Actualité et droit international*, novembre 1998 [<http://www.ridi.org/adi/199811a2.html>].
- TESOKA (Laurent), « Les transformation du pouvoir normatif des collectivités territoriales d'outre-mer par la loi organique du 21 février 2007 », *RFDA*, 2007, pp. 661-664.
- THIELLAY (Jean-Philippe), « La loi du 11 juillet 2001 : un nouveau départ pour Mayotte dans la République », *AJDA*, 2002, pp. 106-112.
« Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA*, 2003, pp. 564-570.
« L'application des textes dans les outre-mers français », *AJDA*, 2003, pp. 1032-1037.
Droit des outre-mers, Paris, Dalloz, 2007, Coll. Connaissance du droit, 152 p.
« Les lois organique et ordinaire portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer du 21 février 2007 », *AJDA*, 2007, pp. 630-635.
- TROIANIELLO (Antonino), « Le nouveau statut d'autonomie de la Polynésie française », *RFDC*, n° 60, 2004, pp. 833-860.
- TURPIN (Dominique), « TOM et Constitution », in FABERON (Jean-Yves) dir., *Le statut du territoire de Polynésie française*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 1996, pp. 19-33.
- VERPEAUX (Michel), « Libres propos sur des consultations locales récentes ou les dérapages de la démocratie locale directe », *AJDA*, 2003, pp. 2249-2252.

Fédéralisme et fédéralisation

- BEAUD (Olivier), « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, pp. 83-122.
- BEAUD (Olivier) dir., *Fédéralisme et fédération en France : histoire d'un concept impossible ?*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1999, 339 p.
- CLINCHAMPS (Nicolas), « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, pp. 73-93.
- CROISAT (Maurice), « Le fédéralisme d'aujourd'hui : tendances et controverses », *RFDC*, n° 19, 1994, pp. 451-464.
- Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 3^{ème} éd., 1999, 160 p.
- « Le fédéralisme asymétrique : l'expérience canadienne », *RFDC*, n° 37, 1999, pp. 29-47.
- FLEINER (Thomas), HOTTINGER (Julian Thomas), « La pertinence du fédéralisme dans la gestion des diversités nationales », *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 10, n° 1, 2003, pp. 79-90.
- GAGNON (Alain-Gustave), « Fédéralisme et identités nationales : le passage obligé de l'Etat-Nation à l'Etat plurinational », in SOLDATOS (Payanotis), MASCLLET (Jean-Claude), *L'Etat-Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Université de Montréal, 1997, pp. 293-317.
- GJIDARA (Marc), « La solution fédérale : bilan critique », *Pouvoirs*, n° 57, 1991, pp. 93-112.
- KYMLICKA (Will), RAVIOT (Jean-Robert), « Vie commune : Aspects internationaux des fédéralismes », *Etudes internationales*, Vol. 28, n° 4, décembre 1997, pp. 779-843.
- NORMAN (Wayne), « Towards a Philosophy of Federalism », in BAKER (Judith) ed., *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, pp. 79-100.
- PIERRÉ-CAPS (Stéphane), « Le fédéralisme personnel », in PIERRÉ-CAPS (Stéphane) dir., *La multination : l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995, pp. 255-282.
- RIALS (Stéphane), *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986, 78 p.
- WATTS (Ronald), « Les principales tendances du fédéralisme au XX^e siècle », *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 10, n° 1, 2003, pp. 11-18.
- ZOLLER (Elisabeth), « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, Vol. 294, 2002, pp. 39-166.

SITES INTERNET**INSTITUTIONS OFFICIELLES****Institutions onusiennes**

- Comité des Droits de l'Homme http://www.unhchr.ch/french/html/menu2/6/hrc_fr.htm
- Haut Commissariat aux Droits de l'Homme <http://www.unhchr.ch>
- Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones
..... <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/fr/index.html>
- Organisation des Nations Unies <http://www.un.org>
- Organisation Internationale du Travail <http://www.ilo.org>

Institutions françaises nationales

- Assemblée nationale <http://www.assemblee-nationale.fr>
Ministère de la Culture <http://www.culture.gouv.fr>
Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés Locales
..... <http://www.interieur.gouv.fr>
Ministère de l'outre-mer <http://www.outre-mer.gouv.fr>
Sénat <http://www.senat.fr>

Institutions françaises locales

- Agence de Développement Rural et d'Aménagement Foncier <http://www.adraf.nc>
Institutions du territoire de Nouvelle-Calédonie <http://www.gouv.nc>
Congrès de la Nouvelle-Calédonie <http://www.congres.nc>
Conseil régional de Guyane <http://www.cr-guyane.fr>
Assemblée territoriale de la Polynésie française <http://www.assemblee.pf>
Présidence de la Polynésie française <http://www.presidence.pf>
Collectivité territoriale de Corse <http://www.corse.fr>

JURIDICTIONS

Juridictions internationales

- Cour Internationale de Justice <http://www.icj-cij.org>
Cour Européenne des Droits de l'Homme <http://www.echr.coe.int>
Cour de Justice des Communautés Européennes <http://www.europa.eu.int/cj>

Juridictions françaises

- Conseil constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
Conseil d'Etat <http://www.conseil-etat.fr>
Cour de Cassation <http://www.courdecassation.fr>

DOCUMENTATION JURIDIQUE

- Documentation juridique relative à la Nouvelle-Calédonie <http://www.juridoc.gouv.nc>
Légifrance <http://www.legifrance.gouv.fr>

ORGANISMES DE RECHERCHE

- Association Droit et Société <http://www.acds-clsa.org/fr>
Association de Juristes en Polynésie française (AJPF) <http://assojpf.blogspot.com>
Centre de documentation, de recherche et d'information des Peuples autochtones
..... <http://www.docip.org>
Institut culturel de Bretagne <http://www.institutcultureldebretagne.com>
Institut d'études occitanes <http://ieo.oc.free.fr/ieopres.html>

- Institut du droit local alsacien-mosellan <http://www.idl-am.org>
Institut de droit d'outre-mer <http://www.rfdi.net/IDOM/IDOM.htm>
Observatoire du communautarisme <http://www.communautarisme.net>
Projet « L'aménagement linguistique dans le monde » <http://www.tlfq.ulaval.ca/axl>
Réseau Européen Droit et Société <http://www.reds.msh-paris.fr/index.htm>

ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES

- Minority Rights Group International <http://www.minorityrights.org>
Fédération des organisations amérindiennes de Guyane <http://terresacree.org/fedorgag.htm>

PERIODIQUES

Revues juridiques (sommaires ou articles en ligne)

- Cahiers du Conseil constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers>
Etudes Inuit / Inuit Studies <http://www.fss.ulaval.ca/etudes-inuit-studies>
Human Rights Quarterly http://muse.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly
International and Comparative Law Quarterly <http://iclq.oxfordjournals.org>
International Journal of Constitutional Law <http://www3.oup.co.uk.co/ijclaw>
Journal of Legal Pluralism <http://www.jlp.bham.ac.uk>
Law & Society Review <http://www.blackwell-synergy.com/loi/lasr>
Les Cahiers de Droit <http://www.fd.ulaval.ca/cahiers>
Les Petites Affiches <http://www.petites-affiches.com>
Revue Droit et Société <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/revue-ds.htm>
Revue juridique polynésienne <http://www.upf.pf/recherche/IRIDIP/RJP/RJP.htm>
Revue politique et parlementaire <http://www.serpp.fr>
Revue trimestrielle des Droits de l'Homme <http://www.revtrdrh.be>
RFAP <http://www.ena.fr/index.php?page=ressources/rfap>

Périodiques d'information

- Courrier International <http://www.courrierinternational.com>
Le Figaro <http://www.lefigaro.com>
Le Journal de l'Ile de la Réunion <http://www.jir.fr>
Le Monde <http://www.lemonde.fr>
Le Monde diplomatique <http://www.monde-diplomatique.fr>
Libération <http://www.liberation.com>
Nouvelles Calédoniennes <http://www.nouvelles-caledoniennes.nc>
Le Mawana (Mayotte) <http://www.lemawana.fr>
Tahiti Pacifique <http://www.tahiti-pacifique.com/>

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Assesseeurs :
 civils · 206.
 coutumiers · 203ss.
 Asymétrie · 273.
 Autodétermination · *voir* **Peuple**

C

Centralisme juridique · 31 ss ; 56 ; 156 ;
 284 ; 463.
 Citoyenneté :
 définition · 288 ; 317.
 différenciée · 328ss.
 Communautarisme · 343 ; 540ss.
 Conflit de droits · 463ss.

D

Démocratie locale · 551ss.
 Discriminations positives · 319ss.
 Droit à la différence · 29 ; 108 ; 169 ;
 289 ; 293 ; 316 ; 348 ; 400 ; 506 ; 542-
 543 ; 570.
 Droit international privé · 31 ; 405 ; 444
 ; 475ss.
 Droit local · 407ss.
 Droit mixte · 460ss.
 Droits :
 collectifs · 25 ; 288 ; 316 ; 315.
 confessionnels · 367ss.
 culturels · 348ss.
 identitaires · 345ss.
 fonciers · 378ss.
 linguistiques · *voir* **Langue(s)**

E

Etat :
 autonome / régional · 168 ; 303 ;
 556ss.
 fédéral · 167 ; 168 ; 208ss ; 251 ;
 253 ; 258 ; 273 ; 303 ; 473 ; 556ss.
 unitaire · 555ss.
 Expérimentation juridique · 225ss ; 415ss.

F

Fédéralisme personnel · 450ss.

Fédération · *voir* **Etat fédéral**

I

Indivisibilité de la République · 18 ;
 39ss ; 559ss.
 Institution (Théorie de l') · 69ss.
 Intransitivité · *voir* **Transitivité**
 Irrelevance · *voir* **Relevance**

J

Juridicité (d'une norme) · 63 ; 83 ; 102 ;
 145 ; 151 ; 157.
 Justice coutumière · 193ss.

K

Kelsenisme · 42 ; 59ss ; 137 ; 158 ; 465 ;
 471 ; 472 ; 476 ; 488 ; 489.

L

Langue(s) :
 Charte européenne des langues
 régionales et minoritaires · 21 ;
 24 ; 343 ; 352 ; 531 ; 535.
 droits linguistiques · 351ss.
 enseignement · 355ss ; 362ss.
 Français, langue officielle · 534ss.
 langues régionales et minoritaires ·
 354ss.
 Lois du pays ·
 de Nouvelle-Calédonie · 267ss.
 de Polynésie française · 257ss.

M

Martinique · 179 ; 182ss ; 374 ; 546.
 Multiculturalisme · 287ss.

O

ONU · 8 ; 12 ; 20 ; 24 ; 161 ; 308 ; 336 ;
 381 ; 548 ; 560 ; 563ss.
opinio juris · 94ss.
 Ordre juridique (définition) : 34ss.

Ordre public international · 502ss.
Option de juridiction · 199 ; 445.
Option de législation · 444ss.

V

Validité (d'une norme) · 55 ; 60-61 ;
104 ; 106 ; 138 ; 142.

P

Peuple :

autodétermination · 14 ; 123 ; 162 ;
298 ss ; 305ss ; 326 ; 331ss ; 379 ;
399 ; 433 ; 446 ; 560ss.

corse · 357 ; 531ss.

kanak · 301ss.

unicité · 531.

Pluralité juridique (définition) · 35ss.

Pluralisme juridictionnel · 193ss.

Positivité (d'une norme) · 61 ; 104ss.

Principe de personnalité · 424ss.

Principe de territorialité · 407ss.

R

Reconnaissance (politique de) · 246 ;
292 ; 342.

Référendum local · *voir Démocratie
locale*

Relevance · 105ss.

Renvoi (d'un ordre juridique à un autre) ·
139ss.

République (valeurs) · 38ss ; 528 ss.

S

Souveraineté partagée · 276ss ; 302.

Statuts coutumiers :

Définition · 107ss.

Modification · 127ss.

Renonciation · 438ss.

Retour · 440ss

T

Transitivité · 452.

Troisième législation · 461ss.

U

Unicité · *voir Peuple*

TABLE DE JURISPRUDENCE

JURIDICTIONS FRANÇAISES**Conseil Constitutionnel**

- Décision n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* (Rec., p. 27).
- Décision n° 65-34 L, 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1^{er}, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce* (Rec., p. 75).
- Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association* (Rec., p. 29).
- Décision n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974* (Rec., p. 25).
- Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* (Rec., p. 19).
- Décision n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale* (Rec., p. 22).
- Décision n° 75-59 DC, 30 décembre 1975, *Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores* (Rec., p. 26).
- Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, (Rec., p. 15).
- Décision n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement* (Rec., p. 42).
- Décision n° 78-101 DC, 17 janvier 1979, *Loi modifiant des dispositions du Code du travail relatives aux Conseils de prud'hommes* (Rec., p. 23).
- Décision n° 79-104 DC, 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances* (Rec., p. 27).
- Décision n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* (Rec., p. 31).
- Décision n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* (Rec., p. 33).
- Décision n° 80-122 DC, 22 juillet 1980, *Loi rendant applicable le code de procédure pénale et certaines dispositions législatives dans les territoires d'outre-mer* (Rec., p. 42).
- Décision n° 80-125 DC, 19 décembre 1980, *Loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs* (Rec., p. 51).
- Décision n° 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* (Rec., p. 15).
- Décision n° 81-129 DC, 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion* (Rec., p. 35).
- Décision n° 81-131 DC, 16 décembre 1981, *Loi sur l'exploration et l'exploitation des ressources minérales des grands fonds marins* (Rec., p. 39).
- Décision n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, *Loi d'habilitation en matière sociale* (Rec., p. 15).
- Décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* (Rec., p. 18).
- Décision n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* (Rec., p. 38).

- Décision n° 82-138 DC, 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse* (Rec., p. 41).
- Décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* (Rec., p. 48).
- Décision n° 82-142 DC, 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification* (Rec., p. 52).
- Décision n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4* (Rec., p. 57).
- Décision n° 82-145 DC, 10 novembre 1982, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail* (Rec., p. 64).
- Décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi relative à l'élection des conseillers municipaux* (Rec., p. 66).
- Décision n° 82-147 DC, 2 décembre 1982, *Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion* (Rec., p. 70).
- Décision n° 82-148 DC, 14 décembre 1982, *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale* (Rec., p. 73).
- Décision n° 82-149 DC, 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale* (Rec., p. 76).
- Décision n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982* (Rec., p. 88).
- Décision n° 82-151 DC, 12 janvier 1983, *Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'élection des conseils municipaux dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et de la Polynésie française* (Rec., p. 29).
- Décision n° 83-152 DC, 14 janvier 1983, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale* (Rec., p. 31).
- Décision n° 82-153 DC, 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires* (Rec., p. 35).
- Décision n° 83-160 DC, 19 juillet 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances* (Rec., p. 43).
- Décision n° 83-162 DC, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public* (Rec., p. 49).
- Décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur* (Rec., p. 30).
- Décision n° 84-169 DC, 28 février 1984, *Loi relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises* (Rec., p. 43).
- Décision n° 84-174 DC, 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion* (Rec., p. 48).
- Décision n° 84-177 DC, 30 août 1984, *Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française* (Rec., p. 66).
- Décision n° 84-178 DC, 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances* (Rec., p. 69).
- Décision n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* (Rec., p. 73).
- Décision n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales* (Rec., p. 36).
- Décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances* (Rec., p. 43).

- Décision n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (Rec., p. 63).
- Décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (Rec., p. 70).
- Décision n° 85-205 DC, 28 décembre 1985, *Loi organique relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives par les parlementaires* (Rec., p. 24).
- Décision n° 85-202 DC, 16 janvier 1986, *Loi portant règlement définitif du budget de 1983* (Rec., p. 14).
- Décision n° 86-207 DC, 25/26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* (Rec., p. 61).
- Décision n° 86-208 DC, 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales* (Rec., p. 78).
- Décision n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse* (Rec., p. 110).
- Décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* (Rec., p. 141).
- Décision n° 86-218 DC, 18 novembre 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* (Rec., p. 167).
- Décision n° 86-221 DC, 29 décembre 1986, *Loi de finances pour 1987* (Rec., p. 179).
- Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* (Rec., p. 8).
- Décision n° 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social* (Rec., p. 13).
- Décision n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances* (Rec., p. 34).
- Décision n° 87-241 DC, 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie* (Rec., p. 31).
- Décision n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie* (Rec., p. 119).
- Décision n° 88-247 DC, 17 janvier 1989, *Loi autorisant la ratification de la convention internationale du travail n° 159 concernant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées* (Rec., p. 15).
- Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (Rec., p. 18).
- Décision n° 89-257 DC, 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion* (Rec., p. 59).
- Décision n° 89-270 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances rectificative pour 1989* (Rec., p. 129).
- Décision n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* (Rec., p. 21).
- Décision n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* (Rec., p. 33).
- Décision n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en oeuvre du droit au logement* (Rec., p. 61).
- Décision n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux* (Rec., p. 70).
- Décision n° 90-280 DC, 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* (Rec., p. 84).

- Décision n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* (Rec., p. 21).
- Décision n° 91-291 DC, 6 mai 1991, *Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes* (Rec., p. 40).
- Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse* (Rec., p. 50).
- Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes* (Rec., p. 91).
- Décision n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* (Rec., p. 82).
- Décision n° 91-299 DC, 2 août 1991, *Loi relative au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique* (Rec., p. 124).
- Décision n° 92-305 DC, 21 février 1992, *Loi organique relative au statut de la magistrature* (Rec., p. 27).
- Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* (Rec., p. 55).
- Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* (Rec., p. 76).
- Décision n° 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne* (Rec., p. 94).
- Décision n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* (Rec., p. 14).
- Décision n° 93-318 DC, 30 juin 1993, *Loi autorisant l'approbation d'un accord conclu entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Mongolie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements* (Rec., p. 153).
- Décision n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité* (Rec., p. 196).
- Décision n° 93-322 DC, 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* (Rec., p. 204).
- Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* (Rec., p. 224).
- Décision n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales* (Rec., p. 9).
- Décision n° 93-333 DC, 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (Rec., p. 32).
- Décision n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction* (Rec., p. 40).
- Décision n° 94-340 DC, 14 juin 1994, *Loi organique relative au transfert à l'État des compétences du territoire de la Polynésie française en matière pénitentiaire* (Rec., p. 86).
- Décision n° 94-342 DC, 7 juillet 1994, *Loi relative aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de contrôle en mer* (Rec., p. 92).
- Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain* (Rec., p. 100).
- Décision n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française* (Rec., p. 106).
- Décision n° 94-348 DC, 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés* (Rec., p. 117).

- Décision n° 94-349 DC, 20 décembre 1994, *Loi organique relative à certaines dispositions législatives du code des juridictions financières* (Rec., p. 132).
- Décision n° 94-350 DC, 20 décembre 1994, *Loi relative au statut fiscal de la Corse* (Rec., p. 134).
- Décision n° 94-357 DC, 25 janvier 1995, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social* (Rec., p. 179).
- Décision n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* (Rec., p. 183).
- Décision n° 95-364 DC, 8 février 1995, *Loi organique modifiant la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et portant dispositions diverses relatives aux territoires d'outre-mer* (Rec., p. 202).
- Décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (Rec., p. 43).
- Décision n° 96-374 DC, 9 avril 1996, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française* (Rec., p. 58).
- Décision n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom* (Rec., p. 107).
- Décision n° 96-383 DC, 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises* (Rec., p. 128).
- Décision n° 96-386 DC, 30 décembre 1996, *Loi de finances rectificative pour 1996* (Rec., p. 154).
- Décision n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, *Loi tendant à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance* (Rec., p. 23).
- Décision n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* (Rec., p. 45).
- Décision n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution* (Rec., p. 251).
- Décision n° 98-402 DC, 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* (Rec., p. 269).
- Décision n° 98-405 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999* (Rec., p. 326).
- Décision n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux* (Rec., p. 21).
- Décision n° 99-409 DC, 15 mars 1999, *Loi relative à la Nouvelle-Calédonie* (Rec., p. 63).
- Décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* (Rec., p. 51).
- Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* (Rec., p. 71).
- Décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* (Rec., p. 126) –
- Décision n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000* (Rec., p. 143).
- Décision n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999* (Rec., p. 168).
- Décision n° 2000-1 LP, 27 janvier 2000, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services* (Rec., p. 53).

- Décision n° 2000-428 DC, 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte (Rec., p. 70).*
- Décision n° 2000-431 DC, 6 juillet 2000, *Loi relative à l'élection des sénateurs (Rec., p. 98).*
- Décision n° 2000-432 DC, 12 juillet 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000 (Rec., p. 104).*
- Décision n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer (Rec., p. 164).*
- Décision n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (Rec., p. 176).*
- Décision n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000, *Loi de financement pour la sécurité sociale (Rec., p. 190).*
- Décision n° 2000-438 DC, 10 janvier 2001, *Loi organique destinée à améliorer l'équité des élections à l'Assemblée de la Polynésie française (Rec., p. 37).*
- Décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (Rec., p. 74).*
- Décision n° 2001-447 DC, 18 juillet 2001, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie (Rec., p. 89).*
- Décision n° 2001-452 DC, 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Rec., p. 156).*
- Décision n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002 (Rec., p. 180).*
- Décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse (Rec., p. 70).*
- Décision n° 2002-258 DC, 7 février 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française (Rec., p. 80).*
- Décision n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République (Rec., p. 293).*
- Décision n° 2003-474 DC, 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer (Rec., p. 389).*
- Décision n° 2003-475 DC, 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs (Rec., p. 397).*
- Décision n° 2003-478 DC, 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales (Rec., p. 406).*
- Décision n° 2003-482 DC, 30 juillet 2003, *Loi organique relative au référendum local (Rec., p. 414).*
- Décision n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004 (Rec., p. 487).*
- Décision n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française (Rec., p. 41).*
- Décision n° 2004-491 DC, 12 février 2004, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française (Rec., p. 60).*
- Décision n° 2004-495 DC, 18 mai 2004, *Résolution modifiant le règlement du Sénat (Rec., p. 96).*
- Décision n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales (Rec., p. 116).*
- Décision n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales (Rec., p. 144).*
- Décision n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (Rec., p. 72).*
- Décision n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique (Rec., p. 102).*

Décision n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort* (Rec., p. 142).

Décision n° 2006-2 LP, 5 avril 2006, *Loi du pays relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés* (Rec., p. 63).

Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (Rec., p. 88).

Décision n° 2006-541 DC, 28 septembre 2006, *Accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens* (Rec., p. 102).

Décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* (Rec., p. 120).

Décision n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer* (JORF, 22 février 2007, p. 3252).

Juridictions administratives des premier et second degrés

◦ **Tribunaux administratifs métropolitains**

TA Strasbourg, 14 octobre 1997, *Maronese c. Ministre du budget*, req. n° 932035.

◦ **Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie**

TA Nouvelle-Calédonie, 25 octobre 1995, *Société générale de construction du Pacifique*, req. n° 9500168.

TA Nouvelle-Calédonie, 2 mars 2000, *M. Bensimon*, req. n° 9900452.

TA Nouvelle-Calédonie, 20 avril 2000, *Naisseline*, req. n° 99315.

TA Nouvelle-Calédonie, 13 décembre 2001, *M. Cortot et autres*, req. n° 01-0101.

TA Nouvelle-Calédonie, 18 novembre 2002, *Bouarat*, req. n° 02-0218.

TA Nouvelle-Calédonie, 4 mars 2004, *Clovis X.*, req. n° 03-0325.

TA Nouvelle-Calédonie, 10 novembre 2005, *Chefferie N'umia Kambwa Wecho Pweyta*, req. n° 05290.

TA Nouvelle-Calédonie, 11 mai 2006, *Jacques X et autres*, req. n° 0654.

TA Nouvelle-Calédonie, 21 février 2007, *Conseil Coutumier de l'aire Djubea Kapone*, req. n° 06267.

◦ **Tribunal administratif de Papeete**

TA Papeete, 12 décembre 1991, *Mme Moreau c. Assemblée territoriale de la Polynésie française*.

TA Papeete, 29 juin 1993, *Haut Commissaire de la République c. Assemblée territoriale de la Polynésie française*.

TA Papeete, 3 décembre 1996, *Rens Hoffer c. Territoire de la Polynésie française*.

◦ **Tribunal administratif de Mata-Utu**

TA Mata-Utu, 12 mars 2007, *M. Halagahu*, n° 06-01.

◦ **Cours administratives d'appel**

CAA Nantes, 4 février 1999, *Association civique Joué Langeurs, Leb.*, p. 498.

CAA Paris, 20 décembre 2002, *M. Cortot*, req. 02PA00451.

CAA Paris, 31 décembre 2003, *Haut Commissaire de la République en Polynésie française c. Gouvernement de Polynésie française*, AJDA, 2004, p. 774.

Conseil d'Etat

- CE, 15 mai 1857, *Robert*, *Leb.*, p. 406.
CE, 29 février 1860, *Courtois*, *Leb.*, p. 167.
CE, 26 novembre 1863, *Commune de Coudun*, *Leb.*, p. 781.
CE, 21 mai 1864, *Leb.*, p. 164.
CE, 14 août 1867, *Rame*, *Leb.*, p. 771.
CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, *Leb.*, p. 913.
CE, 17 mars 1911, *Blanchet*, *Leb.*, p. 322.
CE, 8 avril 1911, *Blaquière*, *Leb.*, p. 456.
CE, 9 mai 1913, *Sieurs Roubeau et autres*, *Leb.*, p. 621.
CE Sect., 3 juillet 1914, *Elections au Conseil d'arrondissement de Dinh-Toi*, *Leb.*, p. 810.
CE, 26 mars 1915, *Pucelle*, *Leb.*, p. 90.
CE, 11 avril 1919, *Sieur Gnanou*, *Leb.*, p. 370.
CE, 20 mai 1927, *Sté des Etablissements de Delignon*, *Leb.*, p. 577.
CE, 8 juillet 1927, *Lecamus*, *Leb.*, p. 765.
CE, 13 janvier 1932, *Société de la Grande Taverne*, *Leb.*, p. 36.
CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Leb.*, p. 541.
CE Sect., 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *Leb.*, p. 993.
CE Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, *Leb.*, p. 966.
CE, 25 novembre 1938, *Penant*, 1945, I, p. 97.
CE, 10 décembre 1943, *Commune de Morschwiller*, *Leb.*, p. 282.
CE Sect., 4 février 1944, *Sieur Vernon*, *Leb.*, p. 46.
CE, 3 décembre 1948, *Louys*, *Dalloz*, 1949, I, p. 553.
CE, 14 janvier 1949, *Abbé Laurent*, *Leb.*, p. 18.
CE Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, *Leb.*, p. 110.
CE, 26 avril 1950, *Abbé Dalque*, *Leb.*, p. 234.
CE Sect., 9 mars 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, *Leb.*, p. 151.
CE, 3 décembre 1954, *Sieur Rastouil, évêque de Limoge*, *Leb.*, p. 639.
CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la Région de Provence*, *Dalloz*, jurisp., 1958, p. 656.
CE Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des Ingénieurs-Conseils*, *Leb.*, p. 394.
CE, 12 février 1960, *Eckly*, *Leb.*, p. 101.
CE Sect., 11 mars 1960, *Sté maïserie et aliments de bétail*, *Leb.*, p. 190.
CE, 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, *Leb.*, p. 658.
CE, 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, *Leb.*, p. 479.
CE, 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe et Dame Delacoux*, *Leb.*, p. 386.
CE, 17 février 1967, *Compagnie maritime auxiliaire d'outre-mer*, *Leb.*, p. 79.
CE, 4 octobre 1967, *Epoux Butel*, *Leb.*, p. 350.
CE, 20 février 1970, *SA Moët et Chandon*, *Leb.*, p. 126.
CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui*, *Leb.*, p. 138.
CE, 8 décembre 1970, *Section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins*, *Leb.*, p. 775.
CE Ass., 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, *Leb.*, p. 530.
CE, 23 janvier 1974, *Sieurs Viot, Garaud et Roche*, *Leb.*, p. 52.

- CE, 2 mai 1974, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, *Leb.*, p. 297.
- CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Leb.*, p. 274.
- CE Ass., 4 octobre 1974, *Dame David*, *Leb.*, p. 464.
- CE, 3 février 1975, *Rabot*, *Leb.*, p. 81.
- CE, 26 mai 1976, *Association SOS Paris*, *Leb.*, p. 280.
- CE, 22 décembre 1976, *Union patronale de la Polynésie française et du syndicat des importateurs négociants et commerçants détaillants de la Polynésie*, *Leb.*, p. 571.
- CE, 19 janvier 1979, *Syndicat des détaillants d'essence, réparateurs d'automobiles et gérants de stations-service de la Nouvelle-Calédonie*, *Leb.*, p. 18.
- CE Sect., 1^{er} juin 1979, *Association Défense et promotion des langues de France*, *Leb.*, p. 252.
- CE, 28 mars 1980, *Syndicat des commerçants-négociants en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *Leb.*, p. 178.
- CE, 11 juillet 1980, *Montcho*, *Leb.*, p. 315.
- CE Sect., 28 novembre 1980, *Syndicat des fonctionnaires de catégorie A de la Nouvelle-Calédonie*, *Leb.*, p. 445.
- CE, 5 juin 1981, *Association régionale des avocats, Bas-Rhin, Haut-Rhin et Moselle*, *Leb.*, tables, p. 559.
- CE, 9 octobre 1981, *M. Beherec*, *Leb.*, p. 358.
- CE Ass., 22 janvier 1982, *Butin*, *Leb.*, p. 27.
- CE Ass., 22 janvier 1982, *Ah Won*, *Leb.*, p. 33.
- CE, 28 avril 1982, *SA X*, *Leb. Tabl.*, p. 574.
- CE, 28 mai 1982, *Roger*, *Leb.*, p. 192.
- CE, 9 février 1983, *Esdras*, *Leb.*, p. 48.
- CE, 29 avril 1983, *Association de défense des espaces ruraux et naturels de la commune de Régnny*, *Leb.*, p. 169.
- CE, 3 juin 1983, *Mme Vincent*, *Leb.*, p. 227.
- CE Ass., 27 janvier 1984, *Ordre des Avocats de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 20.
- CE Sect., 22 mars 1985, *Ministre du Budget c. d'Yerville*, *Leb.*, p. 86.
- CE, 21 novembre 1985, *Quillevère*, *Leb.*, p. 333.
- CE Sect., 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique*, *Leb.*, p. 157.
- CE, 27 avril 1987, *Ministre du Budget c. Société Mercure Paris-Etoile*, *Leb.*, p. 147.
- CE Sect., 29 avril 1987, *Sieur Douheret*, *Leb.*, p. 159.
- CE Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les Cigognes »*, *Leb.*, p. 37.
- CE, 19 juin 1988, *Département de l'Orne*, non publié.
- CE, 9 novembre 1988, *Territoire de la Polynésie française c. Compagnie Tahitienne Maritime*, *Leb.*, p. 406.
- CE Ass., 9 février 1990, *Elections municipales de Lifou*, *Leb.*, p. 28.
- CE, 24 octobre 1990, *Ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace c. Vignon*, inédit.
- CE, 7 décembre 1990, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *Leb.*, p. 353 –
- CE Ass., 19 avril 1991, *Faure*, *Leb.*, p. 145.
- CE, 10 juin 1991, *Kerrain*, *Leb.*, tables, p. 652.
- CE, 15 janvier 1992, *Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 20.

- CE, 15 avril 1992, *Le Duigou*, *Leb.*, tables, p. 704.
- CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, *Leb.*, p. 389.
- CE, 9 octobre 1992, *Commune de Saint-Louis de la Réunion et Association Shiva Soupramanien de Saint-Louis*, *AJDA*, 1992, p. 817.
- CE, 9 novembre 1992, *Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française et Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 399.
- CE, 2 avril 1993, *Commune de Longjumeau c. Wiltzer*, *Leb.*, p. 91.
- CE Sect., 14 mai 1993, *Mme Smets*, *AJDA*, 1993, p. 500.
- CE Ass., 29 avril 1994, *Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, *Leb.*, p. 205.
- CE Sect., 13 mai 1994, *Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 234.
- CE, 10 juin 1994, *Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Ile de France*, *Leb.*, p. 317.
- CE, 15 juin 1994, *Haut Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, *RFDA*, 1994, p. 947.
- CE, 30 septembre 1994, *M. Cadoret*, inédit.
- CE Sect., 16 décembre 1994, *Polyclinique des Minguettes*, *Leb.*, p. 566.
- CE, 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, inédit.
- CE, 28 avril 1995, *Mme Bigaud*, *Leb.*, p. 184.
- CE Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Leb.*, p. 372.
- CE, 27 novembre 1995, *Pinault*, *Leb.*, tables, p. 662.
- CE, 24 janvier 1996, *Association de parents pour le bilinguisme en classe dès la maternelle Zweisprachigkeit*, inédit.
- CE, 15 avril 1996, *Association des parents d'élèves pour l'enseignement du breton*, Inédit.
- CE, 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de courses des hippodromes de province*, *Leb.*, p. 427.
- CE Ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, *Leb.*, p. 115.
- CE, 18 février 1998, *Section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins*, *Leb.*, tables, p. 710.
- CE, 4 mars 1998, *Bounechada*, *Leb.*, p. 70.
- CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Leb.*, p. 368.
- CE Ass., 13 novembre 1998, *Commune d'Armoy*, *Leb.*, p. 395.
- CE, 6 janvier 1999, *Lavaurs*, *Leb.*, p. 1.
- CE, 22 novembre 1999, *Syndicat national des personnels de recherche*, *Leb.*, tables, p. 583.
- CE Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *Leb.*, p. 18.
- CE, 6 avril 2001, *SNES*, *Leb.*, p. 170.
- CE, 27 juin 2001, *Syndicat Sud Travail*, *Leb.*, p. 284.
- CE, 24 octobre 2001, *Gouvernement de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 481.
- CE ord., 30 octobre 2001, *SNES et UNSA Education*, *Leb.*, p. 521.
- CE, 15 février 2002, *Elections à l'Assemblée de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 40.
- CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, *Leb.*, tables, p. 703.
- CE, 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c. M. Kurtarici*, *Leb.*, tables, p. 871.
- CE ord., 15 juillet 2002, *UNSA Education et autres*, *Leb.*, tables, p. 861.
- CE, 29 novembre 2002, *SNES*, *Leb.*, p. 415.

- CE, 29 novembre 2002, *Conseil national des groupes académiques de l'enseignement public, UNSA et autres*, inédit.
- CE, 18 décembre 2002, *Conseil national des professions de l'automobile, Société SN CECAM*, *Leb.*, tables, p. 599.
- CE, 30 juin 2003, *Mme Inaya Kamardine*, *Leb.*, p. 294.
- CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, *Leb.*, p. 367.
- CE, 12 janvier 2005, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, *Leb.*, p. 15.
- CE, 12 janvier 2005, *M. Awav*, inédit.
- CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 108.
- CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, *Leb.*, tables, p. 710.
- CE, 20 avril 2005, *Syndicat national des entreprises artistiques et autres*, *Leb.*, tables, p. 1047.
- CE Sect., 1^{er} juillet 2005, *M. Hermann et Mme Scheer*, *Leb.*, p. 281.
- CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne*, *Leb.*, p. 347.
- CE Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française*, *Leb.*, p. 475.
- CE Sect., 1^{er} février 2006, *Commune de Papara et Sandras*, *Leb.*, p. 40.
- CE, 15 mars 2006, *M. Flosse et autres*, *Leb.*, p. 150.
- CE, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui, RFDA*, 2006, p. 1123.
- CE, 13 mars 2006, *Da Silva*, *Leb.*, p. 145.
- CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, *Leb.*, p. 154.
- CE, 29 mars 2006, *Haut Commissaire de la République en Polynésie française*, *Leb.*, p. 179.
- CE Sect., 13 décembre 2006, *M. Genelle*, *Leb.*, p. 561.
- CE, 12 janvier 2007, *Président de la Polynésie française et autres*, *AJDA*, 2007, p. 493.
- CE Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *RFDA*, 2007, p. 384.
- CE, 22 février 2007, *M. Fritch et autres*, *AJDA*, 2007, p. 453.

Tribunal des Conflits

- TC, 30 octobre 1947, *Barinstein*, *Leb.*, p. 511.
- TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarests*, *Leb.*, p. 638.
- TC, 25 mars 1957, *Cagliardi*, *Leb.*, p. 813.
- TC, 19 décembre 1988, *Santacroce*, *Leb.*, p. 497.

Juridictions civiles des premier et second degrés

◦ Tribunal de première instance de Nouméa et sections détachées

- Trib. Nouméa, Sec. Koné, n° 125, 20 novembre 1991, *Boaoutho c. Goa-Houala*.
- Trib. Nouméa, n° 120, 3 février 1992, *Wainebengo c. Uregei*.
- Trib. Nouméa, Sec. Koné, n° 69, 18 août 1993, *Midja c. Ouaiagnepe*.
- Trib. Nouméa, n° 2236, 15 septembre 1997, *Dame Sipa née Boaouva*.
- Trib. Nouméa, Sec. Lifou, n° 118, 11 décembre 1997, *Sineitra c. Ujicas*.
- Trib. Nouméa, Sec. Lifou, n° 16, 4 mars 1998, *Outhemek c. Cica*.
- Trib. Nouméa, n° 2082, 30 août 1999, *Bouillant épouse Kothi c. Bearune*.
- Trib. Nouméa, Sec. Koné, 23 août 2004, *Mlle X*.

◦ **Cour d'appel de Nouméa**

- CA Nouméa, 19 septembre 1933, *Penant*, 1934, I, p. 86.
CA Nouméa, n° 167, 23 novembre 1987, *Gnibekan c. Kate*.
CA Nouméa, n° 189, 27 août 1990, *Hmeun c. Rokuad*.
CA Nouméa, n° 195, 3 septembre 1990, *Nonmoigne*.
CA Nouméa, n° 196, 3 septembre 1990, *Nyipi*.
CA Nouméa, n° 43, 21 mars 1991, *Enoka-Heo*.
CA Nouméa, n° 41, 30 mars 1992, *Poacoudou*.
CA Nouméa, n° 400, 6 septembre 1993, *Wainebengo c. Uregei*.
CA Nouméa, n° 467, 27 septembre 1993, *Poadae*.
CA Nouméa, n° 244, 10 juillet 1995, *Matakualiki c. Tuamasaga*.
CA Nouméa, n° 397, 25 septembre 1995, *Wainebengo c. Uregei*.
CA Nouméa, n° 194, 24 juin 1996, *Watrone c. Wenehoua*.
CA Nouméa, n° 262, 22 juillet 1996, *Seuva c. Selui*.
CA Nouméa, n° 28, 12 avril 1999, *Tialetagi c. Lie*.
CA Nouméa, n° 360, 20 décembre 1999, *Cica c. Kaoupa*.
CA Nouméa, n° 140, 5 juin 2000, *Trutrune*.
CA Nouméa, n° 122, 21 mai 2001, *Teimboanou c. Tein Mala*.
CA Nouméa, n° 397, 26 novembre 2001, *Teimboanou c. Tein Mala*.
CA Nouméa, n° 292, 29 juillet 2004, *Mme veuve X*.
CA Nouméa, n° 343, 4 janvier 2007, *Mlle X*.

◦ **Cour d'appel de Papeete**

- CA Papeete, 29 avril 1993, *Sté Rivnac c. Hopu et Bessert*.
CA Papeete, 28 février 2002, *Teriitahi c. consorts Etaeta et autres*.
CA Papeete, 2 mai 2002, *Tapu c. Parker*.
CA Papeete, 22 juillet 2004, *Mme de Obregon Lanuza c. Conseil de l'Ordre des Avocats*.

◦ **Cours d'appel de métropole ou de départements d'outre-mer**

- CA Réunion, 28 juillet 1950, *RCDIP*, 1951, p. 300.
CA Chambéry, 15 janvier 1964, *Association de familles locales privée d'Annecy c. CPSS de Haute-Savoie*, *Dalloz*, 1964, p. 605.
CA Orléans, 23 janvier 1992, *Karabaghli c. Procureur général de la Cour d'appel d'Orléans*, *JCP*, 1993, II, 22065.
CA Besançon, 13 juin 1995, *Mlles Narwada et Radjeswari*, *RRJ*, 1997, p. 352.
CA Paris, 26 septembre 1996, *Bellec*, *LPA*, 1997, n° 66, p. 17.

Juridictions pénales des premier et second degrés

◦ **Tribunaux correctionnels de Nouvelle-Calédonie**

- Trib. correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *Poulawa et autres*.
Trib. correctionnel de Lifou, n° 46/94, 11 août 1994, *Evanes Boula et autres*.
Trib. correctionnel de Lifou, n° 35/99, 8 avril 1999, *Meite*.

◦ **Cour d'assises de Nouvelle-Calédonie**

Cour d'assises de Nouvelle-Calédonie, n° 4, 17 avril 1996, *Pouya et autres*.

Cour de Cassation

- Cass., 9 juin 1841, *Dalloz-Lois*, n° 369.
Cass. civ., 26 mai 1868, *Sirey*, 1869, I, p. 33.
Cass. req., 30 décembre 1879, *Bull.*, 1880, I, p. 199.
Cass. civ., 6 mars 1883, *Sirey*, 1885, I, p. 379.
Cass. civ., 16 février 1885, *Sirey*, 1888, I, p. 479.
Cass. civ., 15 novembre 1911, *Penant*, 1912, I, p. 39.
Cass. civ., 10 juin 1912, *Dalloz*, 1913, p. 465.
Cass. civ., 28 juin 1937, *Sirey*, 1937, I, p. 387.
Cass. civ., 25 mai 1948, *RCDIP*, 1949, p. 89.
Cass. com., 16 mai 1949, *Dalloz*, 1950, p. 629.
Cass. civ., 27 novembre 1950, *RJPUF*, 1951, p. 270.
Cass. civ., 27 décembre 1951, *Bull.*, I, p. 290.
Cass. civ., 28 janvier 1954, *Dalloz*, 1954, p. 217.
Cass. civ., 1^{ère}, 11 janvier 1956, *Bull.*, I, p. 17.
Cass. civ., 1^{ère}, 5 mars 1956, *Bull.*, I, p. 90.
Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1964, *Bull.*, I, p. 391.
Cass. soc., 10 juin 1970, *Bull.*, n° 400, p. 325.
Cass. crim., 27 mai 1972, *Bull. crim.*, n° 171, p. 435.
Cass. crim., 12 juillet 1974, inédit.
Cass. civ. 3^{ème}, 24 février 1976, *Bull.*, III, p. 66.
Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1977, *Bull.* III, n° 298, p. 226.
Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1980, *Bull.* I, n° 4, p. 3.
Cass. crim., 5 novembre 1980, inédit.
Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1982, *Dalloz*, 1982, p. 589.
Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 1984, *Bull.*, I, n° 265, p. 224.
Cass. crim., 4 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 85, p. 214.
Cass. civ., 1^{er} mars 1988, *RCDIP*, 1989, p. 721.
Cass. soc., 24 mars 1988, *Bull.*, V, n° 222, p. 144.
Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *RCDIP*, 1991, p. 593.
Cass. civ. 2^{ème}, 6 février 1991, *Bull.*, II, n° 44, p. 23.
Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1992, *Bull.*, IV, n° 248, p. 164.
Cass. Ass. plénière, 11 décembre 1992, *Bull. Ass. plén.*, n° 13, p. 27.
Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 1993, *Bull.*, I, n° 64, p. 42.
Cass. crim., 15 décembre 1993, inédit.
Cass. crim., 8 juin 1994, *JCP*, 13 septembre 1995, n° 37, p. 332.
Cass. crim., 14 février 1996, inédit.
Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, *Bull.*, I, n° 268, p. 188.
Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *JCP*, n° 51, 17 décembre 1997, p. 557.
Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, *Dalloz*, 1997, p. 400.

- Cass. civ. 2^{ème}, 9 juillet 1997, *Bull.*, 1997, II, p. 129.
Cass. crim., 16 septembre 1997, *Bull. crim.*, n° 295, p. 991.
Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1998, *JCP*, n° 25, 17 juin 1998, p. 1109.
Cass. soc., 24 mars 1998, *Droit social*, 1998, p. 615.
Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 1999, inédit.
Cass. crim., 20 octobre 1999, 20 octobre 1999, inédit.
Cass. civ. 3^{ème}, 15 février 2000, inédit.
Cass. Ass. plénière, 2 juin 2000, *Dalloz*, n° 42, 2000, p. 865.
Cass. crim., 10 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 290, p. 856.
Cass. civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, *RTDC*, 2002, p. 181.
Cass. civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, *JCP*, 2004, II, n° 10162.
Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, *Bull.*, I, n° 170, p. 144.
Cass. civ. 2^{ème}, 26 mai 2005, *Bull.*, II, n° 134, p. 120.
Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2006, *JCP*, n° 19, 10 mai 2006, p. 957.
Cass. civ. 3^{ème}, 8 février 2006, *Bull.*, III, n° 33, p. 27.

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Cour Permanente de Justice Internationale

- CPJI, AC, 15 septembre 1923, *Acquisition de la nationalité polonaise*, Série B, n° 7.
CPJI, AC, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Série B, n° 15.
CPJI, 26 avril 1928, *Droit des minorités en Haute-Silésie*, Série A, n° 15.
CPJI, AC, 31 juillet 1930, *Emigration des communautés gréco-bulgares*, Série B, n° 17.
CPJI, 5 avril 1933, *Statut juridique du Groenland oriental*, Série A/B, n° 53.
CPJI, AC, 6 avril 1935, *Ecoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, n° 64.

Cour Internationale de Justice

- CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec.*, 1969, p. 20.
CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company*, *Rec.*, 1970, p. 3.
CIJ, AC, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Rec.*, 1971, p. 16.
CIJ, AC, 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, *Rec.*, 1975, p. 6.
CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *Rec.*, 1980, p. 3.
CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Rec.*, 1986, p. 14.
CIJ, 30 juin 1995, *Timor Oriental*, *Rec.*, 1996, p. 90.
CIJ, AC, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.*, 1996, p. 257.

JURIDICTIONS EUROPÉENNES

Cour de Justice des Communautés Européennes

- CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*, Aff. 14/59, *Rec.*, p. 445.
 CJCE, 24 octobre 1973, *Merkur c. Commission*, Aff. 43/72, *Rec.*, p. 1055.
 CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Hohlen und Baustoffgroshandlung c. Commission*, Aff. 4/73, *Rec.*, p. 491.
 CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, p. 629.
 CJCE, 10 octobre 1978, *H. Hansen*, Aff. 148/77, *Rec.*, p. 1787.
 CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen*, Aff. 294/83, *Rec.*, p. 1365.
 CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, Aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651.
 CJCE, 13 décembre 1984, *Sermide*, Aff. 106/83, *Rec.*, p. 4209.
 CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köhl-Altstadt c. R. Schumacker*, Aff. 279/93, *Rec.*, p. 225.
 CJCE, 13 février 1996, *Gillepsie*, Aff. 342/93, *Rec.*, p. 475.
 CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, Aff. 212/97, *Rec.*, p. 1459.
 CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, Aff. 159/97, *Rec.*, p. 1597.

Commission / Cour européenne des Droits de l'Homme

- CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, Série A, n° 6.
 CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, Série A, n° 26.
 CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31.
 CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, Série A, n° 44.
 CEDH, 3 octobre 1983, *G. et E. c. Norvège*, *Rec.*, Vol. 35, p. 30.
 CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, Série A, n° 70.
 CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, Série A, n° 87.
 CEDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, Série A, n° 109.
 CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cherfayt c. Belgique*, Série A, n° 113.
 CEDH, 27 avril 1995, *Piermont c. France*, Série A, n° 314.
 CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c. Grèce*, *Rec.* 1996-IV.
 CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, *Rec.* 1998-I.
 CEDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, *Rec.* 1999-I.
 CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et autres c. France*, *Rec.* 1999-VIII.
 CEDH, 6 avril 2000, *Thlimennos c. Grèce*, *Rec.* 2000-IV.
 CEDH, 27 juin 2000, *Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, *Rec.* 2000-VII.
 CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2001-I.
 CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, *Rec.* 2001-VIII.
 CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2002-III.
 CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, *Rec.* 2003-II.
 CEDH, 30 mars 2004, *Hirst c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2004-II.
 CEDH, 17 juin 2004, *Zdanoka c. Lettonie*, *Rec.* 2004-VIII.
 CEDH, 19 octobre 2004, *Melnychenko c. Ukraine*, *Rec.* 2004-VI.

CEDH, 11 janvier 2005, *M. Py c. France*, Rec. 2005-I.

JURIDICTIONS ETRANGERES

Cour suprême d'Australie

Cour suprême d'Australie, 1992, *Mabo v. Queensland*, 107 ALR 1.

Cour suprême d'Australie, 1996, *The Wik Peoples v. State of Queensland*, 134 ALR 637.

Cour suprême du Canada

Cour suprême du Canada, 1956, *Francis v. The Queen*, RCS, p. 625.

Cour suprême du Canada, 1984, *Québec Association of Protestant School Boards c. Québec (P.G.)*, RCS, Vol. 2, p. 66.

Cour suprême du Canada, 1985, *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, RCS, Vol. 1, p. 744.

Cour suprême du Canada, 1988, *Ford c. Québec (P.G.)*, RCS, Vol. 2, p. 712.

Cour suprême du Canada, 1989, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, RCS, Vol. 1, p. 143.

Cour suprême du Canada, 1990, *Mahé c. Alberta*, RCS, Vol. 1, p. 342.

Cour suprême du Canada, 1990, *Sioui*, RCS, Vol. 1, p. 1025.

Cour suprême du Canada, 1990, *R. c. Keegstra*, RCS, Vol. 3, p. 697.

Cour suprême du Canada, 1997, *Delgamuukw c. La Reine*, RCS, Vol. 3, p. 1010.

Cour suprême du Canada, 1998, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, RCS, Vol. 2, p. 217.

Cour suprême du Canada, 2000, *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, RCS, Vol. 1, p. 3.

Cour suprême des Etats-Unis

Cour suprême des Etats-Unis, 1831, *Cherokee Nation v. State of Georgia*, 30 U.S. 1 (1831).

Cour suprême des Etats-Unis, 1938, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

Cour suprême des Etats-Unis, 1941, *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487 (1941).

TABLE DES MATIÈRES

	pages
Remerciements	V
Table des sigles et abréviations	XI
Sommaire	XV
INTRODUCTION	1
I. Le droit au pluralisme	6
A. L'expression multiforme des minorités nationales	7
1. Des spécificités diverses	8
2. Des revendications graduelles	15
B. La reconnaissance équivoque des minorités nationales	18
1. Une reconnaissance incitée par le droit international	19
2. Une reconnaissance ambiguë par le droit français	25
II. Le pluralisme du droit	28
A. Un mode controversé de traitement des revendications minoritaires	30
1. La remise en cause du centralisme juridique	31
2. La remise en cause des fondements de la République	38
B. Un mode alternatif de gestion du phénomène minoritaire	44
1. Une gestion innovante des minorités nationales	45
2. Une gestion adaptée des minorités nationales	47

<u>PREMIERE PARTIE - LE PLURALISME DES SOURCES DE DROIT ...</u>	53
TITRE I - LA RECONNAISSANCE D'ORDRES JURIDIQUES MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES	58
Chapitre 1. L'EXISTENCE EMPIRIQUE D'ORDRES JURIDIQUES MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES	62
Section 1. Des règles de droit générées par des collectivités minoritaires extra- étatiques	66
§ 1. L'identification des collectivités juridiques minoritaires	68
A. Le recours à la théorie des institutions	69
B. La systématisation des critères d'identification	72
§ 2. La production de règles juridiques traditionnelles	75
A. La production avérée de règles spontanées	76
B. La production conditionnée de règles délibérées	78
Section 2. Des règles de droit appliquées par des collectivités minoritaires extra-étatiques	82
§ 1. L'effectivité du droit traditionnel	83
A. Des ordres juridiques coutumiers résiduels en métropole	85
B. Des ordres juridiques traditionnels préservés en outre-mer	87
§ 2. La force obligatoire du droit traditionnel	93
A. L'existence d'une <i>opinio juris</i>	94
B. L'existence d'une sanction	96
Conclusion du chapitre 1	100
Chapitre 2. LA POSITIVITÉ OCTROYÉE DES ORDRES JURIDIQUES MINORITAIRES EXTRA-ÉTATIQUES	104
Section 1. La reconnaissance constitutionnelle de statuts coutumiers	107
§ 1. La portée des statuts coutumiers	110
A. La détermination des titulaires d'un statut coutumier	110
1. Une condition liée au territoire d'origine	111
2. Des conditions liées à la personne du titulaire	116
B. La délimitation du contenu des statuts coutumiers	119
1. Une délimitation générale	119
2. Des aménagements spécifiques	123
§ 2. L'évolution des statuts coutumiers	127
A. Le dessaisissement discutable des autorités coutumières	128
1. La compétence des autorités nationales	128
2. La compétence des autorités décentralisées	130
B. La modernisation critiquable des statuts coutumiers	132
Section 2. La reconnaissance infra-constitutionnelle d'usages locaux	137
§ 1. Une possibilité ouverte	139
A. La reconnaissance législative de coutumes <i>secundum legem</i>	139
B. La reconnaissance jurisprudentielle de coutumes <i>praeter legem</i>	142

§ 2. Une possibilité encadrée	146
A. La positivité conditionnée des usages reconnus	146
1. Le cas des coutumes obscures	146
2. Le cas des coutumes <i>contra-legem</i>	149
B. La positivité relative des usages reconnus	153
Conclusion du chapitre 2	155
CONCLUSION DU TITRE I	157
TITRE II - L'ÉTABLISSEMENT D'ORDRES JURIDIQUES MINORITAIRES INFRA-ÉTATIQUES	161
Chapitre 1. L'AUTONOMISATION INSTITUTIONNELLE DE COLLECTIVITÉS JURIDIQUES MINORITAIRES INFRA-ÉTATIQUES	167
Section 1. L'attribution d'institutions spécifiques	170
§ 1. Le bénéfice de statuts dérogatoires	172
A. La multiplication des collectivités <i>sui generis</i>	173
B. La possibilité d'aménagements institutionnels	178
§ 2. La reconnaissance d'institutions coutumières	185
A. Des institutions normatives	185
1. La reconnaissance d'institutions traditionnelles préexistantes	186
2. La mise en place d'institutions coutumières nouvelles	190
B. Des institutions juridictionnelles	193
1. La survivance d'une justice traditionnelle endogène	195
2. L'établissement d'une justice coutumière exogène	203
Section 2. L'attribution de compétences étendues	208
§ 1. Le transfert accru de compétences propres	210
A. Des compétences adaptées	211
B. Des compétences protégées	215
§ 2. L'octroi ponctuel de compétences dérogatoires	220
A. Au bénéfice des collectivités d'outre-mer	221
B. Au bénéfice des départements d'outre-mer	223
C. Au bénéfice de l'ensemble des collectivités territoriales	226
Conclusion du chapitre 1	230
Chapitre 2. L'AUTONOMISATION NORMATIVE DE COLLECTIVITÉS JURIDIQUES MINORITAIRES INFRA-ÉTATIQUES	232
Section 1. L'application variable du droit étatique	233
§ 1. La sauvegarde du principe de spécialité législative	235
A. Un principe applicable dans l'ensemble des collectivités d'outre-mer	236
B. Un principe infléchi dans la collectivité départementale de Mayotte	242
§ 2. Le recul du principe de l'identité législative	244
A. Des possibilités accrues d'adaptations normatives par les autorités étatiques .	246
B. Des possibilités nouvelles d'adaptations normatives par les autorités locales .	249

Section 2. L'attribution d'un pouvoir normatif variable	252
§ 1. L'attribution d'un pouvoir réglementaire local	253
A. L'autonomie contestée du pouvoir réglementaire local	254
B. La nature discutée des lois du pays de Polynésie française	257
§ 2. L'attribution d'un pouvoir législatif exceptionnel	261
A. La faculté reconnue d'adopter des lois du pays en Nouvelle-Calédonie	262
B. La nature juridique discutée des lois du pays de Nouvelle-Calédonie	266
Conclusion du chapitre 2	270
CONCLUSION DU TITRE II	273
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	275
<u>DEUXIEME PARTIE - LE PLURALISME DU CONTENU DU DROIT</u>	281
TITRE I - LA DIFFÉRENCIATION DU DROIT DE L'ÉTAT	287
Chapitre 1. LA PERSONNALISATION JURIDIQUE DE GROUPES MINORITAIRES	291
Section 1. L'identification juridique de groupes minoritaires	294
§ 1. La reconnaissance constitutionnelle de groupes minoritaires	295
A. Les reconnaissances constitutionnelles expresses	296
1. La reconnaissance ambiguë des « populations d'outre-mer »	296
2. La reconnaissance inédite du « peuple kanak »	301
B. Des reconnaissances constitutionnelles indirectes	305
1. La reconnaissance implicite d'un peuple de Nouvelle-Calédonie	305
2. La reconnaissance hypothétique de minorités autochtones	310
§ 2. La reconnaissance infra-constitutionnelle de groupes minoritaires	312
A. La reconnaissance des clans en Nouvelle-Calédonie	313
B. La reconnaissance des communautés autochtones en Guyane	314
Section 2. La différenciation juridique de groupes minoritaires	316
§ 1. L'octroi de droits dérogatoires	318
A. La mise en œuvre de discriminations positives	319
B. L'établissement d'un accès privilégié à l'emploi local	323
§ 2. L'apparition de citoyennetés différenciées	328
A. La création constitutionnelle d'une citoyenneté néo-calédonienne	330
1. Le contenu discuté de la citoyenneté néo-calédonienne	330
2. La régularité incertaine de la citoyenneté néo-calédonienne	333
B. L'établissement implicite de citoyennetés d'outre-mer	337
Conclusion du chapitre 1	342
Chapitre 2. L'ATTRIBUTION PONCTUELLE DE DROITS IDENTITAIRES	345
Section 1. L'attribution de droits culturels aux individus minoritaires	348
§ 1. Les droits linguistiques	351
A. La reconnaissance infra-constitutionnelle de langues régionales	354
B. Le régime juridique des langues régionales	359

§ 2. Les droits confessionnels	367
A. Le cas de l'Alsace-Moselle	369
B. Le cas de l'outre-mer	374
Section 2. L'attribution de droits fonciers aux collectivités autochtones	378
§ 1. La reconnaissance de droits fonciers autochtones	381
A. Le transfert de terres en Nouvelle-Calédonie	384
B. La concession de terres en Guyane	386
§ 2. La reconnaissance de régimes fonciers traditionnels	390
A. La consécration de droits de propriété spécifiques	390
B. L'application de régimes juridiques coutumiers aux terres autochtones	395
Conclusion du chapitre 2	399
CONCLUSION DU TITRE I	400
TITRE II - L'HÉTÉROGÉNÉISATION DU DROIT DANS L'ÉTAT	403
Chapitre 1. L'HÉTÉROGÉNÉISATION EFFECTIVE DU DROIT POSITIF	405
Section 1. Un champ d'application variable	406
§ 1. La régionalisation du droit	407
A. L'existence de droits locaux	408
1. Les droits locaux ultra-marins	409
2. Le droit local alsacien-mosellan	412
B. Le devenir des droits locaux	415
1. La réforme engagée des droits locaux	415
2. La multiplication potentielle des droits locaux	419
§ 2. La personnalisation du droit	424
A. Les difficultés de mise en œuvre des droits d'application personnelle	426
B. Le danger d'une ethnicisation du droit dans l'État	431
1. Un danger confirmé par le recours implicite à des critères prohibés	432
2. Un danger nuancé par la consécration imparfaite de l'autonomie personnelle	437
C. Le risque d'une instrumentalisation du droit par les individus	442
1. L'exercice d'un droit d'option de législation	443
2. L'affirmation du phénomène de <i>law shopping</i>	447
Section 2. Un contenu matériel composite	451
§ 1. L'intégration de valeurs minoritaires complémentaires au droit étatique	452
A. La prise en compte des valeurs minoritaires par le juge	454
B. La prise en compte des valeurs minoritaires par le législateur	457
1. L'incorporation de règles de droit minoritaires dans la loi	458
2. La formation d'un droit mixte alsacien-mosellan	460
§ 2. L'intégration de valeurs minoritaires contradictoires avec le droit étatique	463
A. L'existence d'antinomies juridiques matérielles	463
1. La présence d'antinomies dans l'ordre juridique étatique	465
2. La multiplication des antinomies dans la Constitution	470

B. La possibilité de conflits juridiques internes	474
1. La diversification des conflits juridiques potentiels	476
2. La résolution des conflits juridiques déclarés	479
Conclusion du chapitre 1	485
Chapitre 2. L'HÉTÉROGÉNÉISATION ENCADRÉE DU DROIT POSITIF	488
Section 1. La prévalence des principes fondamentaux de l'Etat	489
§ 1. La soumission des ordres juridiques extra-étatiques à une hiérarchie des normes relative	490
A. Le respect difficile d'une hiérarchie normative formelle	492
1. La prévalence constatée des statuts coutumiers sur les normes infra-constitutionnelles	493
2. La soumission discutée des statuts coutumiers aux dispositions constitutionnelles	498
B. Le respect impératif d'une hiérarchie normative matérielle	500
1. Le recours à l'exception d'ordre public	502
2. L'imposition de droits fondamentaux indérogeables	506
§ 2. La soumission des ordres juridiques infra-étatiques à un principe de légalité aménagé	511
A. L'assujettissement à un contrôle de légalité spécifique	512
1. L'assujettissement à un contrôle administratif spécifique	512
2. L'assujettissement à un contrôle juridictionnel spécifique	515
B. Le respect d'un bloc de légalité distinct	519
1. L'applicabilité de plein droit des « lois de souveraineté »	520
2. La prévalence de normes de référence différenciées	523
Section 2. La résistance des principes fondateurs de la République	528
§ 1. La préservation de l'unité du peuple	529
A. L'appartenance des citoyens français à un même peuple	530
1. Le refus d'une fragmentation du peuple français	531
2. Le refus de la primauté des intérêts particuliers	538
B. L'égalité réaffirmée des citoyens français	541
1. L'égalité des citoyens français devant les libertés publiques	541
2. L'égalité des citoyens français devant le service public	545
3. L'égalité des citoyens français devant les charges publiques	547
4. L'égalité des citoyens français devant le suffrage	548
§ 2. La sauvegarde de l'unité de l'Etat	555
A. L'unité affirmée de l'organisation étatique	555
B. L'indivisibilité confirmée du territoire national	559
Conclusion du chapitre 2	564
CONCLUSION DU TITRE II	566
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	567

CONCLUSION	571
I. L'affirmation progressive du pluralisme du droit	574
A. L'apparition de différents degrés de pluralisme juridique	575
B. La remise en cause de la conception du droit	578
II. Le renforcement manifeste du droit au pluralisme	580
A. L'affirmation d'un droit à l'identité	581
B. La « refondation du contrat social »	585
ANNEXES	589
Table des annexes	591
BIBLIOGRAPHIE	601
Table de la bibliographie	603
INDEX ALPHABÉTIQUE	643
TABLE DE JURISPRUDENCE	649
TABLE DES MATIÈRES	667

Le discours officiel des autorités françaises, fondé sur les principes républicains d'unité, d'indivisibilité et d'égalité, exclut toute reconnaissance de minorités nationales sur le sol français. L'observation du droit positif témoigne toutefois d'une réalité juridique bien plus nuancée que ce discours ne le laisse entendre. Depuis plusieurs années, l'ordre juridique étatique s'ouvre en effet progressivement à la diversité socioculturelle, en acceptant que certaines catégories de la population qui s'apparentent, *de facto*, à des minorités nationales, bénéficient de droits dérogatoires, de statuts coutumiers, d'une autonomie institutionnelle et normative voire, pour certaines d'entre elles, d'un droit à l'autodétermination.

Ces évolutions sont constitutives d'un pluralisme juridique qui n'est pas sans questionner les fondements mêmes de la République. L'étude des diverses manifestations de ce pluralisme juridique « à la française » révèle en effet que l'ordre juridique étatique connaît désormais une diversification de ses sources comme de son contenu, remettant en cause l'unité du droit dans l'Etat et, surtout, le centralisme juridique en vertu duquel l'Etat est source unique de droit. Cette double diversification laisse alors apparaître un droit français des minorités nationales dont les contours se dessinent peu à peu, à la lumière des évolutions juridiques qui touchent l'outre-mer mais aussi la métropole.

Mots-clés	pluralisme juridique	minorités nationales	autonomie
	différencialisme	droits dérogatoires	coutumes
	droits identitaires	particularismes	