

UNIVERSITE PAUL CEZANNE D'AIX-MARSEILLE

FACULTE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Institut d'Etudes Humanitaires Internationales/UMR 7318

Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit public
Soutenue le mardi 4 décembre 2012

EDITH KOLO FAVOREU

<p>La nation à l'épreuve de la diversité ethnoculturelle Etude comparative France/ États-Unis</p>

Sous la direction de Madame le Professeur Marie-José Domestici Met

Membres du Jury

- Doyen Jean-Marie Rainaud, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis
- Professeur Jean-Pierre Massias, Professeur à l'Université de Pau
- Professeur Guy Scoffoni, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
- Professeur Marie-José Domestici Met, Directrice de la recherche, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille et Directrice de l'Institut d'Etudes humanitaires internationales.

AVERTISSEMENTS

« Les idées et opinions émises dans cette thèse de doctorat n'engagent que la responsabilité de son auteur et ne reflètent en aucun cas celles du directeur de thèse ou de la Faculté de droit Paul Cézanne d'Aix-Marseille. »

L'auteur s'est efforcé de recourir à des vocables ou à des expressions neutres qui se rapportent à la fois aux genres féminin et masculin. Cette règle a été appliquée là où c'était possible sans alourdir le texte.

Nation, qui es-tu ? Il semble que ton miroir soit brisé... Peut-être est-ce simplement ta réalité qui ressemble à une image émiétée ? Cette fragilité pourtant perceptible est-elle avérée ? Ces césures apparentes ne sont-elles finalement pas des liants entre les nombreuses pièces de ton puzzle identitaire ?

RESUME

Quelle nation se cache derrière les nations française et américaine ? Aux prises avec la diversité ethnoculturelle de leurs populations, ces deux entités nationales semblent à la fois fortifiées et fragilisées par cette hétérogénéité intrinsèque. Dans ce cadre, la place du droit, source et objet de gestion, se pose avec acuité, ambitionnant l'articulation entre le développement de la nation en tant qu'unité de référence et le respect de la diversité en tant que reconnaissance des identités différenciées.

La France et les Etats-Unis, Etats-nations républicains, sont souvent présentés comme deux archétypes ayant engendré des modèles sociaux, politiques et juridiques antagoniques ou en tout cas différents. Toutefois, on peut considérer que loin d'être opposables, les deux pays ont développé une approche juridique similaire de la diversité ethnoculturelle dans le cadre national.

L'histoire de la construction nationale dans les deux cadres de référence montre le développement empirique de ces nations avec et par la diversité. Ainsi, en France comme aux Etats-Unis, l'appréhension des différenciations des origines et des statuts des personnes a induit une prise en considération normative, consacrant un ancrage de la diversité dans le système juridique. L'articulation des principes républicains fondateurs des deux nations couplé à la diversité, a généré un système complexe oscillant entre différentialisme et aveuglement aux différences. Néanmoins, l'analyse des référentiels français et américain questionne la nécessité d'une reconnaissance juridique accrue de la diversité ethnoculturelle en tant que condition de l'unité nationale. Si un principe de diversité explicitement reconnu fait défaut, une réflexion doit être conduite afin de développer une construction normative en faveur de sociétés post-raciales, respectueuses des différences. Cette analyse nous conduira à envisager deux modèles de gestion de la diversité: un premier basé sur le multiculturalisme, le second sur une « laïcité de la diversité ». Tous deux tendent à la redéfinition d'un contrat social porteur d'une re-nation.

ABSTRACT

Nation facing ethnocultural diversity.

A comparative study between France and United-Sates.

On observing France and the USA, a question arises: what kind of nation lies behind each? For both, inherent heterogeneousness leads to ethnic and cultural issues which are sources of strength but also of weakness. Here, the law both as a source and a tool appears to accurately link together the nations' development and the respect of diversity. Therefore, when analyzing the French and American models it is necessary to acknowledge within the extents and constraints of the law the ethnocultural diversity as a condition of national unity.

France and the USA, who are both nations and republics, are often presented as examples of two specific nations that have created two opposite or at least different models of societies, politics and legal systems. Nevertheless, they do not appear as different when considering their legal models since they have created similar approaches to ethnocultural diversity within a national system.

The French and American legal models referring to ethnic and cultural diversity lead us to consider the development of these two nations with and through diversity. The difference of origins and status has led to setting a standard of diversity in the law system. Even if diversity is not a stated constitutional principle, it had become an implicit canon. As one result, the founding republican principles of these two nations have been integrated over the last decade into a complex legal system vacillating between considering and refusing differences. In this sense, we can argue that taking into account diversity helps the improvement of a nation's unity by redefining the social contract. Two legal models of diversity arise: on the one hand, a model of multiculturalism based on the principle of equality; on the other hand, a model of "laicity of diversity". These two components invite us to define a "renation" through diversity.

MOTS CLEFS

Nation- Etat-Nation- Diversité- Diversité ethnoculturelle- Race- Ethnie- Religion- Culture- Origine- Principes républicains- Unité- Indivisibilité- Universalisme- Universalité- Egalité- Equité- Laïcité- Immigration- Intégration- Assimilation- Colonisation- (non) Discriminations- Mesures positives- Pluralisme- Multiculturalisme- Laïcité de la Diversité- Contrat social-

KEY WORDS

Nation- State Nation- Diversity Ethnocultural diversity- Race – Ethnie/ Ethnicity- -Religion- Culture-Origin- Principles of the Republique of United States- Unity(Unit)- Universality- Equality- Equity- Laicity/secularis- Immigration- Integration- Assimilation- Colonisation- (non) Discrimination- Pluralism- Multiculturalism- Social Contract-

A la mémoire de mon père
A ma mère et à mes grands parents
A Mahé et Téva Kolo

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à remercier Madame le Professeur Domestici Met, pour la confiance qu'elle m'a témoignée ainsi que la liberté qu'elle m'a conférée tout au long de ces années. Ses conseils et ses questionnements me poussent à aller toujours plus loin sur le chemin de la compréhension et me motivent chaque fois davantage, à œuvrer pour tenter de combiner l'action et la réflexion.

Mes profonds remerciements vont également aux différents professeurs et professionnels qui ont consacré, à un moment donné, une partie de leur précieux temps, m'ont orientée, appuyée et intellectuellement alimentée tout au long de cette période. Mes chaleureux remerciements s'adressent notamment à Danièle Lochak, Denis Lacorne, Michel Wiewiorka, Aristide Zolberg, et Wanda Mastor.

Je remercie en outre mes amis et ma famille pour leur soutien. Ma gratitude va en particulier à Colette Bordigoni, Muriel Brener, Nadège Chassaing, Marie-Styleie Gauffre, Guillaume Favoreu, Eric Kolo, Elsa Lueber, Philippe Ruscassier, Jean-Max St Fleur et Maagano Wa'nsanga, pour leurs nombreuses relectures, corrections et précieuses critiques.

GLOSSAIRE

DES PRINCIPAUX ACRONYMES ET ABREVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
B.I.A	Bureau of Indian Affairs
C.C.	Conseil constitutionnel
C.cass.	Cour de cassation
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Convention européenne des droits de l'Homme
Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l'Homme
C.J.C.E.	Cour de justice des communautés européennes
C.N.I.L.	Commission Nationale Informatique et Libertés
C.O.D.A.C.	Commission Départementale d'Accès à la Citoyenneté
C.O.M.	Communauté d'Outre-mer
C.O.M.E.D.D.	Comité pour la mesure et l'évaluation de la diversité et des discriminations
C.P.I.J.	Cour Permanente Internationale de Justice
C.S.	Cour suprême des Etats-Unis
D.D.H.C.	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
D.U.D.H.	Déclaration universelle des droits de l'homme
<i>E.E.O/E.E.O.C.</i>	<i>Equal Employment Opportunity/ Equal Employment Opportunity Commission</i>
E.L.C.O.	Enseignements de langue et de culture d'origine
H.A.L.D.E.	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
H.C.I.	Haut-Commissariat à l'Intégration
I.N.S.E.E.	Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
<i>I.R.C.A.</i>	<i>Immigration Reforme and Control Act</i>
J.O. / J.O.R.F.	Journal Officiel/ Journal officiel de la République Française
J.O.C.E.	Journal officiel de la Communauté Européenne
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
O.I.T.	Organisation Internationale du Travail
<i>O.M.B.</i>	<i>Office of Management and Budge</i>
Op.cit	<i>opus citatum</i>
p.	Page
P.I.D.C.P.	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
P.I.D.E.S.C	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
P.U.A.M.	Presse Universitaire Aix Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
R.F.D.A.	Revue Française de Droit Administratif

R.F.D.C.	Revue Française de Droit Constitutionnel
R.T.D.H.	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
s.	Suivant
T.O.M.	Territoire d'Outre-mer
T.U.	Traité Unique (Union Européenne)
<i>U.N.E.S.C.O</i>	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>
<i>U.S.</i>	<i>United States</i>
<i>W.A.S.P.</i>	<i>White Anglo Saxon Protestant</i>

SOMMAIRE

<u>PREMIÈRE PARTIE: LA DECOUVERTE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE PAR LA NATION</u>	69
TITRE I: L'EMERGENCE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE AU SEIN DE LA NATION	75
Chapitre 1- La construction progressive de la nation	79
<i>Section 1. La France, une communauté nationale structurée autour de principes unificateurs</i>	83
<i>Section 2. Les Etats-Unis, une volonté nationale institutionnalisée autour de référents nationaux</i>	109
Chapitre 2- L'influence de la colonisation et de la migration sur la substance nationale	134
<i>Section 1. L'incorporation forcée de populations dans la nation</i>	136
<i>Section 2. L'immigration facteur de transformation de la nation</i>	147
TITRE II- LA TRADUCTION JURIDIQUE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE DANS LE CADRE DE LA NATION	193
Chapitre 1- Une diversité impliquant explicitement une catégorisation statutaire	195
<i>Section 1. Les catégorisations historiques établies sur la base du double critère territorial et culturel</i>	197
<i>Section 2. Les catégorisations relatives au critère de nationalité et au statut d'immigré</i>	215
Chapitre 2- Une diversité suggérant une catégorisation identitaire	245
<i>Section 1. Une catégorisation reposant sur une caractérisation des éléments de la diversité</i>	247
<i>Section 2. Une catégorisation juridique implicite de la diversité ethnoculturelle</i>	280
CONCLUSION PREMIERE PARTIE	325
<u>SECONDE PARTIE : UNE NOUVELLE APPREHENSION DE LA NATION INTEGRANT LA DIVERSITÉ ETHNOCULTURELLE</u>	327
TITRE I- LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE, UN DEFI POUR LA NATION	331
Chapitre 1- Des réactions ad hoc à la diversité ethnoculturelle	332
<i>Section 1. L'existence d'une ethnicisation des rapports sociaux</i>	333
<i>Section 2. L'Etat, arbitre ou acteur</i>	382
Chapitre 2- Un habillage républicain de la diversité ethnoculturelle	426
<i>Section 1. Une réinterprétation de l'universalité et de l'égalité</i>	427
<i>Section 2. Un jeu entre droit à l'indifférence et droit à la différence</i>	451
TITRE II- LE MAINTIEN DE L'UNITE DE LA NATION PAR LA RECONNAISSANCE MESUREE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE	467
Chapitre 1- La question de la reconnaissance juridique d'un principe de diversité	469
<i>Section 1. L'existence d'un principe de diversité ethnoculturelle non constitutionnalisé</i>	471
<i>Section 2. Les limites au principe de diversité et leur contournement partiel</i>	506
Chapitre 2- Deux modèles pour la redéfinition d'un contrat social fondé sur la diversité	521
<i>Section 1. L'option d'un contrat social fondé sur le multiculturalisme et le pluralisme</i>	526
<i>Section 2. L'option d'un contrat social fondé sur une « laïcité de la diversité »</i>	554
CONCLUSION GENERALE	575
ANNEXES	
INDEX	
BIBLIOGRAPHIE	
TABLE DES MATIERES	

« Travailler, c'est entreprendre de penser différemment que ce que l'on pensait avant... »

Michel Foucault

« Dans la démarche scientifique, le monde n'est pas un monde à décrire mais à construire »

Bachelard

« ...même si l'égalité absolue est le rêve d'impossible de notre finitude, son idée demeure l'horizon d'espérance qui rend seul possible l'humanisation de l'homme ».

S. Goyard- Fabre, « l'Egalité des droits en 1789. Un rêve impossible sur un horizon d'espérance »¹

« La meilleure et la plus vive des passions que l'égalité des conditions fait naître, je n'ai pas besoin de le dire, c'est l'amour de cette même égalité »

A. De Tocqueville, De la démocratie en Amérique, Chapitre 1^{er}.

¹ GOYARD-FABRE, S., « L'égalité des droits en 1789. Un rêve d'impossible sur un horizon d'espérance » in Egalité-Uguglianza. Actes du colloque franco-italien de philosophie politique (Rome 21-22 novembre 1988) éd. par Jean Ferrari et Alberto Postigliola, Roma, Liguori Editore, 1990, p. 113-125.

INTRODUCTION

« Les choses seraient simples dans un monde où les êtres ne seraient pas faits de chair et de sang, où il n'y aurait ni hommes, ni femmes, ni noirs, ni blancs, ni grands, ni petits. Bref, si notre monde n'était qu'un théâtre dans lequel évolueraient, avançant masquées, des personnes juridiques interchangeables et construites sur le même modèle. Mais voilà, notre monde n'est pas celui-là. Il est fait de diversité. Il est tissé de liens qui ne peuvent exister et s'affermir que dans la reconnaissance de l'autre à la fois si semblable et si différent. L'autre, mon égal bien que différent. L'autre mon égal parce que différent. L'égal peut-il se penser hors de la différence? Rien n'est moins certain »².

La thématique de la diversité devient aujourd'hui, à l'échelle planétaire, une donnée incontournable alors même que sa réalité n'est point nouvelle. Ainsi, il apparaît que dans leur ensemble, les nations contemporaines sont davantage plurielles. A l'instar de N. Rouland, nous pouvons parler d'« archipel planétaire »³. Tout au moins, cette diversité acquiert une visibilité accrue, fréquemment envisagée comme un problème, vecteur de conflits. Les contextes parfaitement homogènes, que cela soit entendu dans une acception culturelle, religieuse, linguistique et/ou ethnique, sont de plus en plus rares⁴. Cette diversification croissante résulte en grande partie des migrations internationales. En effet, 214 millions de personnes dans le monde vivent en dehors du pays dont elles ont la nationalité⁵. De fait, le caractère polychrome des sociétés est une réalité tangible des Etats souverains et territoires autonomes dénombrés sur le globe⁶. Dans ce contexte de complexification des dynamiques, les conflits dits ethniques déchirent en leur sein un certain nombre de pays⁷. Violents ou bien

² VERKINDT, P-Y., « Rapport de synthèses », in *L'Egalité*, Colloquia, Paris, France (16/10/2007), Dalloz, 2008, vol. 51, 504 p., pp. 237-240.

³ ROULAND, N., *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, Rapport adressé à la Commission française pour l'Unesco, le 27 avril 1993, *Droits et société* 27-1994, pp.380-418, p. 382.

⁴ Selon M. DOYTCHEVA, moins de 10 % des Etats actuels sont culturellement homogènes. DOYTCHEVA, M., *Le Multiculturalisme*, La Découverte, Paris, 2005, 123 p., p.4.

⁵ Ce chiffre pourrait atteindre les 405 millions. Source *World Migration Report*. Genève, Organisation internationale pour les Migrations, 2011.295p., p.21.

http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_ENGLISH.pdf, Consulté le 21.09.2001.

⁶ Plus de 5'000 ethnies sont dénombrées dans le monde. DOYTCHEVA, M., *Le Multiculturalisme*, op.cit. p.4.

⁷ Parmi les pays qui ont connu ou connaissent des conflits dits ethniques, on peut citer les exemples de l'Ex-Yougoslavie, de la Bosnie, du Rwanda, du Burundi mais également ceux d'Afghanistan, d'Angola, d'Arménie, d'Azerbaïdjan, de Birmanie, de Géorgie, d'Inde, d'Indonésie, du Liberia, du Sri Lanka, du Soudan ou encore du Tadjikistan. Il faut également rajouter à cette liste déjà longue les troubles et conflits au Bangladesh, en

seulement latents, ils menacent la stabilité politique et sociale de ces sociétés. Différentes réponses internes et internationales y ont été et continuent à y être données. La résolution de certains d'entre eux a conduit à la construction de combinaisons organisationnelles⁸ et/ou institutionnelles⁹ dont nous ne pouvons à l'heure actuelle préjuger du succès¹⁰. En marge de ces contextes de conflits violents, les États régionaux cristallisent cette problématique de la diversité identitaire. Certains États européens y répondent notamment par une certaine atomisation¹¹. Cette demande croissante de reconnaissance de la diversité identitaire s'inscrit dans la mouvance du droit international des droits de l'homme qui place l'identité dans la perspective des droits fondamentaux¹².

Belgique, au Bhoutan, en Estonie, en Éthiopie, au Guatemala, en Irak, au Liban, au Mali, en Moldavie, au Niger, en Irlande du Nord, au Pakistan, aux Philippines, en Roumanie, en Afrique du Sud, en Espagne et en Turquie ainsi que les possibilités importantes de conflit en Russie et en Chine. Voir TAMBIAH, S.J., « Ethnic conflict in the world today », 1988 AES distinguished lecture, *American Ethnologist*, 16 (2), May 1989, p.335-349. Pour une analyse de la compétition des groupes ethniques voir GREELEY, A., *Ethnicity in the United States: A Preliminary Reconnaissance*, New York, Wiley, 1974 ou encore CONNOR, W., « Ethnonationalism in the First World: The Present in Historical Perspective », in ESMAN, M., (Ed.), « Ethnic conflict in the Western world », Thaca et London, Cornell University Press, 1977, pp.20-45. Notons toutefois que si l'on retrouve une dimension ethnique dans de nombreux conflits, l'ethnicité en tant que telle n'est souvent pas un facteur d'explication des conflits. C'est plutôt une dimension qui mérite d'être expliquée en ce sens que la dimension ethnique est souvent instrumentalisée, à un moment donné, de manière à cristalliser les identités et à mobiliser des personnes autour d'intérêts qui ne sont pas seulement identitaire.

⁸ L'organisation peut être définie par « un système de production agissant, selon une logique instrumentale, soumis aux contraintes de son environnement opérationnel », LOUNNAS, R., « Théorie des Institutions et Applications aux Organisations », La Chaire de management stratégique international Walter-J.-Somers, HEC Montréal, Cahier de recherche N° 04-01, Février 2004, 35p., p.2.

http://neumann.hec.ca/chairemsi/pdfcahiersrech/04_04_01.pdf, Consulté le 19.09.2011. Sur la différence entre institution et organisation, voir aussi SALVADOR, J., « Le combat de l'Organisation et de l'Institution », *Sociologies* [En ligne], Théories et recherches, mis en ligne le 22 octobre 2006, URL : <http://sociologies.revues.org/index582.html>, Consulté le 13.06.2011.

⁹ L'institutionnalisation d'une organisation est « un processus qui se développe dans une organisation au cours du temps et reflète l'histoire propre et distinctive de l'organisation, de ses membres, des groupes incorporés et des acquis qu'ils se sont créés, et de la façon dont elle s'est adaptée à son environnement ... », *Ibid.*, p.8.

¹⁰ Par exemple le partage du pouvoir en Bosnie-Herzégovine. Voir HAMDOUNI, S., « Les accords de Dayton et le statut de la Bosnie-Herzégovine ». *Revue Études internationales*. Vol. XIXIX, n°1, Mars 1998, p.53-69. Voir aussi MARKO, J., « United in Diversity»? Problems of State- and Nation-building in Post-conflict Situations: The Case of Bosnia-herzegovina», *Vermont Law Review*, Vol. 30, No.3, 2006.

¹¹ Entre Etat unitaire et Etat fédéral, le développement des Etats autonomiques ou régionaux marque un modèle de division administrative et territoriale original. Sur les Etats autonomiques voir MODERNE, F., « l'Etat des autonomies », RFDC, N°2-1990, p.211, PIERRE-CAPS, S., « L'Etat autonome espagnol et la question des « faits différentiels » », in ROULAND, N., *Le droit à la différence*, PUAM, 2002, pp. 109-126. VERVIN, M., « L'Etat autonome espagnol et la problématique constitutionnelle des faits différentiels », *Civitas Europa*, n°3-1999, p.43. MODERNE, F., BON, P., *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris, Economica, 1981, 169p. COUFFIGNAL, G., *Le régime politique de l'Espagne*, Paris, Collection Clefs Monchrétien, 1993, 158p. LAVROFF, G., *Le régime politique Espagnol*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1985. BON, P., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Aix-en-Provence, Economica 1984, 284p. BON, P., *Les autonomies régionales dans la Constitution Espagnole*, Paris, Economica, 1981, 169p. Pour une mise en perspective, voir FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 14^{ème} éd., 2011, 1076p., pp. 477.478.

¹² Ce positionnement est contesté par le courant doctrinal dit « statutiste ». Sur les termes de cette opposition voir par exemple HUNTER-HENIN, M., *Pour une définition du statut personnel*, PUAM, 2004, 601p. A noter qu'un droit fondamental est entendu comme « une norme de valeur supra-législative protégeant un intérêt primordial de la personne ». PLATON, S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, coll. Des thèses, 2008, 709p., p.14. Voir aussi FAVOREU, L., GAIA, P.,

A la fois banalisée, valorisée et/ou dramatisée, cette diversité observable au niveau mondial est un trait prégnant des nations française et américaine¹³. Pourtant, sans cesse opposés comme deux modèles contraires, parfois même contradictoires, la France et les États-Unis ne font pas que se contredire de part et d'autre de l'Atlantique. Ils présentent dans les faits un grand nombre de similitudes, notamment des questionnements parallèles, inhérents à l'appréhension politique et juridique de la diversité ethnoculturelle. Les deux contextes révèlent en effet une complexité originelle, porteuse de paradoxes aujourd'hui articulés entre exaltation de la diversité et déni des différences dans un cadre égalitaire. Cette complexité est relative à l'hétérogénéité initiale de la France et des États-Unis¹⁴, laquelle a néanmoins conduit à une affirmation de la nation¹⁵. La nouvelle hétérogénéité, cette fois-ci développée dans le cadre national et résultant des flux migratoires, a quant à elle impliqué une « digestion nationale » de ces éléments. Ainsi, à la fois genèse et caractéristique de ces deux États-nation¹⁶, la diversité continue de bouleverser les référents fondateurs de la nation et amène donc à les reconsidérer.

GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 11ème éd., 2008, p.780. A noter que les droits fondamentaux regroupent « les droits de l'homme, les libertés publiques et certaines garanties procédurales consacrées par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». DEZALLAI, A., « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », RFDA, septembre-octobre 2011, pp. 925-933, p. 925.

¹³ Il nous importe, dans une perspective d'analyse des sorties de crises et de prévention des conflits dans des sociétés divisées, de comprendre et d'étudier les enjeux spécifiques de sociétés gérant depuis plusieurs décennies la diversité ethnoculturelle: la France et les États-Unis. Une étude sur l'Afrique du Sud viendra compléter cette recherche pour mieux envisager de manière prospective le cas du nouvel État qu'est la République du Soudan du Sud. Un modèle de gestion de la diversité pourra alors être proposé afin de rendre effectif, dans le sens de la stabilité et de l'unité nationale l'article 1 4) de la Constitution transitoire de la République du Sud Soudan 2011. Ce dernier énonce dans sa deuxième partie : « C'est une entité multi-ethnique, multi-culturelle, multi-linguistique, multi-religieuse et multi- raciale où ces diversités coexistent en paix ». Voir http://www.sudantribune.com/IMG/pdf/The_Draft_Transitional_Constitution_of_the_ROSS2-2.pdf, Consulté le 01.06.2012.

¹⁴ En France, cette hétérogénéité originelle est notamment marquée par des statuts différenciés et par des particularismes locaux, matérialisés par l'usage de patois, d'us et coutumes et de religions différentes. Voir *infra* p.137 et s., 195 et s., 338 et s. Aux États-Unis, l'hétérogénéité résulte de la confrontation des populations présentes sur le territoire lors des conquêtes tout autant que la diversité des origines des migrants fondateurs. Voir *infra* p.139 et s., 204 et s., 338 et s.

¹⁵ Le concept de nation sera défini et explicité dans les développements ultérieurs. Voir *infra* p.29 et s. Néanmoins, à ce stade nous pourrions relater les trois sens que revêt ce terme lors de son introduction en France : « En un premier sens, la nation sera un principe abstrait, une idée dont se réclament et qui unit une communauté de personnes partageant certaines valeurs, éventuellement une même inscription dans l'histoire et un même projet d'avenir. En un deuxième sens, elle se confond avec le « peuple », c'est-à-dire un ensemble concret de personnes uni, là aussi autour de valeurs, d'une histoire, d'un projet. En troisième sens enfin, la nation est une communauté de personnes présentant des traits objectifs communs tels que l'origine ethnique, la langue, la culture ou l'histoire. » FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p.38.

¹⁶ Le concept d'État-nation signifie que l'État coïncide avec la nation. Cette superposition génère une correspondance entre deux éléments: d'une part, une notion d'ordre identitaire manifestée par le sentiment d'appartenance à une entité, la nation; d'autre part, une notion d'ordre juridique révélée par l'existence d'une forme de souveraineté, l'État. Selon B. ANDERSON, il est établi sur la base d'« une illusion durable d'une communauté imaginée ». ANDERSON, B., « *L'imaginaire national: Réflexions sur l'origine et l'essor du*

Pourtant, il semble que nous pourrions entendre clamer d'une seule et même voix français et américains : « Notre nation est aveugle aux différences »¹⁷ ! Telle aurait pu être la devise de la République française lors de son instauration tout autant qu'au fil de son développement. De même, aux États-Unis, la référence à la mention constitutionnelle cousine « *E pluribus unum* »¹⁸ aurait pu constituer la formule intangible, au cours de l'évolution juridique américaine¹⁹.

Toutefois, de telles affirmations ne seraient aujourd'hui encore d'actualité que si l'on se contentait d'une lecture rapide du droit public, et ce, que l'on s'attache à la situation en France ou aux États-Unis²⁰. Une analyse un peu plus approfondie du corpus juridique nous conduirait au contraire à tempérer ces postulats. En France, le principe d'indifférence aux différences, initialement corrélé à un universalisme à la fois entendu comme moyen et finalité, semble avoir cédé la place à une approche plus particulariste des droits et des statuts. Les

nationalisme », Paris, La Découverte, 1996, 212p. Définit par M.-J. DOMESTICI-MET comme une « entité biface », le terme d'Etat-nation semble impliquer un processus d'inclusion selon lequel les personnes se sentent liées les unes aux autres par des forces de cohérences affectives. DOMESTICI-MET, M.-J., « Un néo-pluralisme venu d'en haut ? », in ISAAR, H., BENOIT, O. *Pluralisme-Pluralismes*. PUAM, 2011. pp. 197-220. Dans cette perspective qui a inspiré de nombreux Etats notamment européens on a donc fait coexister l'Etat et la nation, avec l'idée soutenue que chaque nation doit correspondre à un Etat et réciproquement, que chaque Etat n'est constitué que d'une nation, le tout dans le cadre d'un territoire précisément défini. Or la réalité est toute autre, la France en étant un exemple éloquent, puisque les Etats nations, qui plus est contemporains, sont dans les faits largement polyethniques, comprenant plusieurs groupes de personnes. Ainsi par exemple l'Autriche, la Hongrie et la Pologne ont « naturellement » adopté l'Etat nation comme processus de formation après l'éclatement de l'empire Austro Hongrois. Sur ce concept voir aussi CHEVALLIER, J., « L'Etat-nation », RDP, 1980, pp.1271-1302. Voir aussi pour une approche critique HABERMAS, J., *Après l'Etat nation, Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000,149p.

¹⁷ Paraphrase de l'opinion dissidente du juge Harlan dans l'arrêt C.S., *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896). Le juge Harlan s'exprime en ces termes: « il n'y a, dans ce pays, de classe supérieure aux autres, qui dominerait et dirigerait. Il n'y a pas de caste ici. Notre Constitution est aveugle à la couleur de peau, et ne connaît ni ne tolère de classes parmi les citoyens ». ZOLLER, E., *Grands Arrêts de la Cour Suprême*, PUF, collection Droit fondamental, Paris, 2010, 922 p., p.318. G. CALVES rappelle qu'il s'agit ici d'un mode impératif, qui n'est ni un constat, un vœu, une ambition, une prospective, une option, mais bien un principe juridico-politique posé, « fruit par définition d'un *acte de volonté* (en italique dans le texte). CALVES, G., « Il n'y a pas de race ici! » « Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », Critique internationale n°17 - octobre 2002, pp. 173-186, p. 174. Pour un développement de l'arrêt *Plessy v. Ferguson*, Voir notamment *infra* p.117. Voir également Annexe n°16 et 17.

¹⁸ De plusieurs, un seul (trad.). *E pluribus Unum* est la devise américaine faisant référence à Héraclite et Virgile. Elle comporte 13 lettres comme les 13 colonies originaires des Etats-Unis. Proposée dès 1776, la devise sera adoptée par le Congrès en 1782 et apposée sur les pièces de monnaie dès 1795. Voir par exemple: FOREST, Mc.D., *E pluribus Unum: The formation of the American Republic, 1776-1790*, Boston: Houghton Mifflin, 1976. PATTERSON, R.- S., RICHARDSON, D., *The Eagle and the Shields: A History of the Great Seal of the United States*, Washington, D.c. : Office of the Historian, Bureau of Public Affairs, Department of State, Under the Auspices of the American Revolution Bicentennial Administration, 1976.

¹⁹ La clause de l'égalité protection des lois (trad.), *Equal protection Clause*, est garantie par le Quatorzième amendement adoptée le 28 juillet 1868. Voir Constitution des Etats-Unis, Annexe n°2.

²⁰ Nous nous référerons à la définition du droit public donnée par L. DUGUIT à savoir: « l'ensemble des règles qui s'appliquent à l'organisation de l'État et aux rapports de l'État avec les particuliers ». DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, Paris, Éditions La Mémoire du droit, (1913), 1999, p. IX.

différences sont progressivement prises en considération, notamment par la reconnaissance de spécificités identitaires. Concernant le droit des États-Unis, une telle mention d'indifférence aux différences pourrait encore être alléguée à condition d'appréhender la revendication des différences en tant que moyen pour contrer la différence. En effet, partis d'une conception *color blindness*²¹ tronquée et après avoir envisagé la reconnaissance des différences comme un instrument au service de l'universalisme, les États-Unis semblent s'orienter vers un équilibre précaire. Celui-ci se définit entre un idéal constitutionnel aveugle aux différences et une gestion pragmatique de la diversité. Ainsi, les nations française et américaine, notamment leur dimension unitaire, se trouvent en confrontation avec la diversité de leurs populations.

- **Approche sémantique**

- ***Les contours de l'idée de nation***

De la nation. Le concept de nation a évolué dans le temps. D'un point de vue étymologique, le mot nation vient du latin *natio* (naissance). Il se rattache donc à une idée de filiation, même si différentes acceptions seront par la suite développées. En effet, à la lecture de l'histoire des idées, la nation s'est trouvée appréhendée selon deux conceptions historiquement datées et culturellement ancrées: la conception française et la conception allemande²². Ce débat idéologique survient au sujet de la controverse portant sur la question de la nationalité en Alsace-Lorraine²³. Ainsi, pour E. Renan, la nation repose sur une idée volontariste et se fonde essentiellement sur une dimension psychologique²⁴. « Réalité choisie »²⁵, elle « est une grande solidarité » et exprime une volonté d'appartenance des hommes, un désir explicite et conscient de vivre ensemble, « sous » les mêmes règles, au-delà des différences de chacun. La

²¹ Le fait d'être aveugle aux différences (Traduction). Cette notion sera développée ultérieurement, voir notamment *infra* p.93.

²² Sur ces développements voir par exemple GIRARDET, R., *Le nationalisme français*, Paris, Le Seuil « Points-Histoire », 1983, 275p. GIRARDET, R., *Qu'est-ce qu'une nation?*, Paris, Imprimerie nationale, 1996, 260p. E. HOBSBAWM, *Nations et nationalisme depuis 1780*, Paris, Gallimard, 1992, 247p.

²³ La question s'est posée au moment de l'annexion de l'Alsace et de la Lorraine en 1870 par l'Allemagne. Ainsi, l'historien T. MOMMSEN justifiait cette annexion en termes de critères ethniques et linguistiques. En France des personnalités comme Fustel de Coulanges pensaient en termes de volonté des populations pour affirmer que l'Alsace et la Lorraine étaient françaises. En effet, l'illégitimité de l'annexion de l'Alsace et de la Lorraine ne pouvait que se fonder sur des critères subjectifs. Voir par exemple DOMESTICI-MET, M.-J., « La « Nation à la française », une exception française ? Un atout au temps de la mondialisation ?, présentation dans le cadre du colloque « Nation à la française ». Colloque de l'UMR 6201, du 22 octobre 2010, 9 p, p.3.

²⁴ Voir notamment son discours à la Sorbonne, RENAN, E., *Qu'est-ce qu'une nation ?* 1882. http://classiques.uqac.ca/classiques/renan_ernest/qu_est_ce_une_nation/renan_quest_ce_une_nation.pdf, Consulté le 19.09.2011.

²⁵ Voir DOMESTICI-MET, M.-J.-, « La « nation à la française », une exception française ? Un atout au temps de la mondialisation? », à paraître in LANFRANCHI, M.P., LECUCQ, O., NAZET-ALLOUCHE, D., (dir.) *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Journée de l'UMR 6201, Bruylant 2012, pp. 89-107, p.91.

nation est donc « une âme, un principe spirituel »²⁶. Cette conception était déjà présente dans l'esprit des révolutionnaires français mais elle se voit ici enrichie de l'historicisation et de la particularisation de la conscience et du sentiment d'appartenance nationale. On parle alors de nation politique ou civique. Dans ce cadre, le droit du sol y apparaît comme un corollaire essentiel participant de la détermination de l'acquisition de la nationalité²⁷. Ainsi, pour E. Renan, le construit national est avant tout politique et se réalise non pas à partir de groupes ethniques ou raciaux mais au contraire, à leur encontre²⁸. « C'est parce qu'ils ne veulent plus dire qu'ils sont Burgondes, Alains, Taïfales ou Visigoths que les habitants de la France peuvent être des citoyens français »²⁹.

La conception allemande de la nation³⁰ se rattache pour sa part à une acception naturaliste. Elle se base sur des éléments de définition matériels, plaçant la nation sous le signe du déterminisme. Elle traduit alors plutôt une cohésion de cet « individu collectif »³¹ autour d'éléments communs tels que la culture, la langue³² ou encore la religion. La notion d'appartenance identitaire se révèle ici primordiale. De ce fait, l'acquisition de la nationalité se rattache au droit du sang et la citoyenneté y est une réalité objective, indépendante de la volonté des individus. Ainsi, la nation acquiert une dimension objective proche de la conception de la « race »³³.

Bien que fondée sur un contexte particulier, cette confrontation idéologique historicisée a servi de socle à une réflexion séculaire. Elle repose sur le débat récurrent entre une référence à des critères objectifs et à des critères subjectifs. A considérer ces derniers, on pourrait postuler qu'il n'y aurait nation que lorsque les membres d'une société sont convaincus qu'ils

²⁶ Voir RENAN, E., *Qu'est-ce qu'une nation ?* op.cit.

²⁷ La révolution avait institué le droit du sang contre le droit du sol qui faisait de l'individu la propriété du roi. Mais le droit du sol a été réimposé afin de combler l'écart démographique qui se creusait. Le droit du sang exprime l'idée de maintien de l'identité ethnique alors même que le droit du sol renvoie à une démarche volontariste. Voir DOMESTICI-MET, M.-J.-, « La « nation à la française », une exception française ? Un atout au moment de la mondialisation ? », op.cit. p.93.

²⁸ Renan ne parle pas de race ou d'ethnie mais de critères ethnographiques. PUTIGNANT, P., STREFFENART, J., *Théorie de l'ethnicité*, Paris, PUF, 1999 (2^{ème} éd.), 269p., p. 38. Notons que si pour E. RENAN le facteur ethnique relève de l'objectivité contrairement à la subjectivité fondatrice des nations, pour M. Weber, l'objectivité ne sert qu'à expliquer la logique raciale. L'ethnie et la nation relèvent pour ce dernier du sentiment et de la représentation collective. *Ibid*, p.42.

²⁹ *Ibid*. p.37.

³⁰ FICHTE, J. G., *Discours à la nation allemande*, 1807-1808, trad. Alain Renaut, Paris, Imprimerie Nationale, 1992.

³¹ HERDER, *Idées pour la philosophie de l'histoire de l'humanité*, Presses Pocket, (1774), 1991.

³² Dans cette conception, les nations-mères, telle que par exemple la nation allemande qui a su conserver sa langue depuis l'antiquité, sont opposées aux nations de langues latines lesquelles ont relégué le latin antique pour adopter de nouvelles langues dérivées.

³³ Ce terme sera utilisé entre guillemets jusqu'à sa définition dans les développements ultérieurs, voir *infra* p. 40 et 249, s.

participent d'une même appartenance nationale. A envisager les critères objectifs, on énoncerait que la nation suppose l'existence d'éléments matériels combinés, tels qu'une langue commune, une religion partagée, une histoire particulière et/ou une culture spécifique.

Pourtant, si l'on se défait de cette opposition binaire traditionnelle, on peut postuler que la nation est avant tout une communauté humaine, identifiée dans des limites géographiques spécifiques bien que fluctuantes au cours de l'histoire et dont le trait commun supposé est la conscience d'appartenance à un même groupe, lequel a en commun une combinaison de traits distinctifs. Ces derniers peuvent se décliner de diverses manières, pouvant exister conjointement et/ou simultanément. Ces éléments sont notamment la culture, la langue, la religion en tant que foi ou culte, ou encore l'histoire politique et sociale. Aucun n'est indispensable. Aussi, des différences de mœurs peuvent exister au sein d'une même nation, différentes langues peuvent être parlées dans un même territoire national, ou encore des guerres de religions peuvent déchirer des nations de même obédience entre elles voire même en leur sein. De ce fait, ces éléments matériels constitutifs de la nation s'articulent différemment en fonction des contextes et des époques. Ils se combinent surtout avec une certaine conscience nationale. Cette autoreprésentation en tant que nation prend ses racines dans un sentiment d'identité historique, tout autant que dans un mythe fondateur et/ou dans un système de valeurs.

Des notions voisines. L'idée de nation se trouve en confrontation dans le sens de proximité différentielle avec d'autres notions exprimant l'idée de rattachement identitaire ou « entitaire »³⁴. Ainsi, la nation ne peut être confondue avec l'ethnie, le peuple, le nationalisme, la citoyenneté, l'État ou encore la République. Revenons sur chacun de ces concepts afin de mieux en cerner les nuances, et de fait, leurs différences par rapport à celui de nation.

Nation et ethnie. La nation n'est d'abord pas l'ethnie. Ne pouvant être amalgamés, ces termes renvoient à des réalités distinctes, même s'ils définissent tous deux des formes d'identité collective impliquant une certaine fixation de symboles identitaires³⁵. Les ethnies peuvent être

³⁴ Pour G. SAULUS, « L'adjectif entitaire est dérivé du substantif entité, du latin ens, entis, qui désigne une unité existante, un être unitaire, ce qu'on appelle « une chose ». SAULUS, G., « Le concept d'éprouvé d'existence Contribution à une meilleure lecture des particularités psycho développementales du polyhandicap », in, Korff-Sausse, S. (dir.) *La vie psychique des personnes handicapées*, Editions Eres, 2009. 240 p.

³⁵ Pour une analyse approfondie du concept d'ethnicité, voir PUTIGNANT, P., STREFF-FENART, J., *Théories de l'ethnicité*, suivi de BARTH, F., « Les groupes ethniques et leurs frontières », op.cit.

présentées comme « des groupes d'hommes qui se vivent comme les héritiers d'une communauté historique et culturelle et qui partagent la volonté de se maintenir »³⁶. En conséquence, le trait caractéristique de la distinction entre nation et ethnie résulterait du fait que ces dernières ne disposent pas d'une force politique autonome et/ou ne s'envisagent pas « comme une communauté politique séparée à l'intérieur de la société » dans laquelle elles sont englobées³⁷. Leur aspiration à l'autodétermination collective est moins forte que pour les communautés nationales³⁸. Pour M. Weber, le groupe ethnique, s'il partage avec la nation la croyance en la vie en commun, s'en distingue par l'absence de revendication d'une puissance publique³⁹. Par ailleurs, la solidarité qui résulte de l'appartenance à un groupe ethnique semble plus fondamentale que pour l'appartenance nationale rendant l'idée de dialectique identitaire basée sur une ascendance commune fondatrice et en ce sens, fondamentale⁴⁰. Orientée vers le passé, la croyance en l'origine commune fonde l'ethnicité⁴¹ et s'impose d'elle-même en tant que réalité. La nation, construction continue, peut donc concorder avec une ethnie mais peut aussi regrouper plusieurs ethnies. De même, les groupes ethniques, en tant que nations potentielles, peuvent s'ériger en groupes nationaux. Si les ethnies ont longtemps été considérées comme des sources potentielles de loyauté en concurrence avec la nation⁴² elles sont aujourd'hui de plus en plus appréhendées en tant que différenciation sociale concurrente de la classe⁴³.

Nation et peuple. La nation ne peut non plus être désignée par le concept de peuple en ce sens que ce dernier désigne la collectivité de fait des individus qui sont les ressortissants d'une nation. Si l'on se réfère aux caractéristiques énoncées par l'Unesco pour définir la notion de peuple⁴⁴, il constitue alors un groupe d'êtres humains ayant en commun des éléments

³⁶ SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard nrf essais, 1994, 320 p., p.29.

³⁷ BAUBÖCK, R., « Liberal Justifications for Ethnic Group Rights », in JOPPE, C., LUKES, S., (eds), *Multicultural Questions*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 267p, p.139.

³⁸ SABBAGH, D., « Nationalisme et multiculturalisme », *Critique internationale* n°23, avril 2004, 160 p., pp.113-124, p.114.

³⁹ M. WEBER différencie ainsi l'appartenance raciale, fondée sur une communauté d'origine, et l'appartenance ethnique fondée sur la croyance subjective en cette communauté d'origine. WEBER, M., *Economie et sociétés*, Paris, Plon, Tome 1, 1971.

⁴⁰ A noter que l'ethnie a longtemps été définie par la négative, opposée à la race, facteur d'une similitude anthropologique et à la Nation, référent d'une organisation politique. Pour cette distinction conceptuelle voir FRANCIS, E.K., « The nature of the Ethnic Group, *American Journal of Sociology*», March 1947, vol.52, n°5, pp.393-400.

⁴¹ Ce terme sera plus amplement défini ultérieurement, voir *infra* p. 37, p. 250 et s.

⁴² Voir GEERTZ, C., « The intégrative révolution. Primordial Sentiments and Civil Politics in the New States », in GEERTZ, C. (ed), *Old societies, new states*, New York, The Free Press, 1963, 310 p.

⁴³ Voir BRASS, P., *Ethnicity and Nationalism. Theory and Comparison*, London, Sage Publications, 1991.

⁴⁴ Voir UNESCO, « Nouvelles réflexions sur le concept de peuple », Rapport final et recommandations de la réunion internationale d'experts à Paris, 27-30 novembre 1989.

cumulatifs ou non, historiques, identitaires, culturels, linguistiques, religieux ou idéologiques ainsi que des liens territoriaux ou économiques⁴⁵. Le peuple est donc un élément de la nation, reflétant sa dimension humaine, en quelque sorte sa chair. Carré de Malberg soulignait que « le droit à la représentation réside, non pas individuellement ou divisément dans chacun des citoyens qui composent la nation mais indivisiblement dans leur collectivité totale »⁴⁶. Aussi le peuple constituerait un organe passager de la nation. Dans la constitution française, c'est lui qui est détenteur de la souveraineté nationale. Le préambule de la constitution américaine lui ne mentionne que le peuple⁴⁷. L'amalgame entre les termes nation et peuple, notamment chez les révolutionnaires français⁴⁸ viendrait notamment du fait que, dans la conception de Sieyès de la nation, cette dernière « s'exprime en souveraineté comme sujet juridique par l'exercice du pouvoir constituant, dont elle est le titulaire imprescriptible »⁴⁹. Aujourd'hui, les deux notions sont nettement différenciées. Au caractère concret du peuple s'oppose alors l'abstraction de la nation.

Nation et nationalisme. Par ailleurs, la nation n'implique pas nécessairement le nationalisme, ou tout au moins le nationalisme exacerbé. Le nationalisme se présente comme une idéologie, une doctrine formulée par des individus et des groupes. Il exprime en fait deux réalités distinctes: d'une part les revendications des ethnies à être reconnues comme des nations dans le sens de faire coïncider une communauté historique et culturelle avec une communauté politique; d'autre part la volonté de puissance des nations déjà constituées au dépend des

⁴⁵ Dans ce contexte, ce qui distingue spécifiquement le peuple d'une ethnie, c'est son désir d'être identifié comme un peuple ou sa conscience de peuple, tout autant que la manifestation de cette identité spécifique, par le biais d'institutions ou d'autres moyens d'expression.

⁴⁶ DE MALBERG, C., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t.I, p.242, cité in FAVOREU, L., GAÏA, P., CHEVONTIAN, R., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 529.

⁴⁷ Le préambule de la constitution américaine mentionne : « Nous, le peuple des Etats-Unis, (...), ordonnons et établissons la présente constitution pour les Etats-Unis d'Amérique ». Voir Constitution des Etats-Unis Annexe n°2. Dans la constitution française, l'article 2 est beaucoup plus explicite. Il énonce que le principe de la République est le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». L'article 3 complète cette disposition en explicitant que: « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Voir Constitution française, Annexe n°1. Notons toutefois que l'idée consacrant la souveraineté du peuple a été émise par la Constitution républicaine montagnarde, en 1793- an I. Sa sacralisation en 1958 a constitué une véritable révolution si ce n'est aberration par rapport à deux siècles de constitutionalisme français. En effet, la souveraineté de la nation ne pouvait s'exercer que par représentation alors que le peuple exerçait la souveraineté par le suffrage universel direct. C'est dans ce sens que l'article 3 de la DDHC mentionne « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation » et que l'article 1 du Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 stipule que « la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation: aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

⁴⁸ Voir CLERE, J.-J., « L'emploi des mots nation et peuple dans le langage politique de la Révolution française (1789-1799) », in Actes du colloque de Dijon, 6-7 avril 1994, *Nation et République. Les éléments du débat*, PUAM, 1995, p.51 et s.

⁴⁹ CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Paris Thémis droit, Puf, 2009, 466 p., p.323.

autres⁵⁰. Que l'on envisage un nationalisme d'affirmation ou d'expansion⁵¹, il s'incarne dans tous les cas dans des éléments caractéristiques et notamment une conscience nationale et un caractère national⁵². Pour réaliser son programme, le nationalisme peut s'ajouter à l'ethnicité car il lui « permet de fonder la nation dans une continuité historique et de lui fournir un sens du « nous » »⁵³. Une nation peut donc être plus ou moins nationaliste, le nationalisme pouvant être une caractéristique contingente de l'expérience nationale⁵⁴.

Nation et citoyenneté. La nation ou plus exactement la nationalité, n'est pas non plus la citoyenneté, bien que ces deux termes soient étroitement liés dans la tradition française⁵⁵. La citoyenneté se présente davantage comme un statut conférant un ensemble de prérogatives, de droits et devoirs traduisant « la nature de la relation inscrivant l'individu dans une entité sociale »⁵⁶. Elle est donc, la plupart du temps⁵⁷, une résultante de l'appartenance à une nation⁵⁸. Comme l'exprime D. Schnapper, elle se trouve au fondement de la modernité politique, qui naît avec les révolutions française et américaine au 18^{ème} siècle⁵⁹.

Nation et État. En outre, la nation ne peut être confondue avec l'État⁶⁰. Instrument de toute unité politique moderne, l'État se caractérise à la fois par un ensemble d'institutions et par des moyens de contrôle et de coercition. Son objet est précisément de créer et de maintenir la cohésion interne des unités politiques et de leur permettre d'exercer leur action à l'extérieur.

⁵⁰ SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, op.cit., p.36.

⁵¹ DESCHODT, J.-P., « Nationalisme contre nationalisme », in Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 15 et 16 mars 2007, *Que reste-t-il de la Nation dans la Constitution ?*, Editions Cujas, 2007, 230p., p.13. Notons qu'H. ARENDT différencie quant à elle le nationalisme intégral et le nationalisme ethnique. ARENDT, H., *L'impérialisme*, Fayard, 1968, p.177.

⁵² L'auteur rajoute le langage, le territoire, la religion de l'Etat. Il spécifie que cette entité nationale « s'affirme en fait, soit par la volonté de puissance, soit par la volonté de résistance. DESCHODT, J.-P., « Nationalisme contre nationalisme », p.10.

⁵³ PUTIGNANT, P., STREFF-FENART, J., *Théories de l'ethnicité*, op.cit., p.57.

⁵⁴ Pourtant, certains auteurs définissent le nationalisme comme « une théorie de la légitimité politique qui exige que les lignes de démarcation ethniques et les frontières politiques se superposent les unes aux autres ». Voir à ce titre GELLNER, E., *Nations and Nationalism*, Oxford, Blackwell, 1983, 150p, p. 1.

⁵⁵ Cette confusion résulte notamment du refus par la France de considérer l'existence de différentes nations sur son territoire. Ainsi l'individu se voit reconnaître des droits attachés à la citoyenneté en qualité de national par opposition aux étrangers. Il convient de nuancer ces propos en ce qui concerne les nationaux non citoyens, comme c'est le cas des mineurs.

⁵⁶ BADIE, B., PERRINEAU, P., (dir.), *Le citoyen, Mélanges offerts à Alain Lancelot*, Paris, Presses de Sciences po, 2000, 319p, p. 51.

⁵⁷ Nous étudierons plus en détail le lien nation et citoyenneté voir notamment *infra* p. 177-201, 576-577.

⁵⁸ Aussi, les citoyens sont les composantes de la nation, réunis au sein d'une communauté à laquelle ils s'intègrent. Voir DOMESTICI-MET, M.-J., « La « Nation à la française », une exception française ? Un atout au temps de la mondialisation ? », op.cit., p.91.

⁵⁹ SCHNAPPER, D., *Qu'est-ce que la citoyenneté?*, Paris, Folio actuel, 2000, 320p., p.23.

⁶⁰ Du mot *status*, (statut, situation), l'Etat suppose la réunion de trois éléments : « Un territoire, une population et un pouvoir politique « souverain », qui décide en dernier ressort. FAVOREU, L., GAÏA, P., CHEVONTIAN, R., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p.2.

Comme le souligne D. Schnapper, dans le cas de la nation démocratique, l'État est le support rationnel de la nation et l'expression objective de l'identité collective devenue politique⁶¹. Il se présente alors comme un instrument de la nation. En même temps, il semble que la nation soit, au même titre que l'idée de contrat, un facteur de l'existence de l'État en tant que « cadre anthropologiquement définissable d'identifications »⁶². Ainsi, comme le spécifiait M. Oriol, « la Nation est présupposée par l'État comme ensemble de contenus géographiques, linguistiques, « culturels » au sens étroit du mot qui rendent possible la définition de l'expression de la volonté générale »⁶³. Pour autant, État et nation sont deux termes qui s'utilisent souvent de manière interchangeable⁶⁴, le terme national signifiant de plus en plus tout ce qui est conduit et régulé par l'État⁶⁵. Aussi en France « à partir, surtout de la période révolutionnaire, la « nation » est explicitement mise en rapport avec l'Etat et cela sous diverses variantes »⁶⁶. Aux Etats-Unis, les présidents utilisent volontiers l'expression « This nation »⁶⁷ pour parler de l'Etat. Néanmoins une telle assimilation systématique ne peut et ne doit avoir lieu. En effet, comme nous le verrons ultérieurement, s'il peut y avoir coïncidence entre État et nation, cas de figure illustré au sein des États-nations, une telle corrélation n'est en rien automatique. De plus, l'idée d'État-nation semble aujourd'hui de plus en plus remise en question, en tant que phase de l'évolution politique qui aurait vocation à être dépassée en faveur d'ensembles politiques et institutionnels *infra* ou *supra* étatiques⁶⁸. En outre, une dissociation de ces deux termes est nécessaire, étant donné qu'ils ne relèvent pas de la même dimension. L'État est une réalité juridique alors que la nation est une donnée sociologique, traduisant l'existence d'une communauté de citoyens⁶⁹, même si tous les deux sont des objets politiques. En effet, une nation peut ne pas être dotée d'un État⁷⁰ tout comme un État peut

⁶¹ SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, op.cit., p36.

⁶² PUTIGNANT, P., STREFF-FENART, J., *Théories de l'ethnicité*, op.cit., p.52.

⁶³ ORIOL, M., (dir.), *Les variations de l'identité. Etude de l'évolution de l'identité culturelle des enfants d'émigrés portugais en France et au Portugal*. Rapport final de l'ATP CNRS 054, T.1, IDERIC, Nice, 1984. p.86 cité dans *ibid.*, p52.

⁶⁴ C'est surtout le cas aux Etats-Unis où l'on parle de « *This nation* » pour désigner le pays.

⁶⁵ R. BRUBAKER rappelle que ce n'est que dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle que l'on parle de nationaux et nationalité pour désigner l'appartenance formelle à un Etat, conférant à la nationalité un sens ethnoculturel. BRUBAKER, R., « De l'immigré au citoyen », Actes de la Recherche en Sciences Sociales, n°99, sept, 1993, p.3-25.

⁶⁶ *Ibid.* p.38. Les auteurs rappellent la définition donnée par le dictionnaire de l'Académie française de 1694 qui définit la nation comme « tous les habitants d'un même Etat, d'un même pays, qui vivent sous les mêmes lois et usent du même langage ». *Ibid.*, p. 3.

⁶⁷ « Cette nation » (Notre traduction).

⁶⁸ L'exemple de l'Union Européenne par rapport à la France. Voir *infra* pp.102-106.

⁶⁹ Dans certains pays en développement, longtemps dénommés pays du « Tiers-monde », l'Etat a précédé la nation à tel point que certains auteurs parlent de nation non constituée. GICQUEL, J., et GICQUEL, J-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 21^{ème} édition, Montchrestien, 2007, 792 p, p.57.

⁷⁰ On peut citer l'exemple de la nation palestinienne ou encore la nation québécoise qui disposent d'un territoire, d'une population, mais pas d'organisation politique à même d'assurer la pleine souveraineté. Ces nations ne disposent que d'une autorité politique territoriale.

englober plusieurs nations⁷¹. De plus, un État peut exister sans être considéré comme une nation à part entière ce qui est le cas de certains États fédérés constituant une fédération. Enfin, seul l'État est juridiquement reconnu comme sujet de droit international⁷².

Nation et République. En dernier lieu, la nation n'est pas la République. La République désigne un régime de gouvernement dans lequel le pouvoir est exercé par le peuple et pour le peuple, par le biais d'une délégation de pouvoir⁷³. Opposée à la monarchie, elle peut être plus ou moins démocratique et s'appliquer à une nation ou à un ensemble de nations. Si aujourd'hui la République a plusieurs connotations, fermée voire conservatrice, ou au contraire ouverte à tous, l'idée romaine de *res publica*⁷⁴ a néanmoins nourri la gestion des affaires publiques⁷⁵. Dans une acception abstraite, l'identité de la République est de n'avoir aucun particularisme, en somme, de posséder une identité sans identités. La corrélation entre République et nation, bien plus que naturelle, est, dans les deux contextes qui nous intéressent, instrumentale. En effet, les révolutions française et américaine ont vu poindre une nouvelle légitimité, muée en sacralité, la nation, dont la République a ensuite servi de cadre structurel pour un développement optimal, unitaire et sécurisant⁷⁶. A ce titre, les nations française et étasunienne ont donc pour instruments des États républicains.

Ainsi, la nation n'est pas un concept appelant à une réalité univoque mais peut se traduire par différentes déclinaisons, au regard de son articulation avec une ou des ethnies, un peuple, un État, ou encore un système républicain. Précisément, cette nationalisation des contextes renvoie à une pluralité de manifestations nationales. A considérer la définition donnée antérieurement, la nation recèle la diversité alors même qu'elle invite à l'unité. L'idéologie

⁷¹ On relèvera les exemples de l'empire Austro Hongrois, de la Turquie aujourd'hui ou encore du Royaume Uni.

⁷² Voir DUPUY, P.M., et KERBRAT, Y., *Droit International public*, Paris Dalloz, Coll. précis, 10^{ème} éd., 2010, 919p.

⁷³ L'article 2 de la constitution du 4 octobre 1958 énonce en effet que le principe de la République est un « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. » Voir Constitution française, Annexe n°1.

⁷⁴ La chose publique (Traduction). Depuis Rome, jusqu'à Bodin et Montesquieu, la *res publica* désignait l'Etat lui-même. CASTALDO, A., TIMBAL, P.C., MAUSEN, Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Précis Dalloz Droit public, 12^{ème} éd., 2009.

⁷⁵ Notons cependant que la Révolution française s'est faite sans la République et que J. BODIN a écrit les 6 livres de la République sous la monarchie. BODIN, J., *Les Six Livres de la République*, Le Livre de Poche, Paris, Librairie générale française, 1993, 607p.

⁷⁶ La République est postérieure à la nation. En France, la révolution nationale s'est faite de 1789 à 1791 avec la monarchie constitutionnelle. Or, la République est proclamée le 22 septembre 1792 par la Convention. Sur ces développements, Voir FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., pp.536-543.

jacobine de la République française⁷⁷ et l'idéologie pluraliste de la République américaine ont pourtant toutes deux envisagé le dogme de l'unité de l'État-nation. Néanmoins, ces deux référents nationaux ont une expérience nationale spécifique, qui peut résulter d'une pluralité d'expériences nationales endogènes, dans le temps et dans l'espace.

Nation civique et nation ethnique. Une typologie de la nation pourrait s'appréhender sur la base d'une distinction classique opposant un nationalisme civique et politique⁷⁸ à un nationalisme ethnique et culturel⁷⁹. Pour autant, il n'est pas certain que l'on puisse assimiler sans nuance la France au premier modèle et les États-Unis au second. En effet, dans les deux contextes, la promotion d'une langue commune et d'une culture nationale est une réalité, et ce, que l'on s'attache à la genèse de ces deux archétypes, ou à leur développement et réalités actuelles. Ainsi, la France et les États-Unis sont toutes deux des nations civiques et politiques conçues sur un mode universaliste, basées sur un égalitarisme constitutionnellement prôné et articulé autour des valeurs de la démocratie libérale. Ce que M. Walzer dénomme les « Américains à trait d'union »⁸⁰ ne fait que refléter le caractère premier du rattachement civilo-politique à la nation américaine, avant toute identification ethno-culturelle⁸¹. Le nationalisme ethnique et culturel qui transparait de l'expérience américaine se retrouve dans une certaine mesure en France, notamment depuis le XX^{ème} siècle. En effet, et comme nous le verrons ultérieurement, la communauté nationale a particularisé son droit, orchestrant une certaine articulation des statuts basés sur des référents ethniques et/ou culturels. Ainsi on peut parler de communautés ethno-culturelles⁸² dans les deux contextes. Les dites communautés sont structurées autour d'une culture sociétale⁸³, laquelle fonde à son tour une culture sociétale nationale par le biais d'une auto-représentation. Pour ce faire, il nous faudrait sortir des deux

⁷⁷ Il convient de souligner que le jacobinisme n'est pas concomitant à la République même s'il a très vite marqué le républicanisme du sceau du centralisme. En effet, le jacobinisme s'installe avec la victoire des Montagnards. Pour plus de détails voir nos développements *infra* p.95.

⁷⁸ Voir IGNATIEFF, M., *Blood and Belonging: Journeys Into the New Nationalism*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1993, 263p; PFAFF, W., *The Wrath of Nations: Civilization and the Furies of Nationalism*, New York, Simon and Schuster, 1994, 256p., SMITH, A.D., *National Identity*, Harmondsworth, Penguin, 1993.

⁷⁹ KYMLICKA, W., *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 383p, p. 41; *States, Nations and Cultures*, Assen, Van Gorcum, 1997, p. 27; DIECKHOFF, A., « La déconstruction d'une illusion: l'introuvable opposition entre nationalisme politique et nationalisme culturel », *L'Année sociologique*, 46 (1), 1996, p. 43-55.

⁸⁰ La mention originale est: *The hyphenated American*. Par américain à trait d'union, M., WALZER parle par exemple des « afro-américains », ou des « latinos-américains ». Voir WALZER, M., *What it means to be an American, Essays on the American Experience*, Marsilio Publisher, New York, 1996, p.15.

⁸¹ Soulignons ici un certain paradoxe sémantique dans les mentions « afro-américains », « latinos-américains », etc., En effet, le caractère premier est le caractère américain. Or, en raison de la grammaire anglaise, l'adjectif est placé en premier lieu ce qui donnerait à penser à tort que ce premier terme est prépondérant.

⁸² KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 280p, p. 18.

⁸³ Les cultures sociétales sont définies comme des structures de culture: langue publique commune parlée, histoire publique commune, institutions publiques communes, luttes sociales communes.

archétypes traditionnels de la nation civique et de la nation ethnique, en considérant qu'une typologie basée sur le caractère polyethnique, pluriculturel et même multinational puisse être plus pertinente pour envisager nos deux contextes d'analyse⁸⁴. Pour autant, les individus peuvent se reconnaître dans un pluralisme identitaire, notamment en raison du caractère dynamique de l'identité, tant dans sa dimension individuelle que nationale.

- *La confrontation de la nation avec la diversité*

Si l'on s'attache aux caractéristiques de la population française et américaine, on peut donc parler d'une importante diversité ethnoculturelle. En raison de son histoire, notamment de son passé colonial et de son expérience migratoire, l'*Hexagone*⁸⁵ compte avec la coexistence et la cohabitation d'individus et/ou de groupes porteurs de référents identitaires multiples et hétérogènes⁸⁶. F. Braudel affirmait même que, bien plus que de se nommer diversité, « la France est diversité »⁸⁷. Nous verrons d'ailleurs ultérieurement qu'à la diversité démographique se superpose dans une certaine mesure une diversité normative⁸⁸. Or le droit français peine à concevoir la diversité comme un élément de la nation française. En effet, le modèle républicain développé depuis la Révolution oppose traditionnellement le principe fondamental d'universalisme à toute idée de reconnaissance publique et institutionnelle des identités collectives, et de ce fait, de la diversité ethnoculturelle. Pour autant, on assiste tant d'un point de vue constitutionnel que législatif et jurisprudentiel à un processus réognitif des identités ethnoculturelles. Cette catégorisation identitaire tend à donner un contenu juridique au concept de diversité. Cette normativité supposée devra être analysée afin d'apprécier l'existence, la pertinence et la valeur juridique d'un principe de diversité.

⁸⁴ Si l'on s'en remet à une nomenclature plus détaillée on pourrait considérer la différence entre nation ethnique (où les individus se représentent comme ayant des origines ancestrales commune), nation culturelle (où les personnes se représentent comme ayant des origines ancestrales diverses tout en étant pleinement assimilées à une même communauté linguistique, à ses institutions et à son histoire), nation purement civique (qui équivaut à un pays ou un état souverain), nation socio politique (communauté politique polyethnique et pluriculturelle et non souveraine ressemblant sur le plan sociologique une majorité nationale, des minorités nationales et des communautés issues de l'immigration), ou encore nation diasporique (qui suppose l'étalement de communautés sur des territoires discontinus qui sont minoritaires sur chacun de ces territoires mais qui partagent la même culture). SEYMOUR, M., *Multiculturalisme, identité et nation*, op.cit., p.4.

⁸⁵ Cette référence géométrique est particulièrement révélatrice de la conception centralisée de la France, puisque par cette image on « oublie » que la France est constituée à 17 % par l'Outre-Mer. Source : http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?ref_id=NATTEF01209. Consulté le 01.01.2011.

⁸⁶ ROULAND, N., « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, France, n°46, 2000, p 519-545.

⁸⁷ BRAUDEL, F., *L'identité de la France*, Arthaud-Flammarion, 1987.

⁸⁸ Pour un état actuel du droit, voir les développements *infra* p.335 et s., Pour une approche prospective, voir les développements *infra* p.525 et s.

Aux États-Unis, la diversité semble être au cœur du processus national bien que sa définition et son appréhension aient varié tout au long de l'histoire de la République et que le terme même de diversité ne figure pas dans le texte constitutionnel. Les États-Unis sont nés et se sont développés par l'agrégat de personnes venues en nombre toujours croissant fouler ce sol et adhérer à un projet national. Face à ce contexte particulier, le droit américain a envisagé la diversité ethno-raciale de façon ambiguë et non-linéaire: constitutionnalisant d'abord une infériorisation raciale, s'accommodant ensuite d'une ségrégation raciale sous couvert d'égalité politique pour enfin s'orienter vers une reconnaissance des particularismes comme condition de l'égalité sociale. Aujourd'hui, le modèle est remis en question, entre reconnaissance toujours plus nette des différences -conformément à l'objectif de diversité- et environnement jurisprudentiel devenant plus prudent, dans une volonté de promouvoir l'unité. Il semble alors opportun de s'interroger sur le statut juridique de la diversité américaine.

La dialectique⁸⁹ de l'identité, porteuse de diversité. Dans les développements suivants, nous verrons progressivement s'installer cette tension, entre l'universalisme et des particularismes⁹⁰, qui se traduit en France comme aux États-Unis par la prégnance de la reconnaissance des identités particulières. Toutefois, parler de la notion d'identité dans le champ juridique⁹¹, tout au moins dans la sphère publique, n'est pas chose aisée⁹². Le concept d'identité ne donne pas lieu à une acception consensuelle⁹³. La complexité terminologique résulte notamment du caractère doublement dialogique⁹⁴ de cette notion. Ce dernier se révèle en partie par sa possible déclinaison au singulier et au pluriel, illustration de son articulation

⁸⁹ Par dialectique nous entendons une méthode de raisonnement qui consiste à analyser la réalité en mettant en évidence les contradictions de celle-ci et à chercher à les dépasser. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/dialectique/25177>. Consulté le 01.09.2011. C'est-à-dire que l'identité se construit également par la confrontation d'idées et la synthèse de celle-ci. Elle est donc un processus réflexif de construction permanente.

⁹⁰ SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994, 228p, p.50.

⁹¹ KOUBI, G., « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND, N., *Le droit à la différence*, Aix-Marseille, PUAM, 2002, 310p, p. 263.

⁹² L'identité est une donnée incontournable du droit privé. Dans le dictionnaire de l'Académie française, l'identité, dans le domaine juridique, correspond à « la personnalité civile d'un individu, légalement reconnue ou constatée », http://dictionnaire.la-connaissance.net/dictionnaire-definition_mot-identite_3_i_d_6941.html. Consulté le 01.09.2011. Voir aussi BERNARD, A., « L'identité des personnes physiques en droit privé. Remarques en guise d'introduction », in *L'identité politique*, PUF, 1994, 495p, p.127.

⁹³ Cela résulte notamment du fait que « L'identité se pense en termes de pluralité, de complexité, de négociation et de stratégie ». ABDALLAH-PRETREILLE, M., « Pour un humanisme du divers », *VST-Vie sociale et traitements*, 2005/3, n°87, p.34-41, p.36.

⁹⁴ Par dialogique nous entendons ce qui se présente sous la forme d'un dialogue. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/dialogique/25187>. Consulté le 3.09.2011. C'est-à-dire que l'identité se forge par le dialogue entre notre propre conception du « moi » et l'interaction entre notre « moi » et l'« autre ».

dans l'un et le multiple. En effet, l'identité est une donnée à la fois pérenne et contingente, qui se construit par la structuration de sens et de valeurs, conduisant à la production d'une unité suffisante, « le moi », à laquelle se combine une faculté d'adaptation à l'environnement, « le moi et... »⁹⁵. Ainsi, un individu se détermine tout autant sur la base de ce qu'il est et de ce qu'il n'est pas, puisant « dans ses racines culturelles le sentiment de solidarité qui l'unit à ceux qui les partagent et le sentiment d'identité qui le différencie des autres »⁹⁶. En outre, l'identité est une donnée individuelle s'articulant avec une dimension collective, à travers des appartenances ou sentiments d'appartenances⁹⁷, lesquels peuvent s'intégrer à différents niveaux⁹⁸. Ces identités collectives se structurent autour de références particulières auxquelles se rattachent un individu ou un groupe d'individus, tant dans la construction de la « mêmété », c'est-à-dire la continuité dans le temps et dans l'espace, que dans l'« ipséité », à savoir la perception du « soi », en l'occurrence du « nous » dans son unicité⁹⁹. Ces références qui scellent l'appartenance à un corpus et dessinent une frontière avec d'autres individus ou groupes, peuvent se fonder sur des éléments matériels, historiques, sociaux et/ou culturels¹⁰⁰. Identification tout autant que personnalité, l'identité répond à une dimension d'état civil; mais elle est tout autant le marqueur d'une individualisation et de choix personnels, inscrit dans une série de rattachements et/ou de choix de vie¹⁰¹.

Pour la définition des référents identitaires ethnoculturels, l'appartenance ou le « sentiment d'identité » s'expriment de diverses manières, par exemple sur une base linguistique ou religieuse, mais aussi en référence à l'ethnicité ou à la culture. Ils sont également susceptibles de se définir en termes raciaux¹⁰². Quels que soient les éléments de son rattachement,

⁹⁵ FERREOL, G., JUCQUOIS, G., *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles, Diversité*, Armand Colin, 2003, 353p, pp.155-161.

⁹⁶ Rapport public, Études et documents du Conseil D'État, n°48, Paris, La Documentation française, 1997, p.67.

⁹⁷ Certains auteurs préfèrent parler de « sentiment d'identité ». C'est par exemple le cas de GUTMANN, D., *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, thèse de droit privée, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 327, 2000, 520 p. Pour D. GUTMANN, ce sentiment d'identité peut s'appréhender dans le temps « sentiment de la personne de demeurer la même à travers le temps » et dans l'espace « sentiment de rester le même à travers la pluralité des situations de confrontation avec autrui ». On parle alors de dimension iachronique dans le premier cas et synchronique dans le second. GUTMANN, D, « Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 52 N°4. Octobre-décembre. pp. 974-976, p.974.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18652, Consulté le 16.10. 2011.

⁹⁸ Par exemple, le niveau communautaire, local, régional, national ou supra national.

⁹⁹ Concepts de « mêmété » et d'« ipséité » dégagés par Paul Ricœur. RICŒUR, P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, 424p.

¹⁰⁰ DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, Paris, ANRT, 2003, 344p, p.4.

¹⁰¹ BIOY, X., « L'identité de la personne devant le conseil constitutionnel », *RFDC*, n°65, janvier 2006, pp.73-95, p.74.

¹⁰² Le terme race est entendu d'un point de vue sociologique et non biologique. Dans l'ensemble, nous n'utiliserons pas ce terme comme un objet mais comme une notion qui rend compte d'expériences sociales. Nous

l'identité communautaire se construit sur la base d'une logique unificatrice qu'un ensemble humain reconnaît comme sienne. Ainsi, à partir d'un système de sens, les communautés humaines vont se penser comme des existants historiques constitués. De là, la différence entre l'appartenance individuelle et l'appartenance collective va se structurer. Si l'on peut considérer l'homme comme étant poly-identitaire¹⁰³, avec des références évolutives, le groupe s'avère être un espace de conservation identitaire, plus ou moins statique.

Au regard de ce qui précède, émergent les problématiques inhérentes à toute prise en compte des identités ethnoculturelles, entendues d'un point de vue individuel et/ou collectif à la fois par le constituant, le législateur et le juge¹⁰⁴. Par conséquent, la première difficulté va résider dans le fait de saisir l'objet identitaire. La très relative perméabilité des identités aux arguments rationnels se heurte en effet à la logique et à la rigueur juridique. De plus, le processus normatif, en rationalisant l'appartenance, peut conduire à vider les identités de leur substrat relationnel, et partant, de leur essence. En outre, le fait de saisir l'identité par le droit interroge en ce sens que d'une part, toute catégorisation juridique implique une fixation et d'autre part, qu'elle engendre une essentialisation des caractéristiques propres à chaque catégorie. Ainsi, sous le prétexte de reconnaître des existants, le droit peut favoriser la création de groupes -ou, tout au moins, leur cristallisation-, les légitimer et ce faisant, contribuer à un certain enfermement catégoriel. Enfin, la conciliation entre la prise en compte des identités dans la sphère publique et les impératifs du droit public, notamment en termes d'égalité et de non-discrimination, n'est guère aisée. Ces problématiques prennent de plus en

proposons de différencier le mot race, caractérisé par son usage objectivant, du terme « race » utilisé avec des guillemets pour illustrer son usage catégoriel. L'utilisation du terme racial renverra alors à la catégorie. Sur ces questions voir HIERNAUX, J., « Race », in MICHEL, B., et MICHEL, I., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 1991, 755p, pp. 611-612. Pour autant, la référence au caractère racial demeure, la race étant « une catégorie opératoire du sens commun ». Voir TAGUIEFF, P. A., *Le Racisme*, les cahiers du CEVIPOF, 1998, n° 20, 129p, pp. 4-104. P. NDIAYE spécifie que le « facteur mélanique est un fait de nature, mais son interprétation a été un fait de culture ». Il explique que son utilisation actuelle dans les sciences sociales ne rime pas avec reconnaissance d'une réalité objective biologique mais avec « la reconnaissance pragmatique de son existence imaginaire et de ses effets sociaux ». NDIAYE, P., *La condition noire, Essai sur une minorité française*, Clamann Lévy, Paris, 2008, 435p, p. 33.

¹⁰³ MORIN, E., *Penser l'Europe*, Paris, Gallimard, 1997, 265p. En effet, chaque personne est porteuse d'identités différentielles. Par exemple, une femme, d'une région donnée, parlant un dialecte spécifique et pratiquant une religion particulière aura plusieurs identités mobilisables. Elle pourra revendiquer une ou plusieurs sentiments d'appartenances sur la base d'une, de plusieurs voire de tous ces éléments identitaires. E. MORIN explicite par ailleurs sa pensée énonçant : « Nous sommes tous des poly-identitaires, dans le sens où nous unissons en nous une identité familiale, une identité transnationale, éventuellement, une identité confessionnelle ou doctrinale. », cité in VALLEJO-GOMEZ, N., « La pensée complexe: Antidote pour les pensées uniques, Entretien avec Edgar Morin », *Synergies Monde* n° 4 - 2008 pp. 249-262, p.251.

¹⁰⁴ X. BIOY montre que « le droit des personnes n'a pas réellement développé de bases constitutionnelles ». Il souligne que « contrairement aux droits constitutionnels animés par un recours par voie d'exception, le droit constitutionnel français ne s'ancre guère dans les questions civiles ». BIOY, X., « L'identité de la personne devant le conseil constitutionnel », op.cit., p.73-74.

plus sens en raison de la manifestation accrue, essentiellement dans la sphère publique, des identités ethnoculturelles. Cette présence constitue une des caractéristiques prépondérantes des deux sociétés considérées. Dans ce contexte, il est nécessaire de mieux saisir l'objet « diversité » en spécifiant sa signification et en s'évertuant à énoncer ses attributs.

Pour une définition de la diversité et de la diversité ethnoculturelle. Face à la difficulté de trouver une définition consensuelle, nous nous rattacherons au positionnement de P. Schuck pour qui la diversité « représente les différences de valeurs, d'attributs ou d'activités entre les individus ou les groupes que la société estime pertinentes pour l'appréhension du comportement de ces personnes, individus ou groupes »¹⁰⁵. Cette saisie sociétale va servir de fondement à la définition de leur statut social. Protéiforme, le concept de diversité s'est imposé dans le discours public américain dans les années 1970 et sur la scène publique française dans les années 2000¹⁰⁶. Objet de légitimation des politiques d'*Affirmative action*¹⁰⁷ aux États-Unis et point d'intérêt gouvernemental incontournable¹⁰⁸, il est devenu un *credo* communicationnel en France, aux confins du politique, de l'économique et du juridique¹⁰⁹. Encensée ou jugée pernicieuse, la notion de diversité a évolué dans les deux contextes, sa définition étant contextuelle et souvent instrumentalisée¹¹⁰. Du latin *diversitas*, dérivé de *diversus*, « qui est en sens opposé », ce terme polysémique renvoie originellement tout autant aux différences qu'aux divergences, à l'inégalité des chances voire même à « la malveillance et à l'opposition »¹¹¹.

Traduisant d'abord des différences, le concept de diversité révèle aujourd'hui, en plus de l'idée de multiplicité et de variété des êtres vivants ainsi que la perspective d'évolution au

¹⁰⁵ SCHUCK, P. H., *Diversity in America, Keeping government at a safe distance*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, vol13, No 8, 444p, p.7.

¹⁰⁶ La décennie 2000-2010 est marquée en France par une explosion de ce terme sur la scène publique. En témoigne par exemple les trois rapports commandés par le Président Sarkozy et remis par Michel Wieviorka en octobre 2008, par le comité présidé par Simone Veil en décembre 2008 et par Yazid Sabeg, le commissaire à la Diversité et à l'égalité des chances, en mai 2009. Il sera fait référence à ceux-ci dans les développements ultérieurs. Voir *infra* pp. 482-485.

¹⁰⁷ Discrimination positive (Traduction). Sur cette notion voir les développements principaux *infra* pp. 415-425.

¹⁰⁸ Diversity is viewed as a « compelling governmental interest ». PRETTO-SAKMANN, A., *Private Suppliers Of Law: Diversity For Lawmakers*, 30 VT. L. REV. 921, 921, 2006. Voir aussi BOLLINGER, G. V., 539 U.S. 306, 326, 328 (2003); BOLLINGER, G. V., 539 U.S. 244, 268 (2003).

¹⁰⁹ JUNTER, A., et SENAC-SLAWINSKI, R., « La diversité sans droit ni obligation », *Revue de L'OFCE*, 114, Juillet, 2010, pp.167-195., p.168.

¹¹⁰ Sur le caractère instrumental d'un point de vue critique, Voir MICHAELS, W. B., *La diversité contre l'égalité*, Paris, Raisons d'agir, 2009, 155p. Pour une critique de cet ouvrage, Voir SABBAGH, D., « Les ravages de la pensée moniste : à propos de la diversité contre l'égalité », in MICHAELS, W. B., *Raisons d'agir*, 2009 », *Mouvements*, n°61 janvier-mars 2010, 184p, p.172-180.

¹¹¹ JUNTER, A., et SENAC-SLAWINSKI, R., *op.cit.*, p 169.

sein des différentes catégories¹¹². Ainsi donc, la diversité ne sert plus seulement à décrire une classification définitive entre différents éléments mais permet de refléter une gamme de possibilités¹¹³. Il apparaît que c'est un « mot valise »¹¹⁴ qui traduit aussi bien un constat qu'une revendication, c'est-à-dire un projet politique. Ce terme est en fait emprunté au domaine de la biologie dans lequel on trouve le vocable de biodiversité¹¹⁵. Néanmoins, cette transposition d'un domaine à l'autre ne reflète que la dimension « état des lieux », la vidant donc de tout substrat politique. Or, le concept de diversité semble bien exprimer à la fois une, voire des situations à sauvegarder mais également à promouvoir¹¹⁶. Relevant alors de l'appréciation¹¹⁷, la diversité telle que nous allons l'envisager traduit à la fois un fait et un idéal, un référent, tout autant descriptif que normatif et une donnée, tant individuelle que collective. Aux États-Unis, P. Wood distingue d'ailleurs la « diversité » dans son sens « ancien », traduisant la relation entre des groupes culturellement distincts de la « *diversité* » dans son sens nouveau¹¹⁸ qui « *tends to elevate many-ness for its own sake* »¹¹⁹.

Dans notre approche, **nous privilégierons le terme de diversité ethnoculturelle** en lieu et place du terme général de diversité, même s'il faut bien convenir qu'il est loin d'être idéal¹²⁰. Cette référence terminologique nous permet alors d'englober les dimensions culturelles, linguistiques, religieuses et ethniques en se fondant ou non sur une assise territoriale¹²¹.

¹¹² Cette conception s'est principalement développée au début du XIX 4^{ème} siècle, où « une nouvelle épistémé se mit en place. Elle prenait comme fondement non seulement la diversité des êtres vivants, mais surtout l'hypothèse d'une évolution d'une catégorie à l'autre ». FERREOL, G., JUCQUOIS, G., *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles, Diversité, op.cit.*, pp. 97-102, p.98.

¹¹³ *Ibid.*, p.97-102.

¹¹⁴ REGOURD, S., *Avant-Propos, De l'exception à la diversité culturelle*, Problèmes politiques et sociaux, la Documentation française, n° 904, septembre 2004, p.5.

¹¹⁵ REGOURD, S., *L'exception culturelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, 127p, p.49. Le mot biodiversité, composé à partir des mots biologie et diversité, désigne la diversité du monde vivant au sein de la nature. Il englobe la diversité humaine mais la dépasse en considérant toutes les espèces vivantes. L'usage du terme diversité dans le champ de la biologie lui a conféré une première légitimité scientifique.

¹¹⁶ REGOURD, S., *Avant-Propos, De l'exception à la diversité culturelle*, op.cit., p.5.

¹¹⁷ « *Diversity is a matter of degree, not an absolute* », (La diversité est une affaire de degrés, et non un absolu), SCHUCK, P. H., *Diversity in America*, op.cit., p.9.

¹¹⁸ La diversité dans ce sens est écrite en italique *diversity*. Voir WOOD, P., *Diversity, The invention of a concept*, San Francisco, California, Encounter Books, 2003, 371p, p.6-8.

¹¹⁹ Tend à élever la diversité en tant que valeur intrinsèque (Notre traduction). WOOD, P., *Diversity, The invention of a concept*, Encounter Books, San Francisco, California, 2003, 371p, pp.6-8.

¹²⁰ M. WIOVIORKA appuie bien sur l'idée que le terme même de diversité n'est pas idéal mais qu'il présente cependant un certain nombre d'avantages. Il permet d'éviter la réduction à l'un mais aussi aux pensées binaires, de « rejeter les tendances à la négation des différences » et de prendre en compte les différences et les discriminations. WIOVIORKA, M., *La Diversité, Rapport à la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, Paris, Robert Laffont, 2008, 230p, pp. 73-76.

¹²¹ Par ce choix sémantique, nous excluons de la réflexion la spécificité de la diversité sexuelle appréhendée en termes de genre, tout autant que celle exprimée sur la base de référents socio-économiques même si leur analyse pourra nous servir de référence.

Nous entendons par conséquent nous référer à la diversité des origines des personnes vivant sur le territoire national français ou américain, recoupant par conséquent les concepts flous et proches que sont ceux d'ethnie, de « race », d'appartenance identitaire et/ou culturelle, tout autant que de diversité linguistique et de croyances religieuses. Tous ces termes expriment l'idée de différence. Pour autant, qualifier expressément cette diversité et lui adosser un seul adjectif, en en faisant une diversité « uniquement » raciale, ethnique, identitaire, culturelle ou encore religieuse ne nous semble pas rendre compte de la complexité et de l'imbrication de toutes ces dimensions. Par ailleurs, l'emploi du terme identitaire est trop général, renvoyant à toutes les références précitées y compris au sexe et à l'âge¹²². Ceux de linguistique, religieux, racial et ethnique sont trop spécifiques, cristallisant les catégories. La référence ethno-raciale, que l'on retrouve aux États-Unis, est d'emploi plus délicat en France en raison de la suspicion contemporaine attachée au mot « race »¹²³. Enfin, le terme de diversité culturelle est démesurément généralisant, le principe de diversité culturelle faisant lui-même l'objet d'une appréhension spécifique en droit international¹²⁴.

L'apposition de la mention « ethno » à l'adjectif « culturel » permet alors de circonscrire la diversité et de refléter la dimension innée et acquise de l'identité, traduction d'un processus tout autant hérité que construit, qui s'élabore à la conjonction de l'auto-identification et de l'exo-identification¹²⁵. Il favorise le lien avec le sentiment d'appartenance des personnes, lui-même corrélé à la référence à des pratiques et à l'affiliation à un groupe. Il n'exclut pas non plus une identification phénotypique ou déterminée sur une base mélanique tout en évitant toutefois d'en faire un élément essentialisant ou exclusif. Le terme diversité ethnoculturelle nous permet enfin, par un artifice somme toute relatif, de nous extraire des mentions faisant l'objet de catégories interdites dans la constitution française¹²⁶. Par conséquent, l'utilisation

¹²² Nous ne traiterons pas spécifiquement de la question du genre. Toutefois, plusieurs travaux croisent les dimensions de genre, de race, de classe. Voir par exemple, ANDERSON, M.L., HILL COLLINS, P., *Race, Class, and Gender*. Belmont Calif, Wadsworth, 1993, 518p. ROTHENBERG, P. S., *Race, Class, and Gender in the United States: An integrated study*, 4th ed. New York: St. Martin's Press, 1998, 684p.

¹²³ Voir *supra* p. 40, voir *infra* p. 249 et s.

¹²⁴ Voir *infra* p. 282-284.

¹²⁵ Pour le terme culture, nous nous référons à la définition donnée par S. ABOU qui la présente comme « l'ensemble des modèles de comportement, de pensée et de sensibilité qui structurent les activités de l'homme dans son triple rapport à la nature, à l'homme, au transcendant ». Voir ABOU, S., *Cultures et droits de l'Homme*, Hachette, Paris, 1992, 140p. ou encore, ABOU, S., *L'identité culturelle: relations interethniques et problèmes d'acculturation*, Ed. Anthropos, Paris, 1981, 235p.

¹²⁶ Les concepts de culture et d'ethnie ne sont pas expressément mentionnés au titre de l'article 1 de la constitution comme un élément distinctif prohibé. Toutefois, l'un comme l'autre y sont indéniablement rattachés ce qui nous permet de postuler que cet artifice masque en fait une présomption d'inconstitutionnalité pour toute différence de traitement envisagée dans ce cadre référentiel.

du terme ethnoculturel¹²⁷ nous semble plus appropriée en ce sens qu'il se rattache davantage au concept d'identité, qui est par définition dialogique et dialectique¹²⁸. Aussi, il semble être en adéquation avec la situation française et américaine s'inscrivant dans l'idée que la diversité n'est pas seulement réservée à la description d'une classification définitive entre différents éléments mais traduit l'idée de multiplicité, de variété des êtres humains et de perméabilité catégorielle favorisant les processus évolutifs.

Dans ce cadre, la notion de diversité ethnoculturelle fera généralement référence à la coexistence et à la cohabitation d'individus et/ou de groupes porteurs de références culturelles et/ou identitaires diversifiées, perçues et/ou revendiquées comme telles, dans un cadre déterminé¹²⁹. Nonobstant son absence patente des dictionnaires juridiques en France et aux Etats-Unis, la diversité ethnoculturelle est, de bien des façons, une notion saisie par le droit¹³⁰.

Diversité et notions voisines. L'idée de diversité ethnoculturelle se confond bien trop souvent avec des notions voisines. En réalité, sans être synonymes, les concepts de diversité, pluralité et pluralisme reflètent des aspects complémentaires d'une même situation complexe. Le terme pluralité désigne l'idée de grand nombre et est équivalent à celle de multiplicité. Il se situe donc en amont de la diversité. Ainsi, il ne peut y avoir de diversité que s'il y a pluralité alors qu'au contraire, la pluralité des éléments peut se caractériser par plus ou moins de diversité. En revanche, le terme pluralisme traduit traditionnellement la dimension politique de la diversité, se situant donc en aval. Le pluralisme peut également s'exprimer en termes non

¹²⁷ Notons que le conseil constitutionnel qui fait du pluralisme un objectif à valeur constitutionnelle parle de pluralisme des courants d'expression socio-culturels. Dans la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, il affirme qu'« il appartient au législateur de concilier (...) l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec (...) les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels ». Cette expression lui permet sous un terme générique de faire référence aux revendications religieuses, linguistiques, culturelles tout autant que politique, syndicale ou sociale. Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juill. 1982, *communication audiovisuelle*, Rec. p. 48, cons. 5. R.J.C. I-126. Cette décision constitue la décision « fondatrice » des objectifs, étant la première à les évoquer explicitement. Voir MONTALIVETP., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20 - Juin 2006 . Voir aussi MARCANGELO-LEOS, P., *Pluralisme et audiovisuel*, Paris, L.G.D.J., 2004, 678p. Voir aussi MARCANGELO-LEOS, P., *Pluralisme et audiovisuel*, LGDJ, 2004, Bibliothèque de droit public, No 240, 680p. ou JEANNEAU, B., cité in BOUTIN, C., « Pluralisme et liberté de communication audiovisuelle », Les petites affiches, 3 juin 1994, n°66.

¹²⁸ Voir *supra* pp. 39-40.

¹²⁹ Définition proposée par N. ROULAND et enrichie de la mention « perçue et/ou revendiquées comme telles ».

¹³⁰ Aux Etats-Unis, le terme diversité figure dans les dictionnaires juridiques. Voir par exemple Black's law dictionary qui en donne la définition suivante: « The [e]thnic, socioeconomic, and gender heterogeneity within a group », Black's law dictionary. 8th ed. St. Paul., Minnesota: Thompson West; 2004. En France, on ne trouve pas de référence à cette notion dans les termes définies par les dictionnaires des termes juridiques.

politique¹³¹. Deux façons de concevoir le pluralisme pourraient être envisagées en fonction des caractéristiques de la pluralité des éléments appréhendés¹³². De fait, le pluralisme peut consister en une multiplicité de possibilités accomplies de l'existence humaine de vivre sa diversité. Cette coexistence est alors envisagée de manière harmonieuse et équilibrée grâce à un cadre commun, par exemple un système juridique. Dans ce cas, le pluralisme se fonde sur une pluralité « altéritaire »¹³³ où l'autre est vu comme un semblable, comparable, avec qui l'interaction est possible. D'autre part, le pluralisme pourrait s'envisager de manière stricte, exclusive, cas dans lequel la différence entre les éléments divers constitue un gouffre. Dans ce contexte, aucune base d'entente commune ne semble possible puisque l'autre est perçu comme celui avec qui toute communication est inconcevable. Ici, le pluralisme se fonderait sur une pluralité « aliénataire »¹³⁴. En somme, diversité, pluralité et pluralisme ne sont pas des termes interchangeables. Dans leur sens « neutre », la pluralité désigne le nombre alors que la diversité reflète les différences entre ces éléments nombreux. Le pluralisme, fort de sa dimension politique, est corrélé à une dynamique volontariste qui constitue une réponse politique au fait de la diversité culturelle. C'est ce dont témoigne l'article 2¹³⁵ de la Déclaration Universelle sur la Diversité Culturelle¹³⁶. Dans ce cadre, nous préférons l'emploi du terme *la diversité* plutôt que son utilisation au pluriel. Ainsi, sans nier le fait que la diversité renvoie à des phénomènes et éléments eux-mêmes très divers, l'emploi du singulier permet d'envisager l'ensemble des diversités, afin de précisément mieux les cerner.

- ***Une confrontation emblématique des contextes français et américains.***

¹³¹ ISAAR, H., BENOIST, O. *Pluralisme-Pluralismes*. PUAM, 2011.

¹³² LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, Paris, Fayard, 2006, 675p.

¹³³ Du latin *alter* : l'autre, le prochain.

¹³⁴ Du latin *alienus*: étranger.

¹³⁵ La déclaration Universelle sur la Diversité Culturelle sera dénommée DUDC. Elle fut adoptée par la 31^{ème} Session de la Conférence Générale de l'UNESCO, Paris, 2 novembre 2001. L'article 2 de la DUDC stipule que « Dans nos sociétés de plus en plus diversifiées, il est indispensable d'assurer une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble de personnes et de groupes aux identités culturelles à la fois plurielles, variées et dynamiques. Des politiques favorisant l'intégration et la participation de tous les citoyens sont garantes de la cohésion sociale, de la vitalité de la société civile et de la paix. Ainsi défini, le pluralisme culturel constitue la réponse politique au fait de la diversité culturelle. Indissociable d'un cadre démocratique, le pluralisme culturel est propice aux échanges culturels et à l'épanouissement des capacités créatrices qui nourrissent la vie publique. » <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001323/132328f.pdf>. Consulté le 01.01.2011.

¹³⁶ A la lecture de l'article 1^{er} de cette même DUDC, la diversité semble être un concept plus large que celui de pluralité puisque la diversité s'incarne dans des identités à la fois originales et plurielles. Intitulé « La diversité culturelle, patrimoine commun de l'humanité » cet article dispose que : « La culture prend des formes diverses à travers le temps et l'espace. Cette diversité s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités qui caractérisent les groupes et les sociétés composant l'humanité. Source d'échanges, d'innovation et de créativité, la diversité culturelle est, pour le genre humain, aussi nécessaire qu'est la biodiversité dans l'ordre du vivant. En ce sens, elle constitue le patrimoine commun de l'humanité et elle doit être reconnue et affirmée au bénéfice des générations présentes et des générations futures ». <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127161f.pdf>. Consulté le 01.01.2011.

Deux archétypes. La France et les États-Unis représentent des modèles particuliers de sociétés pluri identitaires, appartenant à des systèmes juridiques et culturels distincts. *A priori* antagonistes, ils incarnent deux « idéal-type »¹³⁷. Notons toutefois que si l'expression de « nation française » ne pose pas de problème sémantique, l'utilisation de l'adjectif américain pour qualifier la nation ou quelque autre élément caractéristique des États-Unis est sujet à caution. En effet, comme l'explique M. Walzer, aucun pays ne s'appelle Amérique puisque ce qualificatif désigne un continent dans son ensemble¹³⁸. Pour autant, comme le souligne H. Kallen, à l'inverse d'autres pays qui ont leur nom pour désigner leur peuple, les États-Unis se caractérisent par un certain anonymat¹³⁹. Ce dernier ne serait pas seulement une résultante factuelle mais plutôt une volonté affichée de garantir l'ouverture, sans étiqueter les gens qui en ont la nationalité. Dans cette perspective, il s'agirait de suggérer que tout le monde puisse y vivre. Cette idée reflète l'histoire des États-Unis, une histoire d'immigration où la terre symbolise une adhésion et non un rattachement filial et originel à une mère patrie. Ainsi, être américain serait un acte volontariste de la part des personnes présentes sur le territoire des États-Unis. Il permettrait la conciliation entre une manifestation d'appartenance à la terre américaine tout en laissant libre le maintien à une identification identitaire, à une autre terre devenue lointaine. En témoigne la prégnance des appellations *asian-americans*¹⁴⁰, *latin-americans*¹⁴¹, etc. En tout état de cause, nous utiliserons le plus souvent le terme étasunien même si nous n'échapperons pas toujours à l'influence de la doctrine Monroe : « on est l'Amérique »¹⁴² !

Deux systèmes politiques distincts. Objet et sujet de comparaison, la France et les États-Unis présentent à la fois un nombre important de similitudes et de différences significatives. Ces dernières se manifestent de manière plus ou moins évidente. Il est d'abord indéniable que leur

¹³⁷ Le concept d'idéal-type a été conceptualisé par M. WEBER. Il exprime un modèle pour comprendre la réalité. Voir WEBER, M., *Essais sur la théorie de la science*, Paris : Plon collection Agora Press-pocket, 1992, pp. 17-173. Voir aussi <http://www.larousse.fr/encyclopedie/personnage/Weber/138958>, Consulté le 19.09.2011.

¹³⁸ WALZER, M., *What it means to be american*, New York, Marsilio, 1996, 136p, Pp.23-29.

¹³⁹ KALLEN, K., *Culture and democracy in th United States*, New York, Boni & Liveright, 1924, 139p, p.51.

¹⁴⁰ Asiatiques-américains (Traduction littérale). Il serait toutefois plus correct de traduire par « américains d'origine asiatique » même si cette conformité avec la langue française trahi, en le réduisant à une référence à l'origine, l'appartenance plurielle et en quelque sorte syncrétique des personnes.

¹⁴¹ Latino-Américains (Traduction littérale).

¹⁴² La doctrine Monroe résulte de la déclaration du Président James Monroe, en décembre 1823. Fut alors énoncée que les Etats-Unis ne toléreront pas qu'une nation européenne colonise un Etat indépendant d'Amérique du Nord ou du Sud. Dans ce sens, toute intervention des Etats européens dans cette partie du globe sera alors perçue par les Etats-Unis comme un acte d'hostilité. Voir PERKINS, D., *A History of the Monroe Doctrine*, Rev. ed. Boston: Little, Brown, 1963. WILSON, C. M., *The Monroe Doctrine; an American Frame of Mind*, Princeton, Auerbach, 1971, 155p.

situation géographique¹⁴³, leur superficie¹⁴⁴ et leur démographie¹⁴⁵ les opposent. Sur le plan politico-juridique, si les deux pays sont des Républiques démocratiques, un certain nombre d'éléments les distinguent. La France se présente comme la figure type de l'État-nation, fruit d'une longue histoire administrative et constitutionnelle¹⁴⁶. Elle a en effet connu plusieurs constitutions depuis l'instauration de la première République en 1792 selon un modèle inspiré de la philosophie des lumières. En tant qu'État membre fondateur de l'Union Européenne, la France a concédé des pans importants de sa souveraineté à cette organisation régionale dans le cadre d'une délégation de compétences¹⁴⁷. Elle a de ce fait accepté d'interroger sur son appartenance objective et/ou subjective à une communauté supra nationale qui pourrait, à terme, prendre la forme d'une nation européenne¹⁴⁸.

Les États-Unis représentent quant à eux le modèle type de l'Etat de droit. Contrairement à la France, ce pays n'a connu qu'une seule constitution, adoptée en 1787 et ratifiée en 1789. Comprenant 7 articles, le texte constitutionnel qui se dénomme lui-même dans son article 6, paragraphe 2 « la loi suprême des États-Unis », fut complété par 27 amendements à ce jour, dont l'adoption s'échelonne de 1791 à 1992¹⁴⁹. La Constitution, à l'origine présentée et perçue comme un document de circonstance, contextuel, se caractérise par une certaine concision, une importante souplesse et une grande possibilité d'adaptation¹⁵⁰. Elle fut inspirée

¹⁴³ Situés sur deux continents, européen et américain et séparés par un océan, l'Océan Atlantique, ils appartiennent tous deux à l'hémisphère Nord.

¹⁴⁴ La France, qui a la forme d'un hexagone, a une superficie de 550 000 km² alors que les Etats-Unis, qui se présentent comme un trapèze renversé, font figure de géant avec une surface de 9.631.419 km².

¹⁴⁵ Au 1^{er} janvier 2011, la France compte avec plus de 65 millions d'habitants. Parmi eux, 63,1 millions de personnes vivent en métropole et 1,9 million dans les départements d'outre-mer (DOM). Source: http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATnon02145, Consulté le 19.09.2011. Les Etats-Unis ont une population de 312 million d'habitants en 2011. Ces derniers se situent donc au troisième rang mondial loin derrière la Chine et l'Inde. Source: <http://www.census.gov/main/www/popclock.html>, Consulté le 19.09.2011.

¹⁴⁶ « La France est le plus vieil Etat Nation d'Europe ». DUHAMEL, A., « La peur du changement », Le Point, n° 1458, 25 août 2000, p.45.

¹⁴⁷ Voir GAUTRON, J-C., *Droit européen*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos Dalloz, 2004, 11^e édition, 302p. Voir aussi CLAPIÉ, M., *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, 2003, 415p.

¹⁴⁸ Sur ces questions voir ANDLAU, L., *Etre européen aujourd'hui*, Paris, Collection « Les pratiques démos », Editions Demos, 2001, 191p. Voir également BAISNEE, O., PASQUIER, R., *L'Europe telle qu'elle se fait : européanisation et sociétés politiques nationales*, Paris, CNRS, 2007, 316p. BAUDELLE, G., GUY, C., BASLE, M., *Le projet européen*, Coll. Espaces et Territoires, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004, 174p. CHATIEL, F., *Naissance du peuple européen*, Paris, O. Jacob, 2006, 225p.

¹⁴⁹ Le 27^{ème} amendement à la Constitution américaine fut ratifié le 18 mai 1992. Voir Constitution des Etats-Unis, Annexe n°2.

¹⁵⁰ Voir dans ce sens TRIBE, L.H., *American constitutional law*, Volume1, Foundation 3d ed., 2000, 1204p. LACORNE, D., « La philosophie de la constitution américaine », p.25-41, Philosophie politique, n°7, 1995. AKHIL REED, A., *America's Constitution: A biography*, New York, Random House, 2005, 657p.

par un fort idéalisme et un indéniable pragmatisme. Elle a été complétée en 1791 par un « Bill of right »¹⁵¹ qui garantit essentiellement des droits politiques et judiciaires¹⁵².

Deux modèles juridiques différents. Alors que la France appartient à la tradition du droit civil issue du droit romain, les États-Unis s'inscrivent dans celle du *Common Law*¹⁵³. Si le système juridique français se fonde sur un droit fortement codifié, les États-Unis¹⁵⁴ relèvent d'un système essentiellement bâti sur le droit jurisprudentiel¹⁵⁵ conférant ainsi « au précédent une validité présomptive »¹⁵⁶. Ce contexte engendre une certaine surpuissance du droit. Ainsi, on semble assister aux États-Unis à « une double dynamique de *juridisation du politique* et de *politisation du droit* »¹⁵⁷. En dépit des différences caractéristiques de l'ordre juridique français et américain¹⁵⁸, les deux contextes politico-juridiques sont soumis au contrôle de constitutionnalité des lois¹⁵⁹. Celui-ci est en France centralisé à travers la compétence du Conseil constitutionnel¹⁶⁰ alors qu'il est, aux États-Unis, éclaté entre différentes juridictions. Le système fédéral implique en effet la coexistence de deux systèmes judiciaires parallèles chacun comprenant trois niveaux de juridictions. La Cour suprême¹⁶¹ est l'instance

¹⁵¹ Le terme de *Bill of rights* peut se traduire par déclaration des droits. Le *Bill of rights* est constitué des dix premiers amendements à la Constitution. Ils affirment, de manière négative, sous la forme d'une limitation explicite des pouvoirs de l'Etat les droits des citoyens. Ces amendements furent ratifiés par le congrès le 15 décembre 1791. Les fédéralistes n'étaient en effet pas favorable à intégrer une déclaration de droits dans la constitution même.

¹⁵² Notons que les Etats-Unis ont contribué de manière très significative à l'idée des droits de l'homme et des libertés individuelles. La déclaration d'Indépendance des Etats-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776 garantit à ce titre certains droits inaliénables. Voir Constitution des Etats-Unis, Annexe n°2.

¹⁵³ DAVID. R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 11^{ème} édition, Précis Dalloz, 2002, 553p.

¹⁵⁴ E. ZOLLER différencie la *common law* fédérale et la *common law* des Etats en spécifiant que dans le second cas elle occupe une place prépondérante en tant que droit commun contrairement au droit d'exception fédéral. ZOLLER, E., *Le droit des Etats-Unis*, Paris : Presses universitaires de France, 2001., 127 p., pp.74-79.

¹⁵⁵ Sauf en Louisiane, Californie et Porto Rico.

¹⁵⁶ SABBAGH, D., *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Coll. Etudes Politiques, Economica, Paris, 2003, pp.452, p.15.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.7.

¹⁵⁸ Il est à noter que l'opposition entre système du *common law* et système civiliste ne reflète pas la diversité des traditions juridiques existantes. Ainsi, aux côtés de ces deux modèles, les grandes traditions juridiques sont la tradition chtonienne, celle talmudique, musulmane, hindoue et asiatique. Voir OTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », pp. 3-26, in OTTIS, G., CISSE, A., DE DECKKER, O., MASTOR, W., *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Savoirs francophones, AUF, 112p. Paris, 2010, p.8.

¹⁵⁹ En France en vertu de l'article 61 de la constitution. Voir annexe n°1. Aux Etats-Unis, le *judicial review*, résulte de la décision de la Cour Suprême, *Marbury v. Madison*, C.S., 5 US 137 (1803). Ce principe signifie que « le tribunal statuant sur une exception d'inconstitutionnalité peut seulement rendre une décision dotée de l'autorité de la chose jugée ». FAVOREU, L., GAÏA, P., CHEVONTIAN, R., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p.238.

¹⁶⁰ Le titre VII de la Constitution du 4 octobre 1958 est consacré au Conseil Constitutionnel. Le Contrôle de constitutionnalité prévu par la constitution à l'article 61. Voir Constitution française, Annexe n°1.

¹⁶¹ La Cour Suprême est créé par le titre III de la constitution du 25 septembre 1789. Sur la Cour Suprême, voir MCCLOSKEY, R.G., *The american surpeme court*, Chicago, The University Press of Chicago Press, 1994, (1960). Voir également annexe n°2. Notons que l'analyse des décisions rendues ces dernières années, avec une

supérieure, statuant sur les décisions rendues par des échelons inférieurs, fédérés ou fédéraux, mais toujours pour des litiges qui posent des questions de droit fédéral¹⁶². Dès lors, la Cour suprême dans son rôle de pouvoir judiciaire fédéral, est à la fois un juge constitutionnel et un juge législatif. Contrairement aux juges français qui sont tenus de se « prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé »¹⁶³, la Cour Suprême est compétente pour statuer ou non sur les litiges qui lui sont déférés¹⁶⁴. En définitive, le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis et en France a longtemps différé: accompli *a posteriori*¹⁶⁵ de façon concrète¹⁶⁶ et diffuse dans le premier cas¹⁶⁷, il était traditionnellement réalisé *a priori*, de manière abstraite¹⁶⁸ et centralisée dans le contexte français¹⁶⁹. Toutefois, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁷⁰ est venue modifier cette situation. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifiant l'article 61-1 de la constitution¹⁷¹ met fin à une double anomalie: d'une part, celle de l'inconstitutionnalité potentielle des normes adoptées sans qu'elles aient fait l'objet de saisine du Conseil constitutionnel¹⁷²; d'autre part, l'étrangeté qu'une loi puisse faire l'objet d'un contrôle de conventionalité et pas de

faible majorité, dénote d'une jurisprudence de plus en plus divisée. Voir notamment ROSENFELD, M., COHEN, E., L., « Chronique de jurisprudence. La Cour suprême des États-Unis, les sessions 2008-2009 et 2009-2010: un clivage idéologique marqué par l'interprétation de la Constitution », RDP, n° 5-2011, pp. 1345-1366, p. 1346.

¹⁶² La Cour suprême exerce son contrôle de constitutionnalité sur les seuls actes de pouvoirs publics dits *State Action*. Toutefois, la Cour a interprété cette notion dans le sens d'un élargissement, d'abord avec la décision C.S., *Smith v. Allwright*, puis avec C.S., *Shelley v. Kraemer*. *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944), et C.S., *Shelley v. Kraemer*, 334 US 1 (1948).

¹⁶³ Article 5 du code de procédure civile.

¹⁶⁴ Loi *Evarts Dew* 1891 complétée par le *Judiciary Act* de 1925, cité dans SABBAGH, D., *L'égalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive*, op.cit., p.16.

¹⁶⁵ L'exception d'inconstitutionnalité peut être déclenchée par tout justiciable à l'occasion d'un procès ordinaire civil ou administratif. FAVOREU, L., GAÏA, P., CHEVONTIAN, R., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 237.

¹⁶⁶ Le contrôle est dit concret lorsqu'il « s'exerce à l'occasion de « cas concrets » et de « litiges » particuliers ». Voir *Ibid* p. 236. C'est le type de contrôle prévu par l'article III, sect.2 de la Constitution des États-Unis. Voir annexe n°2.

¹⁶⁷ La Cour suprême a toute discrétion pour décider de statuer sur les litiges qui lui sont déférés en vertu de la loi *Evarts* de 1891 et du *Judiciary Act* de 1925.

¹⁶⁸ Ainsi, « il y a contrôle abstrait des normes dans la mesure où les litiges soumis aux cours constitutionnelles ne présentent pas une confrontation classique entre deux parties et supposent pas la résolution d'un litige particulier antérieur ». FAVOREU, L., GAÏA, P., CHEVONTIAN, R., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 245.

¹⁶⁹ Voir notamment *Ibid* p. 245-246.

¹⁷⁰ Ainsi dénommée par la Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009. Les questions prioritaires de constitutionnalité, dites « QPC » ont commencé à s'appliquer le 1^{er} mars 2010. Sur une analyse de la pratique voir Dossier « La question prioritaire de constitutionnalité en amont et en aval », RFDA, juillet-août 2001, pp. 691-811.

¹⁷¹ Le nouvel article 61-1 dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Voir Constitution française, Annexe n°1.

¹⁷² Cela est le cas pour les lois adoptées avant 1958 ou les lois non déférées au Conseil constitutionnel.

constitutionalité¹⁷³. Toutefois, les deux modes de censures des lois restent des contentieux objectifs¹⁷⁴.

Deux structures étatiques particulières. La France comme les États-Unis sont constitués de différents niveaux administratifs. L'État français se partage entre la France métropolitaine¹⁷⁵ et la France d'Outre-mer, cette dernière regroupant des entités administratives différentes¹⁷⁶. C'est en définitive une nation civique qui s'est constituée à partir de la dissolution des groupes ethniques, religieux et linguistiques au sein d'une communauté, la communauté française¹⁷⁷. C'est aussi une nation développée à partir d'un modèle républicain unitaire et longtemps très centralisé¹⁷⁸, incorporant dans un modèle de société des citoyens dits égaux. À l'inverse, la constitution américaine crée un État fédéral dans lequel coexistent des petits et grands États, au total cinquante aujourd'hui, chacun étant doté d'une constitution propre. Chacun se décompose lui-même en comtés, municipalités, *township* et *tons*¹⁷⁹, districts scolaires et districts spécialisés¹⁸⁰, soit au total 87 849 gouvernements locaux¹⁸¹. Les États-Unis sont essentiellement une nation ethno-civique¹⁸² qui semble avoir concilié ses particularismes avec un universalisme républicain. C'est traditionnellement une nation présentée comme multiculturelle qui s'est développée sur la base du principe de tolérance, intégrant les populations immigrées.

¹⁷³ L'article 55 de la constitution confère une autorité supérieure aux traités sur les lois.

¹⁷⁴ VERPEAUX, M., « Note sous Conseil d'Etat, assemblée, 13 mai 2011, Mme Delannoy et M. Verzele, req. n° 317808, Mme Lazare, req. n° 329290 et Mme M'Rida, req. n° 316734 (trois espèces), in dossier « La question prioritaire de constitutionnalité en amont et en aval », RFDA, juillet-août 2001, op.cit., pp. 806- 811, p.807.

¹⁷⁵ La France est découpée en régions (22), en départements (100) et en communes (36.679). La taille des communes est très variable. Sur l'organisation administrative française, voir CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome 1, 10^e éd. p. 244-245, 2002, 1384p.

¹⁷⁶ Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion et la Guyane sont des Départements et régions d'outre-mer DOM-ROM, régis par l'article 73 de la Constitution. Les collectivités d'outre-mer, COM, sont Mayotte, Pierre et Miquelon, Wallis et Futuna, Saint Martin et Saint Barthélémy et enfin la Polynésie française. Territoires au statut très divers, ils sont régis par l'article 74 de la constitution. La Nouvelle Calédonie est une collectivité *sui generis*, régie par le titre XIII de la Constitution, articles 76 et 77. Enfin ont un statut particulier les Terres australes et antarctiques françaises en vertu de l'article 72.3 de la Constitution. Voir Constitution française, Annexe n° 1.

¹⁷⁷ Notons que notre analyse ne portera pas sur la diversité ethnoculturelle fondée sur les régionalismes en France. Cette question ne sera traitée que de manière transversale et secondaire.

¹⁷⁸ Ce modèle centralisateur a longtemps incarné le modèle républicain à la française. Aujourd'hui, la décentralisation n'a pas effacé toute référence au centralisme. L'idéologie de l'indivisibilité fait primer le dogme d'une unité centralisée en dépit d'une atomisation importante, tant d'un point de vue administratif que sociologique. Voir développements *infra* pp.83-108.

¹⁷⁹ Ces quatre instances sont multifonctionnelles.

¹⁸⁰ Ces deux instances sont un fonctionnelles.

¹⁸¹ *Etats Unis, peuples et cultures*, l'Etat du Monde, La Découverte, Poche, 2004, 222p, p.33. Ce chiffre était en 2022 de 87 525, voir BLAIS, P., « Les *counties* et *social districts* aux Etats-Unis », 10 p., p. 1, http://www.mamrot.gouv.qc.ca/pub/observatoire_municipal/veille/counties_etats-unis.pdf . Consulté le 16.10. 2011. Il nous faut souligner un certain parallélisme entre France et Etats-Unis qui se composent tout deux d'institutions locales décentralisées.

¹⁸² LACORNE, D., *La crise de l'identité américaine*, Gallimard, 2003, 448 p., p.15.

Deux référents culturels emblématiques. En termes de culture politique et sociale, les deux nations présentent un certain nombre de particularités. Héritière de la philosophie des lumières qui propage les idées de liberté, rationalité et propriété, la tradition française et sa « spécificité culturelle »¹⁸³ se manifeste à bien des égards. L'idée de contrat social théorisée par J.-J. Rousseau¹⁸⁴, sert de socle au système politique et juridique qui sera alors développé. Il fait de la relation individuelle le fondement de tout et institue l'État en tant que garant de la stabilité des lois. Inspirant la révolution française, ce système idéologique instaure le principe d'universalisme en pierre angulaire d'un corpus politique et juridique sur la base duquel va être développé le principe d'égalité.

Incarnée dans le primat des droits de l'homme, la philosophie politique française trouve son épice dans la rédaction de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹⁸⁵, « véritable étendard de la « Grande Nation »¹⁸⁶. Ainsi, partant de l'idée que l'individu est un être doué de raison, le système français a ambitionné de concilier les idéaux de liberté et d'égalité dans un cadre abstrait et universaliste. L'idéal de fraternité se combine avec les deux notions précédentes. « Force agissante dans la révolution »¹⁸⁷, l'égalité se présente donc tout à la fois comme un principe, une valeur, un moyen, un objectif et un idéal¹⁸⁸. Cette notion sous-tend la philosophie politique française et se manifeste clairement dans la notion traditionnelle

¹⁸³ La notion de spécificité culturelle française dite aussi « exception française », voir REGOURD, S., *L'exception culturelle*, 2e éd., Paris, P.U.F., « Que sais-je ? », 2004, 127p.

¹⁸⁴ ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, précédé d'un essai sur la politique de Rousseau par DE JOUVENEL, B., « Pluriel », Hachette, 2005.

¹⁸⁵ La DDHC du 26 août 1789 est un texte fondamental. Née du génie français, il ne faut pas oublier qu'elle trouve ses origines dans la déclaration américaine. Au centre d'une querelle nationaliste notamment entre E. Boutmy et G. JELLINEK, la DDHC a prétention universelle. Elle reprend en définitive la conception de l'Homme en général dégagée par les américains, même si elle se dégage d'une conception historicisée proprement française pour mieux la transcender. Voir MORANGE, J., *La déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*, 26 août 1789, 4^e éd., Paris, P.U.F., « Que sais-je ? », 2002. Sur la controverse entre le caractère déclaratif ou constitutif de droits naturels de la DDHC, voir JELLINEK, G., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, Paris, Fontemoing, 1902. Voir aussi BOUTMY, E., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, in, *Annales des Sciences politiques*, 1902, repris dans le recueil d'écrits de Boutmy intitulé *Etudes Politiques*, Paris, Armand-Colin, 1907, p.117-182. Pour le texte de la DDHC, voir <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>. Consulté, le 01.10.2010. Voir également Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Annexe n°3.

¹⁸⁶ FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MELIN-SOUCRAMAN IEN, F., PENA-SOLER, A.-M., PFESMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J., *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Précis Dalloz, 5ème éd., 2009, 685p., p. 28.

¹⁸⁷ HAURIOU, M., *La science sociale traditionnelle*, Larowe, Paris, 1896, p.80.

¹⁸⁸ C'est cependant l'article 2 de la constitution du 24 juin 1793, laquelle ne fut jamais appliquée, qui fait de l'égalité un droit essentiel. Voir FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PENA-SOLER, A.-M., PFESMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J., *Droits des libertés fondamentales*, op.cit., p.35.

de service public¹⁸⁹. Assumés ou assurés par une personne publique, les services publics ayant pour mission des activités d'intérêt général participeront grandement à l'homogénéisation du corps social, véritable « expression juridique d'une philosophie républicaine »¹⁹⁰.

La France s'est toujours caractérisée par un grand centralisme, conférant à l'État un rôle prépondérant. Dans ses formes concentrées ou déconcentrées, centralisées ou décentralisées, l'État demeure l'élément de référence, interlocuteur de premier plan pour la résolution des diverses problématiques sociétales. Une tradition d'égalité des chances et un État fort se combinent alors et génèrent un système social développé marquant fortement la culture française.

Le contexte socioculturel des États-Unis est différent. L'originalité première et certainement essentielle de cette nation réside dans le fait que ce pays, entendu comme État moderne, s'est constitué par l'arrivée, échelonnée dans le temps et dans l'espace, de centaines de milliers de personnes. Ces dernières sont venues du monde entier, arrivant avec des valises remplies de divers éléments culturels. Rappelons toutefois que ce processus créatif est d'abord le fruit d'une conquête territoriale qui a rimé avec l'ethnocide indien¹⁹¹. A partir de cette terre s'est créée une nation, sur la base d'un agrégat de personnes. Au-delà des individus, elle a pris pour socle une mosaïque de communautés, bien que celles-ci n'aient pas été considérées de manière égalitaire. Cette création fut *a priori* sans cesse régénérée (en tout cas alimentée et dans bien des cas enrichie) par l'arrivée de nouveaux migrants. Les États-Unis sont avant tout, et ce dès le départ, perçus et conçus comme un espace de liberté. Cette idée de liberté s'est en effet instaurée comme le trait dominant de cette nation. Cependant, celle-ci est dès l'origine fort relative et donc sélective puisque les esclaves et les populations autochtones étaient à

¹⁸⁹ Le concept de service public désigne une activité exercée directement par l'autorité publique (Etat, collectivité territoriale ou locale) ou sous son contrôle, dans le but de satisfaire un besoin d'intérêt général. Il tend à se muer sous la pression de l'Union Européenne et en conséquence d'orientations politiques fondées sur le libéralisme. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Paris, Editions Montchrestien, coll. Domat droit public, 11^{ème} éd., 2 tomes, 2001, 797p.

¹⁹⁰ GUGLIELMI, G.J., KOUBI, G., *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, 268p, p.31.

¹⁹¹ Nous préférons parler d'ethnocide plutôt que de génocide. Au vue de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 9 décembre 1948, le génocide est défini comme « un crime du droit des gens (...) commis dans l'intention de détruire, tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel ». En vertu de cette définition, 4 génocides sont reconnus par l'Assemblée Générale. Le massacre des indiens en Amérique du Nord ne peut entrer dans cette définition pour plusieurs raisons. Voir l'analyse de DOREL, F., *La thèse du « génocide indien » : guerre de position entre science et mémoire*, Revue de Civilisation Contemporaine de l'université de Bretagne Occidentale EUROPE/AMERIQUES. www.univ-brest.fr/amnis/documents/Dorel2006.pdf. Consulté le 01.10.2010. Le massacre des indiens se rapporte d'avantage à ce que P. CLASTRE appelle l'ethnocide. Ce terme désigne en effet l'élimination culturelle, spirituelle et linguistique des peuples indigènes sans pour autant viser une élimination physique. CLASTRES, P., « *Ethnocide* », in *Encyclopedia Universalis*, Encyclopedia Universalis Editeur, Paris, France 2002, vol.8, pp 888-90.

peine reconnus comme des hommes à part entière¹⁹². Pour autant, la référence à la liberté a servi de principe fondateur et s'est manifestée essentiellement par deux aspects: d'une part en relation avec la question foncière; d'autre part par rapport à la religion.

Le rêve américain a par conséquent longtemps rimé avec la liberté d'accès à la terre, élément dont était privé dans leur pays d'origine une grande partie des immigrants européens. Ces derniers se trouvaient soumis à des lois successorales qui bien souvent ne favorisaient que les aînés d'une famille. En outre, ils étaient restreints dans leur contrée d'origine quant à la possibilité d'occupation du territoire en raison d'une forte poussée démographique. L'accès à la propriété dans un autre pays traduisait alors un rêve accessible, empreint de liberté¹⁹³, même si cette terre avait en fait des « propriétaires »¹⁹⁴: les Amérindiens.

La religion a également constitué un facteur essentiel dans le peuplement des États-Unis, puisque les premiers colons originaires d'Europe se sont installés avec la motivation de vivre enfin librement leur culte. Ainsi, et très tôt, le principe de tolérance, inventé en Europe au lendemain des guerres de religion et conceptualisé par J. Locke¹⁹⁵, s'est développé et constitué en fondement de la nation. Pour autant, les textes constitutionnels qui fondent les États-Unis sont éminemment laïques. Le premier amendement de la constitution est garant de cette laïcité. Il a pu être interprété comme érigeant un mur entre l'Église et l'État. Dans ce sens, « Ce mur doit être maintenu élevé et impénétrable »¹⁹⁶. Toutefois, la liberté religieuse prônée aux États-Unis n'est pas une liberté abstentionniste comme elle peut l'être en France. Au contraire, elle implique une attitude positive de la part de l'État qui doit œuvrer pour aider toutes les religions sans traitement préférentiel. Dans cette optique la tolérance est un principe qui favorise le particularisme religieux. Comme le mentionne D. Lacorne « le laïcisme américain n'est donc pas anticlérical (...) il ne rejette pas la religion en tant que telle (...) mais il interdit l'identification confessionnelle (...); le laïcisme américain n'est pas fondé sur une censure. Il multiplie au contraire les sources de lecture et les formes d'interprétation »¹⁹⁷. En définitive la quête matérielle et la religion n'ont jamais été antinomiques dans l'histoire des

¹⁹² Voir notamment les développements *infra* p. 113, PP. 206-208.

¹⁹³ Notons que cette exploitation foncière libre et donc désorganisée généra de nombreux problèmes. Ce n'est qu'au XX^{ème} siècle que l'Etat fédéral parvint à rationaliser l'accès et l'exploitation de ces terres.

¹⁹⁴ La mise entre guillemets ne vient pas nuancer ou questionner l'idée d'appartenance mais bel et bien l'idée de possession formalisée juridiquement.

¹⁹⁵ LOCKE, J., (1686), *Lettre sur la tolérance*. Traduction française de Jean LeClerc, 1710. Paris : Garnier-Flammarion, 1992. Collection Texte intégral. Traduit par Jean Le Clerc. 273 pages. En France, le principe de tolérance n'est pas tant utilisé en référence à la religion. Il est aujourd'hui revendiqué dans le champ politique lorsqu'un groupe précis est en danger d'être stigmatisé.

¹⁹⁶ C.S., *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

¹⁹⁷ LACORNE, D., *La crise de l'Identité américaine, Du melting-pot au multiculturalisme*, 1997, op.cit., p.123.

États-Unis. Il est même possible d'affirmer que la réussite matérielle et la croyance dans la réussite individuelle, cause et conséquence de la création de la nation américaine, sont souvent perçues comme le signe de la « grâce divine »¹⁹⁸. L'idée du rêve américain a toujours été ancrée dans cette liberté et demeure aujourd'hui encore une forte caractéristique de ce pays¹⁹⁹.

Deux conceptions sociologiques singulières. D'un point de vue sociologique, la situation française se détermine par un certain multi-ethnisme, au caractère pluriconfessionnel et pluriculturel. La France a de plus en plus un visage pluriel et divers si l'on en croit les références à la maxime « black-blanc-beur »²⁰⁰, trinité qui tend à être remplacée par une autre formule, celle de « minorités visibles »²⁰¹. Toutefois, de par sa tradition centralisatrice, de République unitaire, la France a du mal à se penser dans sa diversité. Il en est de même pour les français eux-mêmes. Ainsi, les conséquences de la postcolonialité et de l'immigration sont appréhendées de manière problématique, loin de l'idéal républicain. Une des illustrations contemporaines se matérialise dans le « problème des banlieues » qui se cristallise par rapport aux « jeunes issus de l'immigration ». Le paradoxe français face à l'immigration et à la migration venue d'outre-mer semble donc bien être celui que mentionnait P. Simon puisque la France, précurseur de l'immigration en Europe, paraît ne pas avoir actualisé la représentation qu'elle a d'elle-même²⁰². Enfin, la France se caractérise par une fracture sociale importante qui a tendance à se déplacer en fonction de l'étalement urbain. Elle qui s'est souvent illustrée par l'importance de sa classe moyenne, voit sa base sociale se modifier, les nouveaux arrivants la renouvelant. De ce fait, on assiste de plus en plus à un morcellement social du

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Bien qu'à relativiser dans les faits, les États-Unis continuent à offrir des opportunités, chaque groupe de nouveaux venus devant néanmoins commencer au bas de l'échelle. Ce pays incarne aussi le symbole d'une société de consommation. C'est un immense marché appuyé sur des logiques libérales.

²⁰⁰ Cette expression a été vulgarisée lors de la coupe du monde de football en 1998. Elle entendait désigner une équipe tricolore multi-ethnique, dont la mention des trois entités reliées entre elles renvoyait au drapeau bleu, blanc, rouge.

²⁰¹ Cette expression est de plus en plus utilisée dans le langage français sans que ce concept ait acquis une force juridique. La notion de minorité visible a été forgée au Canada où elle est intégrée dans le corpus juridique tant dans la législation que dans les statistiques officielles. Voir notamment l'article 3 de la Loi sur l'équité en matière d'emploi de 1995 précisant que « font partie des minorités visibles les personnes, autres que les autochtones, qui ne sont pas de race blanche ou qui n'ont pas la peau blanche ». Voir par exemple Chambre des communes 1984. *L'égalité, ça presse! Rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne*, Ottawa. Conseil ethnoculturel du Canada 1992. L'iniquité en emploi : La situation de l'emploi des minorités visibles dans la Fonction publique fédérale, 1988-1991. Ottawa.

²⁰² SIMON, P, *L'immigration et l'intégration dans les sciences sociales en France depuis 1945*, Dewitte Ph, 1999, 439p.

territoire, que le droit appréhende chaque jour davantage²⁰³. L'échec du modèle d'intégration et par extrapolation du modèle républicain est dénoncé.

Parallèlement, une des caractéristiques essentielle de la nation américaine, de même qu'un trait fondamental de l'identité culturelle américaine, est le mélange des peuples. L'Amérique est en effet « *E pluribus unum* ». Cette diversité de la base sociologique n'a cessé de se développer créant une extrême richesse culturelle. Cependant, cette mixité soulève de multiples questions de nature juridique, politique, sociale, et économique. Elle engendre aussi des problématiques d'ordre identitaire tels que les conflits inter-ethniques qui opposent une vague d'immigration à une autre, ou encore l'intégration des nouveaux immigrants, ou enfin les relations entre les différentes minorités²⁰⁴ et le groupe socialement dominant. Les questionnements inhérents à cette société pluriethnique touchent alors essentiellement à la détermination des identités et plus particulièrement à la définition même de l'identité américaine. La résilience²⁰⁵ de l'ethnicité se combine en effet avec l'exacerbation d'un certain patriotisme. Source d'intégration pour les uns ou frein, voire même véritable obstacle au maintien de l'unité nationale pour les autres, l'ethnicité est différemment appréhendée au sein même des États-Unis.

Une similitude des problématiques. De fait, en dépit de différences historiques significatives, de fondements politiques et sociologiques différenciés, il existe dans les deux contextes d'analyse des questions similaires. Celles-ci sont en grande partie générées par l'existence d'un passé colonial et de conquête²⁰⁶ tout autant que par l'importance de l'immigration. Ainsi,

²⁰³ GATIGNON, S., La démocratie est au bord du morcellement et de son ethnicisation, Le monde.fr, 22 octobre 2010, http://www.lemonde.fr/idees/articles/2010/10/22/la-democratie-est-au-bord-du-morcellement-et-de-son-ethnicisation_1429617_3232.html. Consulté le 01.10.2011.

²⁰⁴ Si, comme nous le verrons ultérieurement, le terme de minorité est difficile à définir, nous nous référons ici comme point de départ à la définition posée par le professeur Capotorti, Il s'agit ainsi d'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, un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue »²⁰⁴. Ce terme sera défini et décliné lors de nos développements ultérieurs. Voir *infra* p. 305 et s. Notons toutefois dès à présent que loin de faire un travail sur le statut des minorités, nous envisagerons une approche globale de celles-ci dans une nation, et plus exactement dans deux Etats, la France et les États-Unis, « Etat tout de même nation ».

²⁰⁵ Le concept de résilience, issu de la physique désigne l'aptitude d'un corps à résister à un choc. Lorsqu'il entre dans le champ des sciences sociales, tout d'abord aux Etats-Unis, il acquiert la notion de résistance, mais aussi celle de rebondir et de se reconstruire de manière positive après un traumatisme. Ainsi par exemple, selon S. VANISTENDAEL, un des penseur de la résilience: La résilience c'est la capacité à réussir, à vivre et à se développer positivement, de manière socialement acceptable, en dépit du stress ou d'une adversité qui comportent normalement le risque grave d'une issue négative ». VANISTENDAEL, S., « La résilience ou le réalisme de l'espérance. Blessé mais pas vaincu », Genève, BICE, 1998.

²⁰⁶ Nous verrons ultérieurement que la France se présente comme un Etat colonial alors que les Etats-Unis se caractérisent par la conquête des territoires. Voir *infra* p.134 et s.

des problématiques concordantes sont relevées, notamment relatives à la définition de l'identité nationale, à l'idée d'appartenance et de combinaison des appartenances qu'elles soient individuelles, communautaires ou nationale. De la même façon, on constate de multiples relations et interactions entre les différents groupes de population, c'est-à-dire entre les groupes de nouveaux arrivants, ceux des « vieux immigrants », ceux issus de la génération précédente, ceux de la population d'« origine », souvent elle-même d'origine variée et enfin des populations dites autochtones²⁰⁷. Ces relations prennent place à divers niveaux, avec des intensités variables et provoquent des résultats différents. De nombreux conflits, effectifs ou latents, semblent découler de ces rencontres, et ce, que l'on considère les situations entre les groupes communautaires eux-mêmes ou encore entre les différents groupes et les pouvoirs publics²⁰⁸. Le rejet, le racisme, la discrimination, l'exclusion, la violence physique, morale et/ou symbolique, les attitudes de domination, la confrontation entre le groupe majoritaire et les minorités, les difficultés d'assimilation ou d'intégration sont autant d'exemples reflétant la conflictualité qui émane de ces rencontres et interactions identitaires.

Le droit, trait d'union entre nation et diversité, entre France et Etats-Unis. Cette confrontation de la nation à la diversité ethnoculturelle est en partie gérée par le droit et elle produit de nombreuses conséquences juridiques. Dans ce sens, il est intéressant de cerner, à travers le prisme du droit, la diversité ethnoculturelle. Cela revient à analyser comment celle-ci est envisagée et traitée par le système juridique dans le cadre national. Il nous faudra donc saisir la façon dont le droit, et principalement le droit public, considère, incorpore, décline et régit les éléments attachés à cette diversité²⁰⁹. Notons que dans notre approche, le droit est appréhendé à la fois comme un canal, un outil de régulation et comme la traduction ou l'ambition de politiques volontaristes. Nous privilégions ainsi une conception managériale du

²⁰⁷ Nous pourrions également subdiviser entre les personnes qui sont des descendants d'esclaves ou encore, entre les migrants dont les parents ou eux-mêmes furent colonisés et les autres. Entendons nous sur le fait que nous ne parlons pas ici des peuples autochtones qui seront définis ultérieurement, mais des populations autochtones. Pour une définition des peuples autochtones, voir développement *infra* p. Par ailleurs, tout comme nous l'avons souligné pour les minorités, nous tenons à spécifier que notre étude ne portera pas à proprement parlé sur ces peuples, mais que nous les considérerons comme éléments de la nation, comme parties des deux Etat-nations, la France et les Etats-Unis.

²⁰⁸ Voir par exemple GARBAYE, R., *Emeutes vs. Intégration, Comparaisons franco-britanniques*, Sc.Po, Les presses, Paris, 2011. p. 136.

²⁰⁹ Le primat du droit public dans notre analyse ne nous extraira pas de nécessaires références au droit privé, notamment en ce qui concerne le statut personnel. Notons par ailleurs que « le nouveau droit public se comprend mieux avec les catégories du droit international public et privé qu'avec celles du droit constitutionnel ». Voir BELLEY, J.-G., « Droit public, pluralisme juridique et démocratie dans les Etats contemporains », Août 2007, p.4, http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/BELLEY-Droit_public_pluralisme_juridique_et_dimocratie-final-5sept07.pdf, Consulté le 03.01.2012. Aussi, « il ne peut se situer pratiquement et conceptuellement que dans un au-delà de la dichotomie droit public/droit privé qui ne fait plus sens depuis la transformation de l'Etat classique ». *Ibid.*, p. 6.

droit public qui « implique la possibilité voire la nécessité d'adapter cette technique aux besoins de l'action »²¹⁰. Il ne se constitue donc pas comme un élément d'étude à part entière. Il est, comme le stipule P. Amselek, « une technique de direction publique des conduites humaines »²¹¹. Cette précision se révèle importante dans la mesure où cette appréhension juridique systémique²¹² n'exclut pas une approche multidisciplinaire voire interdisciplinaire. Au contraire, elle semble l'appeler de ses vœux²¹³.

- **Méthodologie de traitement du sujet**

La méthodologie adoptée se fonde sur deux éléments corrélés²¹⁴. Elle est comparative et multidisciplinaire²¹⁵, à la fois juridique et interdisciplinaire²¹⁶.

- *Une étude comparative*

Comparative, elle entend soumettre les notions de nation et de diversité ethnoculturelle à l'épreuve de la réalité et des ambitions de deux contextes territoriaux, historiques, juridiques, politiques, sociologiques et culturels différents. Par analyse comparative on entend en effet le fait de « classer des phénomènes et des éléments à partir d'un certain nombre de variables qualitatives et quantitatives pour se donner les moyens d'en déduire des constantes, des invariants et des postulats dissociés d'un contexte culturel ou historique particulier »²¹⁷. L'identification de concepts pertinents est par conséquent un préalable indispensable et délicat de la construction de catégories susceptibles d'être comparées dans deux contextes nationaux différents. Ainsi, nous envisageons la comparaison entre les États-Unis et la France comme

²¹⁰ *Ibid.* p.4.

²¹¹ AMSELEK, P., « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », in *Définir le droit/1, Droits*, Revue Française de Théorie Juridique, France, PUF, 1989, pp.7-10, p.7.

²¹² Le droit est ici envisagé dans une fonction systémique. J.-G., BELLEY mentionne que « Ramené à sa fonction systémique et descendu du piédestal métaphysique à partir duquel il s'affichait autrefois comme le fondement inaltérable de toutes choses, le droit contemporain est transformable à volonté ». *Ibid.*, p. 3.

²¹³ Pour G, TEUBNER, N. BOUCQUEY, « L'ouverture du droit à des disciplines voisines, particulièrement à l'économie, à la sociologie et à l'histoire, représente l'un des phénomènes les plus surprenants du droit moderne ». TEUBNER, G, BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *In Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 47e année, N. 6, 1992. pp. 1149-1169., p.1149, url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ahess_0395-2649_1992_num_47_6_279101, Consulté le 22.08.2012.

²¹⁴ Notre méthodologie se fonde essentiellement sur l'analyse de sources primaires et secondaires.

²¹⁵ Le terme multidisciplinaire désigne la prise en compte de plusieurs disciplines. Cela signifie donc que notre étude portera sur différents champs disciplinaires.

²¹⁶ Le terme interdisciplinaire signifie que nous opérerons une interaction entre différentes disciplines pour construire un raisonnement qui s'appuie sur celles-ci pour mieux les intégrer voire même les transcender.

²¹⁷ GHORRA-GOBIN, C., « La démarche comparative en sciences sociales- Esquisse pour un débat sur la méthode et les objectifs à partir de trois projets MOST menés au sein d'un réseau international de chercheurs », Gestion des transformations sociales MOST, UNESCO, document de travail N° 40, 1999, SHS-99/WS/11, Avant-propos. <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001162/116293fo.pdf>, Consulté le 01.01.2011.

une mise en perspective de deux réalités, permettant tout à la fois la prise en compte de celles-ci et leur objectivisation, c'est-à-dire une certaine abstraction de leur particularité²¹⁸. Il s'agit de considérer le particulier pour mieux le dépasser. C'est donc tout autant un outil de validation de théories qu'un moyen de favoriser un véritable transfert d'expériences²¹⁹. La comparaison ou exercice de comparabilité se place donc dans une vision stratégique qui entend favoriser une certaine « transférabilité des politiques publiques, une meilleure appréhension de phénomènes transnationaux et un processus d'enrichissement mutuel (...) »²²⁰ qui pousse à penser l'action et à théoriser la pratique. Pourtant, il est important de souligner que, comme l'envisage K. Deutsch, la comparaison a davantage un objectif de prévoyance que de prévision.

- *Une étude à facette interdisciplinaire*

La démarche ainsi envisagée pose incontestablement la question de l'interdisciplinarité, qui, dans le cadre de la science du droit, rompt le « splendide isolement du formalisme juridique traditionnel »²²¹. Pluridisciplinaire, notre étude se fonde en premier lieu sur le droit. Ce dernier implique la référence et la mobilisation de plusieurs sciences humaines, socle sur lesquels il repose indéniablement. Le droit occupe en effet une place prépondérante dans les contextes français et américain. Il constitue un processus d'objectivisation des données sociales et revêt donc une fonction éminemment constitutive²²². Notre démarche s'inscrit plus particulièrement dans la perspective de l'anthropologie et de la sociologie du droit. Elle

²¹⁸ Comme le souligne F. PALERMO « (...) the comparative method now proves to be the most effective tool for understanding how to grasp the essence of legal phenomena ». PALERMO, F., « Accomodating differences: the present and future of the law of diversity. An introduction », Vermont Law Review, Vol. 30, No. 3, 2006.

²¹⁹ M., NOUNCKELE considère que « Les différences de raisonnement, loin de constituer un obstacle, représentent, au contraire, des apports non négligeables dans l'approche de certaines questions juridiques ». Il estime par ailleurs que « la multiplication des échanges entre les pays renforce la légitimité du recours au droit comparé, par la jurisprudence notamment ». Voir NOUNCKELE, M., « Aux frontières de la comparaison », Revue de Droit International et de Droit comparé, 2012, n°3, Bruylant Bruxelles, pp.393-420, p.393.

²²⁰ GHORRA-GOBIN, C., « La démarche comparative en sciences sociales- Esquisse pour un débat sur la méthode et les objectifs à partir de trois projets MOST menés au sein d'un réseau international de chercheurs », op.cit.

²²¹ G. TEUBNER, N. BOUCQUEY notent que « Les mouvements Law and society et Law and economics ont marqué l'irruption spectaculaire de l'interdisciplinarité dans la science du droit, en rompant le splendide isolement du formalisme juridique traditionnel ». TEUBNER, G, BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », op.cit., p.1149.

²²² Idée exprimée par D. LOCHAK. Voir LOCHAK, D., « L'appartenance saisie par le droit », in GOTMAN, A., (dir). *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004. p.3. Cela signifie que le fait de donner un contenu objectif permet d'identifier les éléments constitutifs d'une notion. En droit, l'identité civile d'une personne est ainsi définie par un nom, un prénom, une date de naissance (comprenant l'heure de naissance) et un lieu de naissance. Voir par exemple article 57 du code civil, Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 17 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006,

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006420911&cidTexte=LEGITEX T000006070721&dateTexte=vig>, Consulté le 19.09.2011.

Par exemple, le droit donne à l'identité un contenu exprimé par l'article du code civil

se rattache d'avantage à la pensée du Pr. Hauriou²²³ et s'oppose à la théorie « pure » du droit laquelle réfute le fait que les réalités sociologiques soient pertinentes dans l'explication des phénomènes juridiques. Dans notre conception, le droit est à la fois en amont de la société, l'orientant, la transformant, traduction d'un état d'esprit puissant²²⁴, à un moment donné et dans un contexte donné. Il est aussi en aval de celle-ci, manifestation de l'expression d'une volonté dite générale. Ainsi, il est tout autant ce qui fixe les modalités d'interactions entre les pouvoirs publics et les populations, que ce qui influe sur les relations des individus et des groupes entre eux. Il se caractérise donc d'une part, par un impératif visant à figer une situation et d'autre part, par un élément dynamique qui s'accommode de la diversité des références sociales contemporaines en évoluant avec elles. Appuyé sur la réalité, le droit influence alors effectivement la réalité sociale « au moyen d'un savoir adéquat des enchaînements de causalités propres à la situation régulatoire »²²⁵. De fait, le droit, consubstantiel à la culture²²⁶, est en prise à de constants ajustements en fonction des évolutions sociétales. Il est donc moteur, canal et résultat. Ici entendu comme un « système social autopoïétique »²²⁷ plus que comme un système normatif *per se*, il se produit lui-même, régénéré par l'interaction permanente avec son environnement. Pourtant, nonobstant le changement de composants, il maintient sa structure. Nous l'analyserons en conséquence comme un processus, en partie explicatif de la situation actuelle observable en France et aux États-Unis²²⁸ et comme une clef prospective afin de proposer pour l'avenir une articulation intéressante entre les évolutions sociétales esquissées et la diversité ethnoculturelle. Le droit serait alors dans ce sens un « sujet épistémique autonome, qui construit de lui-même une réalité sociale »²²⁹.

²²³ M. HAURIOU postule que ce sont les organisations sociales qui créent les règles de droit, Voir MILLARD, E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit & société*, 1995, n°30-31, www.reds.msh-paris.fr, Consulté le 19.09.2011.

²²⁴ Nous pourrions être tenté de dire que le droit résulte d'un état d'esprit majoritaire et général. Toutefois, cela ne se réfère qu'à la production du droit dans le cadre d'un processus démocratique. L'état d'esprit semble alors général para rapport à la volonté générale de J.-J. Rousseau. Or, le droit peut aussi émaner d'un pouvoir minoritaire voire autocratique. Il n'en résulte pas moins d'un esprit puissant.

²²⁵ TEUBNER, G., BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *op.cit.*, p.1149.

²²⁶ G. OTTIS, rappelle que « les comparativistes savent que la relation entre culture et droit est consubstantielle ». Il cite par ailleurs LEGRAND, P., pour qui « revendiquant son lien et son temps, un droit s'inscrit inéluctablement en une culture juridique, et, par son truchement, en une tradition juridique. Il est prescrit par elle ». LEGRAND, P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2^e éd., p.6. Cité in OTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance: cadre conceptuel », pp. 3-26, in OTTIS, G., CISSE, A., DE DECKKER, O., MASTOR, W., *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Savoirs francophones, AUF, 112p. Paris, 2010, p.4.

²²⁷ TEUBNER, G., BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *op.cit.*, p.1153.

²²⁸ Comme nous l'avons préalablement mentionné, dans les deux contextes qui nous intéressent, le système juridique appartient à une tradition distincte qui se revendique d'inspirations différentes. De là en découle une place particulière du droit à chaque société.

²²⁹ TEUBNER, G., BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *op.cit.*, p.1150.

Ce seront principalement les cadres du droit public et entre autre du droit constitutionnel²³⁰ et des libertés publiques tels qu'envisagés par le droit français qui nous serviront de cadre conceptuel d'analyse. Nous envisagerons alors, plus que le droit constitutionnel normatif, le droit constitutionnel substantiel, en tant que révélateur des principes et règles garantissant la réalisation de l'Etat de droit et la recherche de la plénitude des droits et libertés²³¹. Il est à ce stade important de spécifier que l'analyse comparative se fera à partir du contexte français.

Si le point de vue juridique sera notre premier et principal angle de vue, d'autres disciplines se révéleront nécessaires à l'appréhension de ces thématiques. Ce recours à une lecture interdisciplinaire s'explique d'une part, parce que le droit est multithématique par essence et d'autre part, parce que les différentes thématiques abordées ne peuvent l'être que sous l'angle des différentes sciences humaines et notamment de l'histoire, de la sociologie, de l'ethnologie, de la science politique ou encore de la philosophie politique. Comme le suggère E. Morin, il est temps de décloisonner les sciences humaines, ou, comme le préconise Heidegger, de faire « voler en éclat la mise en boîte des sciences dans des disciplines séparées »²³².

Cette comparaison entre les États-Unis et la France se révèle tout à la fois périlleuse et nécessaire. Périlleuse étant donné que notamment, nous allons être amenés à nommer et catégoriser des éléments appartenant à deux ensembles historiques et culturels distincts, construits et développés sur la base de référents différents et dans le cadre d'un champ linguistique spécifique. De ce fait, toute mise en perspective et en parallèle s'avère *a priori* sujette à controverse²³³. Concernant la nécessité d'un tel travail comparatif, elle résulte essentiellement de son caractère contemporain et de son actualité « brûlante ». Elle émane à la fois des nations elles-mêmes qui ont, pour survivre et continuer à se développer, besoin de régénérer leur manière de se penser. Elle procède également des institutions publiques qui,

²³⁰ A considérer que la Constitution est le statut juridique de la nation, l'étude du droit constitutionnel s'impose alors comme moyen de compréhension des valeurs collectives fondatrices. En outre, ne pourrait-on pas considérer avec les constitutionnalistes aixois que « le droit constitutionnel est le droit des autres branches du droit », Voir SAINT BONNET, F., La nation et le droit constitutionnel substantiel, in *Que reste-t-il de la nation dans la constitution ?*, op.cit., p. 32. Citant lui-même la Préface à la première édition (1998), FAVOREU, L. (dir.) *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998, p.X.

²³¹ Voir à ce titre FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, RFDA, 1990, pp71-89.

²³² MORIN, E., *La méthode, 5. L'humanité de l'humanité, L'identité humaine*, Points Essais, Editions du seuil. 2003, 300p, p.11.

²³³ Ce ne sont pas là les seules limites de ce travail. Néanmoins, cet élément constitue une limite prépondérante que nous ne dépasserons que très partiellement. Une autre limite essentielle tient au caractère évolutif des notions clefs, en raison notamment de l'édiction de nouvelles normes juridiques et/ou des changements des gouvernements et des politiques publiques dans les deux contextes.

semble-t-il, ne peuvent concevoir et appliquer des règles qu'en relation ou tout au moins en cohérence avec la réalité sociologique et relationnelle de la population dont elles ont la responsabilité. Enfin, elle découle de la population elle-même, laquelle, en fonction des groupes socio-économico-culturels et ethno-raciaux considérés, peut revendiquer une plus grande visibilité et reconnaissance, ou au contraire, appeler à une société aveugle aux différences.

- **Ancrage du sujet : historicisation de la thématique et contemporanéité de la problématique**

Dans ce contexte, l'étude de la nation à l'épreuve de la diversité ethnoculturelle présente de nombreux intérêts largement complémentaires. D'abord, il met en exergue l'importance de repenser les nations française et américaine au regard de la diversité croissante de leur population, et ce, afin d'enrayer les risques de conflictualité interne. En effet, les menaces pesant sur l'unité de ces deux nations semblent découler du développement quantitatif et qualitatif de la diversité ethnoculturelle mais aussi et surtout, de son inadéquate gestion, voire même de sa non considération. Ainsi, nous postulons qu'un *statu quo* ou un déni de traitement de la diversité ethnoculturelle pourrait être une source de conflictualité importante. Les crises sociales et identitaires que connaissent sporadiquement la France et les États-Unis sont des indicateurs non négligeables de ces tensions²³⁴. Dans ce cadre, il sera opportun de voir si les dispositifs déjà expérimentés en France en la matière peuvent influencer les États-Unis. De même, nous analyserons si la prise en compte de la diversité, plus ancienne aux États-Unis, peut être source d'inspiration pour les politiques françaises alors même que de nombreuses voix s'élèvent en France pour mettre en garde contre le communautarisme étasunien dévastateur.

En outre, la France est sujette à des interrogations croissantes en raison de la diversité de plus en plus visible et affirmée de sa population. On assiste ainsi depuis quelques années à une

²³⁴ En France, notons les émeutes de novembre 2005. Voir par exemple pour la France STEBE, J.M., *La crise des banlieues*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je », 2010, 126p. Pour les États-Unis, mentionnons les émeutes qui ont éclaté en 1992 à Los Angeles et dans d'autres villes américaines. Sur la question des violences urbaines aux États-Unis, voir par exemple BODY-GENDROT, S., « Les nouvelles formes de la violence urbaine aux États-Unis », *Cultures & Conflits*, 06, été 1992, mis en ligne le 06 janvier 2003. URL : <http://conflits.revues.org/index647.html>. Consulté le 03.01.2012.

certaine réévaluation de la place des personnes d'origine étrangère ou des personnes « de couleur »²³⁵. Ces « stratégies promotionnelles du narcissisme »²³⁶ génèrent de nouvelles problématiques qui appellent notamment à reconsidérer la thématique des groupes en France, à renommer et éventuellement à catégoriser. Dans tous les cas, la question est sujette à polémique et ne peut plus être éludée. Elle convie à un véritable débat d'idées avant d'être ou non traduite dans le cadre de politiques publiques. Ce dernier se fait d'autant plus urgent que les rapports entre les individus et les groupes se référant à des ensembles ethnoculturels différents se manifestent parfois ouvertement. Par ailleurs, ils ont eu tendance ces dernières années à constituer un élément mobilisateur pour la revendication publique identitaire voire même pour commettre des actes de violences individuelles ou collectives²³⁷. Les États-Unis connaissent également un grand nombre de questions et revendications relatives à l'assimilation des nouvelles vagues d'immigration et à la considération des groupes communautaires opposant ceux qui craignent une désunion de la nation et les autres. En outre, après plus de 50 ans de politique *d'affirmative action*²³⁸, il est possible de dégager des éléments d'évaluation et de porter un regard critique sur ses objectifs, ses moyens et ses résultats dans différents contextes étasuniens. De plus, l'expérience des classifications des populations en catégorie et leurs conséquences positives ou négatives, directes et indirectes, s'avère être d'un éclairage certain pour la France. En définitive, dans les deux contextes d'analyse, la question de l'universalité et de l'égalité réelle est posée, générant son flot de moyens portés par des courants de pensées forts différents²³⁹.

Par ailleurs, d'un point de vue politique, les campagnes électorales et de manière plus spécifique les campagnes présidentielles, se focalisent notamment sur les thématiques de l'immigration²⁴⁰, de l'intégration, de la reconnaissance des groupes ainsi que sur les politiques

²³⁵ Ce terme ne sera pas privilégié dans notre étude mais nous le mentionnons à ce stade de l'analyse étant donné qu'il est usuellement rencontré dans bon nombre d'articles de presse et d'ouvrages.

²³⁶ NEYRAN, G., « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », in POUSSON-PETIT, J., (dir.), *L'identité de la personne humaine, Etudes de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2002, 1001 p., p.93.

²³⁷ L'affaire Mohamed Merah qui s'est déroulée à Toulouse est révélatrice de commission d'actes de violence sur la base d'une revendication identitaire. Voir notamment le dossier du Monde, dimanche 25-lundi 26 mars 2012, pp.2-5 et p.16.

²³⁸ Ce terme est communément traduit en français par discrimination positive. Pour une définition de ce terme en France et aux États-Unis, Voir notamment développement *infra* p.415-423, et la définition donnée p. 416.

²³⁹ Voir Journal le Monde, *Le discret hommage de la France à ses immigrés*, p.1, p.11, p.20. p.22, Mercredi 10 octobre 2007.

²⁴⁰ La fin du second mandat de G. Bush a été marquée par la volonté de faire voter, sans succès, une loi décisive en matière d'immigration. De même en France, le début du mandat présidentiel de Nicolas Sarkozy s'est manifesté par l'adoption d'une loi charnière en matière d'immigration qui soulève d'incontestables débats relatifs à l'éthique. Mentionnons par exemple la Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. De même, l'ouverture de la Cité de l'immigration le mercredi 10 octobre

d'égalité ou de discriminations positives²⁴¹. Cette situation observée dans les deux contextes d'analyse est primordiale car les débats et positions d'aujourd'hui orientent les politiques de demain, lesquelles à leur tour conditionnent l'arsenal juridique et influent sur les attitudes et comportements des institutions, des communautés et des individus eux-mêmes²⁴². Alors même que Barak Obama souhaite une Amérique « Post raciale »²⁴³, son élection a éveillé les ardeurs de la diversité et sert de modèle aux partisans d'une ethnicisation de la politique en France²⁴⁴.

De plus, l'étude de la France nous permettra d'avoir un éclairage sur la situation européenne à l'heure où de nombreuses interrogations ont trait à la construction d'une Europe politique ce qui sous-tend l'idée d'identité européenne. Cette construction *supra* régionale pose en effet plusieurs perspectives: la question de l'édification d'une Europe des nations et/ou de la coexistence des nations européennes dans un cadre commun ou encore la constitution d'une nation européenne voulue et perçue comme telle. En outre, la France et le modèle républicain d'intégration français semblent se muer sous l'influence plus ou moins contraignante du droit européen comme en témoignent par exemple les mesures relatives à la lutte contre les discriminations²⁴⁵. Il sera alors important de voir comment s'opère cette modification du droit français et de s'interroger si cette tendance n'amène pas, en droit et dans les faits, à un rapprochement avec le modèle *anglo-saxon* incarné par le fédéralisme et, plus encore, la gestion de la diversité des États-Unis.

Enfin, du point de vue de la science politique et du droit constitutionnel, cette étude nous amènera à repenser l'articulation des principes essentiels de deux républiques démocratiques,

2007 dont l'objectif originel était de « valoriser l'immigration en lui faisant sa place dans la mémoire nationale » et l'absence d'inauguration par les plus hautes instances de l'Etat dénote du contexte politique et social paradoxal relatif à l'immigration.

²⁴¹ Même si le candidat Barak Obama a évité de se prononcer de manière tranchée sur l'*affirmative action*, cette question a été un point important de la campagne. Voir par exemple le débat opposant H. CLINTON et B. OBAMA, le 16 avril 2008.

²⁴² L'élection de Barak Obama le 3 novembre 2008 est considérée par certains constitutionnalistes comme le dernier élément à ce jour marquant un effort graduel pour dépasser le péché originel constitué par l'esclavage. Voir par exemple DORF, M., C., MORISON, T., W., *Constitutional law*, Oxford University Press, 2010, 254p., p.125. . Il sera à ce titre très intéressant de suivre avec acuité les orientations prises par le premier président « noir » de l'histoire américaine et leurs respectives traductions dans les politiques publiques

²⁴³ Voir notamment The New York Times, SWARNS, R. L.: « Delicate Obama Path on Class and Race Preferences », 3 août 2008. Notons qu'à la date de fin de rédaction de ce travail, aucun changement significatif en la matière ne peut être relevé.

²⁴⁴ La référence à la diversité dans le champ politique est marquante depuis l'élection du président Nicolas Sarkozy en mai 2007.

²⁴⁵ La directive 2000/78 porte sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et concerne six critères protégés: la prétendue race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions philosophiques, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. La directive 2000/43 porte sur l'égalité de traitement et l'interdiction de discriminer sur base de la prétendue race ou de l'origine ethnique.

structurées de manière différente et construites sur des modèles distincts mais qui partagent des éléments fondateurs communs.

- **Problématique et annonce du plan**

Ainsi dans les deux contextes d'étude, la nation et la diversité ont sans cesse été opposées, articulées et/ou conciliées. Cette confrontation reflète la difficile appréhension de l'altérité, la délicate articulation de l'un et du pluriel et de leur potentielle conciliation²⁴⁶. Elle a aussi déterminé une certaine conception de l'égalité qui, d'un principe de philosophie politique, est devenu un principe juridique²⁴⁷, pierre angulaire de toutes relations développées dans le cadre national²⁴⁸. Cette relation entre la nation et la diversité pose en définitive la question de l'universalité qui semble être passée d'un universalisme de moyen et de finalité à un universalisme d'objectif²⁴⁹, tolérant tout autant que gérant des moyens particularistes.

Or, la nation, en France comme aux États-Unis, s'est construite par et avec une population diverse, tant du point de vue de ses origines que de ses références culturelles et culturelles, et ce, en dépit des politiques unificatrices, « homogénéisantes », intégratrices voire assimilationnistes. Aujourd'hui cependant, la visibilité croissante de cette diversité dans la sphère publique et les revendications qui lui sont attachées, questionnent la nation en tant qu'unité cohérente traditionnelle. Cette situation semble traduire la difficulté pour l'État et ses habitants de trouver un équilibre satisfaisant afin de vivre pleinement cette diversité tout en évoluant dans un cadre républicain unitaire. Cette inadéquation grandissante entre diversité des populations et unité nationale apparaît handicapante voire préjudiciable, tant pour une intégration appropriée de celles-ci, qu'elles soient d'origine étrangère ou non, que pour la cohésion sociale dans son ensemble et pour l'équilibre institutionnel de ces États. Elle conduit de plus en plus fréquemment le droit à osciller entre des principes *a priori* contradictoires, marqués par le sceau de l'universalisme et du différentialisme.

²⁴⁶ La question de l'articulation entre l'un et le multiple se retrouve déjà chez Platon ou Aristote. Voir par exemple, LUCCIONI, J., *La pensée politique de Platon*, puf, 1958, 354p, p.109 et s.

²⁴⁷ Le concept d'égalité fut transporté sur le terrain du droit au XVII. Voir GOYARD-FABRE, S., « L'égalité des droits en 1789. Un rêve impossible sur un horizon d'espérance », in *Égalité*, éd. J. Ferrari et A. Postigliola, Liguori, Rome, 1990, p.113. Voir ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 1992, Livre II, Chap XI, 445p, p.77.

²⁴⁸ Sur la place du principe d'égalité dans les deux corpus juridique, voir notamment infra p.387 et s.

²⁴⁹ Par moyen on entend un ensemble d'éléments nécessaires pour atteindre un objectif. Par objectif on envisage les éléments opératoires qui vont permettre d'arriver à un résultat. Par finalité, on conçoit l'impact sur une société d'un projet donné.

Dans ce cadre, notre principale hypothèse de recherche envisage le droit comme une ressource essentielle, endossant une fonction régulatoire. Auto poïétique, il permet d'une part de concilier au mieux les principes fondateurs et d'autre part, de trouver des équilibres viables, garantissant les libertés publiques des personnes et leurs spécificités identitaires, tout en promouvant l'idée d'une nation intégratrice, structurée autour d'un intérêt général fédérateur.

Ainsi, nous nous évertuerons à analyser en quoi et selon quelles modalités l'unité nationale est mise en cause et quelles sont les réponses adoptées par les États-Unis et la France. En second lieu, nous envisagerons l'option d'une nouvelle appréhension des nations française et américaine, qui prendrait en compte effectivement et de façon adéquate la diversité pour la concilier avec le maintien sinon la garantie d'une cohésion nationale. Toutefois et sans omettre le fait que l'objet de cette étude est une tentative d'explicitation du droit positif français et américain par rapport au fait de la diversité, il nous faudra afin de réaliser ce travail de déconstruction²⁵⁰, nous référer à des éclairages historiques, politiques et sociologiques.

Ainsi, en France comme aux États-Unis, la diversité ethnoculturelle a contribué à façonner l'identité de la nation, au point que l'on peut se demander si d'Etat-nation, elles ne seraient pas devenues des « multinations »²⁵¹? La nation confrontée au développement de la diversité ethnoculturelle a généré un ancrage particulier de la diversité. Par conséquent, dans un cadre républicain établi, des différenciations raciales et/ou ethniques (linguistiques, religieuses, d'origine nationale) ont conduit à un traitement différencié des droits et des statuts, souvent discriminatoire. Inaboutie, aux effets parfois contradictoires, souvent en conflit avec les principes républicains fondateurs, l'articulation entre nation et diversité ethnoculturelle a

²⁵⁰ A noter que le déconstructivisme est un mouvement philosophique principalement incarné par le philosophe J. Derrida. Le processus de déconstruction se caractérise par un dépassement de la métaphysique occidentale construite sur des oppositions de concepts. L'acte de défaire et de démonter une structure tend alors à atteindre la « différance », source et mouvement de créations des différences. Ce mouvement se révèle une critique de toute possibilité de connaissance unifiée et objectivée du monde. Le terme de déconstruction est emprunté aux grammairiens et est lié à l'hypertexte. Il s'inscrit dans la démarche des structuralistes qui entendent démystifier et démythologiser les fondements de la pensée pour en suggérer d'autres usages. Cette réaction au positivisme, au rationalisme et au déterminisme s'incarne dans les figures de Mead, de Saussure et plus tard dans les travaux de Lacan, de Lévis-Strauss, de Foucault, de Ricœur, de Braudillard ou de Derrida. Ce corpus théorique va par ailleurs servir de base conceptuelle et de légitimation intellectuelle à ce que l'on peut nommer l'épistémologie multiculturelle. Sur le multiculturalisme, voir les développements *infra* pp. 531-533.

²⁵¹ Une multination peut être définie comme « une société politique composée de plusieurs communautés nationales, mais unies par la volonté de partager un destin commun ». CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., Thémis droit, PUF, 2009, 567 p., p. 337. Voir développements *infra* p. 554 et notre conclusion *infra* p. 580.

²⁵¹ Définie comme « une société politique composée de plusieurs communautés nationales, mais unies par la volonté de partager un destin commun ». Voir CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 337.

généralisé un corpus juridique complexe dans les deux contextes d'analyse. Une reconnaissance mesurée mais néanmoins assumée de la diversité pourrait alors permettre de concilier de manière plus satisfaisante garantie de l'unité nationale et adéquation avec les mutations sociologiques. Si la diversité n'est pas en soi un principe constitutionnel du droit français et américain, il importe toutefois d'envisager sa normativité, actuelle et potentielle. En guise de conclusion, deux modèles seront proposés, afin de clarifier les voies de gestion de la diversité que peuvent emprunter la France et les Etats-Unis, dans un cadre national réaffirmé. Exprimés sur la base de l'existant, ces deux modèles se proposent d'articuler différents éléments juridiques dans deux systèmes cohérents de gestion de la diversité: d'une part, le multiculturalisme basé sur le principe d'égalité, d'autre part, la « laïcité de la diversité ». Tous deux postulent d'une affirmation de la diversité dans le cadre national, promouvant une réécriture du contrat social propice à la réaffirmation de la nation elle-même.

Cette démonstration s'articulera en deux moments. Il s'agira en premier lieu d'analyser la dialectique passée et présente entre nation et diversité. Dans ce sens, il importera de comprendre en quoi la diversité a façonné la nation et comment la nation a considéré et organisé cette diversité ethnoculturelle. En d'autres termes, nous verrons comment la nation, réalité évolutive, a découvert la diversité ethnoculturelle (PARTIE I). En second lieu, il conviendra de s'attacher à cette dialectique dans une perspective future. De fait, l'étude des défis posés à la nation par la diversité ethnoculturelle et sa gestion par le droit nous intéressera tout particulièrement. Donnée en transformation, la diversité dite ethnoculturelle semble en effet appeler à une nouvelle appréhension de la nation (PARTIE II)²⁵².

²⁵² Dernière modification mai 2012.

PREMIÈRE PARTIE :
LA DECOUVERTE
PAR LA NATION
DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE

« Toute conscience porte en soi, comme la marque la plus propre de son être même, l’empreinte de l’altérité (...) elle n’est singulière que par la manière dont elle exprime l’universalité ».

Franck Fischbach

« Si je diffère de toi, loin de te léser je t’augmente »

Antoine de Saint-Exupéry, Lettre à un otage

La définition de la nation tout autant que son contenu est contingente, différant en fonction du lieu, des époques et des circonstances. Toutefois, le lexique Dalloz en donne une définition qui synthétise les conceptions « allemandes » et « françaises ». Elle se présente ainsi comme « un groupement d'hommes ayant entre eux des affinités tenant à des éléments communs objectifs (« race », langue, religion, mode de vie) et subjectifs (souvenirs communs, sentiment de parenté spirituelle, désir de vivre ensemble) qui les unissent et les distinguent des hommes appartenant aux autres groupements nationaux »²⁵³. Il s'agit donc une donnée évolutive en tant que fruit d'un processus d'intégration de la société par la politique. Dans notre étude, nous l'envisagerons comme une manifestation de l'imbrication de la dimension psychologique, incarnée par un « désir de vivre ensemble », même implicite, et de références communes. Ces dernières peuvent se baser sur un socle culturel commun, formé de différents éléments tels que la langue, un passé idéologique, des valeurs, une culture institutionnelle ou encore un style de vie partagé. La nation comporte alors un caractère à la fois exclusif et inclusif et permet la formation imaginée²⁵⁴ d'«une communauté de citoyens»²⁵⁵, laquelle s'identifie à une collectivité sans même que les personnes ne se connaissent les uns les autres²⁵⁶.

Au-delà d'un simple concept, la nation est bel et bien une réalité. Le fait même d'exister la rend complexe et incontestablement évolutive. Ces évolutions tangibles semblent questionner, perturber, jusqu'à modifier son identité. Ces mutations la conduisent par ailleurs à redéfinir constamment tant ses contours que son organisation interne. Dans ce cadre, les transformations qui ont affecté et continuent de modifier les nations, notamment française et américaine, résultent en partie du développement incessant de la diversité ethnoculturelle des populations qui les composent. L'idée de développement ne signifie pas forcément que la diversité devienne exponentielle ou elle-même plus diverse. Seulement, la relevance sur la scène publique de la revendication de la différence semble se faire de manière prégnante. En

²⁵³ Lexique Dalloz, *Termes juridiques*, Paris, 10ème édition, 1995, 583p, p.369.

²⁵⁴ B., ANDERSON, parle de « communauté imaginée ». ANDERSON, B., *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1983.

²⁵⁵ D., SCHNAPPER, affirme ainsi que « sa souveraineté qui s'exerce à l'intérieur, pour intégrer les populations qu'elle inclut et à l'extérieur, pour s'affirmer en tant que sujet historique dans un ordre mondial fondé sur l'existence et les relations entre des nations-unités politiques »²⁵⁵. SCHNAPPER, D., 1994, *op.cit.*, p.28

²⁵⁶ GELLNER, E., *Culture, Identity, and Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, 189p, p. 6.

outre, à côté de cette visibilité croissante dans l'espace public, ou plutôt, comme résultante de ce processus, le droit opère une gestion normative quasi empirique. Ce processus concilie avec plus ou moins de facilité et d'effectivité l'universalité de la règle de droit avec les spécificités législatives. Ce mouvement juridique participe lui-même à la perturbation de l'idée nationale. De ce fait, on peut postuler l'« existence d'une société pluriculturelle en France »²⁵⁷ tout autant qu'aux Etats-Unis.

Ainsi, les nations française et américaine se sont développées par et avec une population diverse. Toutefois, pour se structurer, celles-ci se sont en premier lieu appuyées sur une conception « homogénéisante » voire assimilationniste, faisant *de facto* de la blancheur, de la masculinité, de la chrétienté et de l'hétérosexualité les références de normalité, caractéristiques de la nation²⁵⁸. Cette construction sur la base d'une référence commune a pu se réaliser contre les références « autres ». Dans ce cadre, l'expérience coloniale ou celle de la conquête, corroborée à l'esclavage de populations « importées », a notamment contribué à développer une certaine « racialisation » des sociétés.²⁵⁹ Les migrations croissantes ont dès lors conduit ces deux Etats à privilégier une logique assimilationniste, dans la droite lignée des principes universalistes et égalitaristes, fondateurs des deux sociétés. Toutefois, la diversité sociologique de la France et des Etats-Unis a conduit à une certaine particularisation de leur droit²⁶⁰ afin de continuer à garantir leurs principes fondamentaux. Cette situation a engendré une prise en compte de la diversité ethnoculturelle. S'est alors mis en place un corpus complexe où les principes garants de l'unité nationale côtoient un système de prise en compte de la différence. Ainsi, l'homogénéité voulue et prétendue fait place dans les deux contextes à un *patchwork* de mesures et de statuts. Celui-ci est assumé et revendiqué par les Etats-Unis, société dite multiculturelle, même si ce modèle fait encore l'objet de nombreuses problématiques et critiques²⁶¹. Par contre, il est en partie nié en France où le système assimilationniste domine et repose sur une conception républicaine *a priori* étanche, incarnée dans la vision d'une nation dite indivisible et unitaire.

²⁵⁷ Expression de G., KOUBI, in KOUBI, G., *Droit et minorités dans la République Française, Bruxelles, 1995*. FENET, A., G. KOUBI, SCHULTE-TENCKOFF, I., et ANSBACH, T., *Le droit et les minorités, Bruxelles, E. Bruylant, 2000, 2^e ed, 861p*, pp. 197 à 250, p.222.

²⁵⁸ Cette thèse est notamment soutenue pour le contexte français par D. LOCHAK. Concernant les Etats-Unis, on l'a trouve dans les travaux de S., BOWLER, G.M., SEGURA. Voir BOWLER, S., SEGURA, G.M., « Social, Political and Institutional Context and Representation of Minority Americans », in BOWLER, S., SEGURA, G.M., *Diversity in Democracy, Minority representation in the United States*, Charlottesville: University of Virginia Press, 2005, 316p., pp. 72-101. Voir également les développements *infra* p. 313.

²⁵⁹ Anglicisme traduisant un processus par lequel une société intègre la dimension raciale.

²⁶⁰ Par l'utilisation de cette terminologie, nous entendons révéler la prise en compte des situations particulières des bénéficiaires tout autant que des titulaires de droits conduisant à une certaine légitimation des différences.

²⁶¹ Sur le concept de multiculturalisme, voir nos développements *infra* pp.531-533

Par conséquent, en dépit des différentes réponses données, notamment dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, des situations similaires sont vécues et des questionnements juridiques identiques sont posés. Dans ce cadre, nous nous demanderons comment les nations française et américaine appréhendent aujourd'hui la diversité de leurs populations. Nous envisagerons ainsi le positionnement historique des deux nations face à cette diversité ethnoculturelle. Pour ce faire, il nous appartiendra de saisir quels processus ont construit cette diversité ethnoculturelle et ont par là même façonné la nation (TITRE I). Dans un second temps, nous verrons comment cette diversité s'est ancrée juridiquement dans le cadre national (TITRE II).

TITRE I :

L'EMERGENCE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE AU SEIN DE LA NATION

Appréhender simultanément l'identité des nations française et américaine est une démarche à la fois délicate et nécessaire. En dépit des différences liées à l'histoire, à l'organisation politique et institutionnelle ou encore à la structuration sociologique des populations qui les composent, ces deux nations peuvent être rapprochées.

Examiner la nation, c'est se référer de manière implicite à deux éléments corrélés mais pour autant non assimilables: l'unité nationale et l'identité nationale. Envisager l'unité nationale revient à concevoir un ensemble spécifique puisque le terme d'unité désigne couramment l'état de ce qui est un, le caractère d'ensemble entre les parties d'une même composition²⁶². Néanmoins, ce dernier ne se réfère pas exclusivement à ce qui est homogène mais il se rattache plutôt à ce qui peut se concilier et s'harmoniser dans un tout. L'unité n'est donc pas l'uniformité ni même l'indivisibilité. En ce sens, l'unité apparaît comme la caractéristique essentielle de la nation étant entendu que, aussi diverse et plurielle que soit la société qui la fonde, elle exprime une réalité, à savoir l'union dans un être collectif. Ainsi, inextricablement liée à un territoire dans les deux cas d'études, la nation exprime tout à la fois un lien d'attachement national, des affections naturelles et un sentiment d'appartenances communes²⁶³.

Par conséquent, nous postulons que la nation a une identité. En effet, elle repose avant tout sur une relation. Par ailleurs, elle a sa propre unicité ce qui lui permet d'intégrer le

²⁶² Notons que le terme national, adjectif relatif à la nation, peut être entendu de différentes manières. Dans son acception identitaire il fait référence à l'appartenance à un tout organisé alors que dans un sens juridique il se rattache à la notion de nationalité. Dans un contexte culturel, il désigne le trait particulier de caractéristiques attachées aux personnes vivant sur un même territoire. Enfin, mais de manière non exhaustive, dans le cadre de considérations d'ordre politique, il se réfère à la délimitation de ce territoire et du pouvoir légitime et souverain qui s'y exerce.

²⁶³ A. PECHEUL en mentionnant les tentatives de déconstruction de la nation évoque l'idée selon laquelle « la France (...) subi les assauts de ceux qui veulent défaire le lien d'attachement national, les affections naturelles et le sentiment d'appartenance commune ». PECHEUL, A., « Présentation générale du colloque, in Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 15 et 16 mars 2007, ue reste-t-il de la Nation dans la Constitution, Editions Cujas, 2007, 230p., p.6.

changement, aussi bien que l'« autre », tout en gardant une certaine permanence²⁶⁴. Elle possède en outre un ensemble de caractéristiques qui font qu'une nation peut être différenciée d'une autre, par son nom, sa genèse, son histoire, parfois sa langue, sa religion et/ou sa culture. La construction de son identité se réalise par la structuration de sens et de valeurs, conduisant à la production d'une unité suffisante à laquelle se combine une faculté d'adaptation à l'environnement. La « mêmété » et l'« ipséité »²⁶⁵ propres à définir l'identité d'une personne se retrouvent donc dans les critères d'appréhension de la nation. En effet, des caractéristiques particulières permettent d'identifier les membres d'une nation par opposition aux personnes d'une autre nation. En outre, la mémoire collective favorise une certaine conscience de « soi », et permet à travers la référence à l'Histoire de réaliser l'« ipséité ».

L'identité de la nation, au même titre que la construction des identités individuelles ou autres identités collectives, est donc le produit d'une dialectique, fruit d'un processus complexe, par essence évolutif. Dans le cadre collectif, cette dynamique identitaire se révèle néanmoins particulièrement délicate puisqu'elle implique une combinaison des appartenances. Il ne s'agit pas de concéder à l'organisation sociale considérée, le groupe ou la nation, la propre identité de ses membres, mais bien d'articuler ces identités particulières à une identité se situant à un autre niveau, sans pour autant présumer de leur hiérarchie. Dans ce contexte, le terme d'identité nationale n'est pas un détournement sémantique au profit de nationalistes mais bien une donnée tangible. Pour autant, cette référence d'actualité en France, et à juste titre critiquée²⁶⁶ du fait d'un usage réducteur²⁶⁷, se trouve fréquemment envisagée de façon négative. Son utilisation ambiguë résulte en premier lieu de sa difficile définition²⁶⁸. Cette

²⁶⁴ FERREOL, G., JUCQUOIS, G., *Identités culturelles*, op.cit., p.155-161.

²⁶⁵ RICOEUR, P., *Soi même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, 424p.

²⁶⁶ Voir A. BADIOU, dans un débat avec A., FINKIELKRAUT, in *Le nouvel observateur*, 17-23 décembre 2009. Voir également les éditoriaux du *Monde*, 7 novembre 2009, et le *Libération*, 27 octobre 2009. Voir aussi la pétition parue dans *Libération* le 21 décembre 2009, cité in BAUBEROT, J., MILOT M., *Laïcités sans frontières*, pp. 60-61.

²⁶⁷ On pense notamment à l'association entre identité et immigration résultant de la création du ministère dit de « l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire » en mai 2007. En vertu du remaniement ministériel du 14 novembre 2010 ce ministère a disparu. Le portefeuille de l'Immigration entre désormais dans le cadre cette fois d'un ministère « de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration ».

²⁶⁸ Selon G. NORIEL, les premières définitions de l'identité nationale furent élaborées au XIX^{ème} siècle alors même que la dimension culturelle de l'identité nationale existait dès l'époque du romantisme. Voir NORIEL, G., *A quoi sert « l'identité nationale »*, Passé Présent, Agone, 2007. L'identité nationale a été définie, surtout après la seconde guerre mondiale par deux courants distincts: d'une part les étatistes pour lesquels elle résulte de la naissance et du développement des Etats modernes et est grandement synonyme de citoyenneté; d'autre part les cognitivistes pour qui l'identité nationale est un facteur de modernisation, traduction d'une conscience et volonté manifeste d'appartenance commune. Ces deux conceptions se sont trouvées conciliées dans les écrits de C.TAYLOR ou encore de G. BOUCHARD, lesquels stipulent qu'elles se complètent, participant d'un même cycle d'interactions entre les actions rationnelles et les imaginaires collectifs. Différenciée de la culture nationale, l'identité nationale est mouvante et évolutive par principe. Même si au final, dans les faits, elle fluctue

dernière implique de savoir à quoi se rapporte l'adjectif national. Est-il la traduction des individus qui composent une nation et qui sont unis par certains points communs ? Ou est-ce le reflet de la communauté humaine, la nation prise en tant que telle ? Au contraire de ce que postulait Staline²⁶⁹, la nation n'est pas une communauté stable mais plutôt une entité historique, « produit et acteur de l'histoire »²⁷⁰ qui résulte d'un ensemble de relations entre des individus et des groupes. C'est précisément cette relation entre ces individus ou ces groupes, leurs caractéristiques tout autant que leur structure, qui les différencient des autres relations propres à d'autres communautés d'individus, et donc, qui distinguent une nation d'une autre.

Quels que soient les déterminants de cette relation nationale, l'idée d'appartenance à la nation se manifeste par une certaine solidarité qui s'exprime notamment par la volonté explicite ou implicite d'assumer une destinée commune et de construire une histoire particulière. Dans ce contexte, l'identité nationale unit à travers ce partage de relations, même si elles sont plus ou moins conflictuelles. En même temps, il sépare des autres identités nationales. Prenant sa source dans le passé, cette identité nationale ne s'apprécie toutefois que dans le présent à travers la manifestation du « vouloir vivre ensemble », de ce plébiscite de tous les jours. Ainsi donc définie, l'identité nationale n'est pas un héritage historique, et encore moins biologique, mais plutôt un « acte politique »²⁷¹. Elle se mue au gré des changements subis ou voulus par la nation. Elle évolue donc, d'une part du fait de la construction incessante de la dynamique nationale, d'autre part, par la redéfinition constante de la relation entre les individus et les groupes composant cette nation.

Ceci étant posé, nous verrons que la dynamique nationale en France comme aux Etats-Unis est une construction sans cesse recomposée (Chapitre I) au sein de laquelle la diversité ethnoculturelle s'est affirmée de manière croissante (Chapitre II).

peu, ses éléments constituant ne tombent jamais réellement en désuétude mais sont sans cesse remaniés dans les mémoires et appréciés par rapport à l'actualisation des contextes et des traditions. Voir CURIEN, P., Thèse de doctorat en science politique (Ph.D.) Université Laval Doctorat Département de science politique, Faculté des sciences sociales, sous la direction de FOREST, P-G., 2003-10, Chapitre 1, *L'identité nationale entre rationalité et imaginaires*, <http://www.theses.ulaval.ca/2003/21176/ch02.html>. Consulté le 19.09.2011.

²⁶⁹ STALINE, J., *Le Marxisme et la question nationale*, Paris, Editions sociales, 1949, 337p.

²⁷⁰ COLLIN, D., *A propos de l'identité nationale*, lundi 2 juillet 2007,

http://www.la-sociale.net/article.php3?id_article=305., Consulté le 01.01.2011.

²⁷¹ Terme emprunté à D., COLLIN, *Ibid.* p33.

CHAPITRE I- La construction progressive de la nation

Une nation n'est point caractérisée par une seule date de naissance ou un acte constitutif unique. Elle se définit comme un processus, une construction permanente. Dynamique, la nation est par conséquent évolutive et sans cesse recomposée. Elle est constituée de deux éléments cumulatifs: d'une part, elle se caractérise par une démarche volontariste, l'orientation nationale de la nation, elle-même modelée par les époques, les contextes politiques, économiques et sociaux ainsi que par les idéologies et forces politiques en présence; d'autre part, elle est construite sur la base d'une réaction, favorisant une adaptation à des facteurs exogènes. En effet, l'identité nationale se forge par rapport, voire même à l'encontre des autres nations ou manifestations d'organisation sociétale externe. De ce fait, la dynamique nationale est incessamment remise en question, tour à tour perturbée ou renforcée, dans le cadre d'un cycle semble-t-il perpétuel²⁷².

La construction nationale en France et aux Etats-Unis se base sur deux dynamiques concordantes: en premier lieu, un socle sociologique commun, marqué par une population hétéroclite sur un territoire qui va devenir un espace national, avec des langues, des cultures et parfois même des religions différentes; en second lieu, une revendication contre un ordre ancien, fondé sur des différences socio-économiques devenues inacceptables²⁷³.

Pourtant, les processus qui vont accompagner si ce n'est commander la construction de la nation sont différents, au moins à deux niveaux: d'un point de vue de la théorie de l'Etat d'abord; d'un point de vue la philosophie politique ensuite. Au niveau organisationnel d'une part, la France est passée d'une communauté nationale à une nation dans le cadre du développement d'un Etat préexistant²⁷⁴. Pourtant construit sur la base de la diversité ethnoculturelle de sa population, « l'Etat-nation France » a nié les particularismes, en instituant un Etat unitaire, originellement centralisé et concentré. Aux Etats-Unis, au

²⁷² De même si l'Etat-nation se heurte à la mondialisation des deux côtés de l'Atlantique, remettant alors en cause son primat, sa réalité constitutionnelle demeure un caractère indéniable.

²⁷³ En France, la naissance même de l'Etat procède d'un rejet de la pyramide féodale de l'Europe Médiévale. Voir DOMESTICI-MET, M.-J.-, « Un pluralisme venu d'en haut ? », op.cit., p.2.

²⁷⁴ N. ROULAND montre que l'Etat français a préexisté à la nation et l'a construite « par une démarche volontariste, plus affirmée que dans la plupart des autres pays d'Europe occidentale ». ROULAND, N., *L'Etat français et le pluralisme, Histoire politique des institutions publiques (de 476 à 1792)*, Paris, Editions Odile Jacob, 1995, 377p, p.12.

contraire, l'Etat a été contemporain de la nation. Il s'est instauré à partir de la diversité de sa population, en la rationalisant autour d'un Etat fédéral, garantissant la variation entre le multiple et l'un dont témoigne la devise américaine *E pluribus unum*²⁷⁵. Au plan des idées d'autre part, la construction des nations française et étasunienne diverge significativement. La première s'est structurée autour de principes nationaux et à partir d'une idée nationale qui s'est forgée au cours de la construction de l'Etat moderne. C'est-à-dire que cette idée nationale a généré la constitution graduelle d'une communauté nationale dans le cadre du royaume de France, plus ou moins structurée autour d'éléments objectifs, notamment un fondement religieux commun, le christianisme et une histoire particulière. La nation en tant que telle s'est ensuite développée sur la base de ces éléments objectifs à travers un double mouvement: en premier lieu de subjectivisation de la nation, incitant le sentiment d'appartenance à cette même communauté nationale; en second lieu de renforcement des éléments objectifs tels que la langue ou encore les référents institutionnels. Cette construction nationale s'est donc réalisée contre les particularismes locaux. Au contraire, les Etats-Unis sont nés d'une démarche consciente et construite d'établir une volonté nationale de vivre ensemble, institutionnalisée par les élites sur la base de référents dits nationaux. C'est-à-dire que cette démarche étatique a induit et nourri un sentiment subjectif, celui d'une solidarité particulière, générant un sentiment d'appartenance commune. L'objectivisation de la nation qui s'en est suivie a été établie sur une base anglo-saxonne, puis *White Anglo Saxon Protestant*²⁷⁶, puis, semble-t-il, sur la croyance en un *melting pot*²⁷⁷. Les éléments objectifs sont alors devenus linguistiques et culturels: une langue commune, l'anglais, et le rattachement à un système de valeurs notamment incarné par la liberté religieuse, la liberté individuelle et le système méritocratique. Ces éléments ont notamment permis l'écriture d'une histoire partagée, *a priori* syncrétique. Il est à ce stade important de souligner qu'alors que le terme de nation n'est employé dans le texte fondamental américain que pour parler des nations étrangères²⁷⁸, la constitution de 1958 le mentionne onze (11) fois dans les quatre-vingt-neuf (89) premiers articles, alors même qu'elle évoque spécifiquement les nationaux à une seule reprise, et la nationalité à deux (2). Elle fait par ailleurs quatorze (14) références à

²⁷⁵ Voir développements *supra* p. 123-133.

²⁷⁶ Le terme qui sera utilisé ultérieurement est celui de *WASP*.

²⁷⁷ Le terme *melting pot* renvoie à l'idée de creuset, c'est-à-dire un récipient dans lequel un mélange est possible. Son emploi pour qualifier la situation américaine renvoie au nom donné à la pièce de Israël Zangwill présentée au théâtre en 1908 aux États-Unis. Sur cette notion voir notamment HIRSCHMAN, C., «America's Melting Pot Policy Reconsidered », *Annual Review of Sociology*, 9, 1983, 397-423, p.397. Se référer également aux développements en *infra* pp.123-129.

²⁷⁸ Deux mentions au terme nation sont faites dans l'article 1^{er}, section 8, en référence aux nations étrangères. Le terme national n'est lui jamais utilisé. Voir Constitution américaine, annexe n° 2.

ses adjectifs féminins, masculins, singuliers et pluriels sans compter la mention Assemblée nationale²⁷⁹.

Dans ce contexte, nous nous attacherons dans un premier temps à déterminer les éléments constitutifs de la nation française au travers d'un regard historique (Section 1) avant de nous intéresser à la nation étasunienne (Section 2)²⁸⁰.

²⁷⁹ Voir Constitution française, annexe n°1.

²⁸⁰ Les éléments qui suivent sont des données connues. Néanmoins, il importe de faire un rappel des étapes structurantes pour la nation, construite dans le sens de l'unité.

Section 1. La France, une communauté nationale structurée autour de principes unificateurs

Au regard de l'histoire du concept de nation en France, on peut réellement parler d'archétype français de la nation. Cette singularité historique résulte du modèle politique français qui fait coexister une nation, un peuple et un Etat. Cette création est d'autant plus marquante et remarquée qu'elle fut constitutionalisée, faisant aujourd'hui de la constitution le statut juridique de la nation.

La France est donc un Etat-nation à savoir un espace dans lequel les frontières culturelles se confondent avec les frontières politiques. Elle a néanmoins développé un réseau institutionnel afin de renforcer cette idée de corrélation « parfaite » entre la nation et l'Etat au point de confondre les notions d'Etat, de nation et de citoyenneté²⁸¹. Pour autant, aussi forte et importante que soit l'idée et la réalité de la nation en France, le législateur ne lui a pas conféré de personnalité juridique. La nation française n'est pas une personne morale au sens du droit français et du droit international classique. La personne morale de Droit international public est l'Etat²⁸². Le droit international considère même qu'un Etat peut être composé d'une ou plusieurs nations²⁸³. Par conséquent, la personne morale de droit public est l'Etat français dont le régime de gouvernement est la République. D'un point de vue constitutionnel, l'organisation des pouvoirs désigne le peuple comme celui au nom duquel la justice doit être rendue et en tant que détenteur de la souveraineté nationale. La nation représente quant à elle ce au nom de quoi est exercé le pouvoir législatif. C'est pourquoi la chambre des députés a pris le nom d'Assemblée nationale. De ce fait, la constitution française fait de la nation un ensemble de citoyens détenant la puissance politique²⁸⁴. Notons que le terme de nation n'est pas employé de la même façon par le législateur et par les constituants: le constituant se réfère

²⁸¹ La conséquence sémantique de cet amalgame entre la nation et la citoyenneté est précisément le glissement interprétatif du terme de nationalité. Ainsi le national devient en langue française le ressortissant d'un Etat et non plus seulement le membre d'une nation en tant que groupe culturel, religieux ou linguistique.

²⁸² Sur ces considérations, on se référera à DUPUY, P-M., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2008, 6e ed, 906p.

²⁸³ La Société des Nations ou l'Organisation des Nations-Unies se présentent comme des organisations ouvertes aux nations et non spécifiquement aux Etats. Cela ne veut pas pour autant dire que les nations sont reconnues comme sujet de droit international à part entière puisque seul les Etats en sont les adhérents en tant que sujet de droit international pouvant signer des traités. De la même façon, cela n'est non plus pas une reconnaissance implicite de la vocation pour les nations à devenir des Etats. Mais il s'agit de l'affirmation claire que l'objet de ces instances internationales sont les nations.

²⁸⁴ L'article 3 de la constitution énonce que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par voie de référendum ». Voir Constitution française, Annexe n°1.

d'avantage à l'idée de citoyenneté alors que le législateur la considère comme liée à la nationalité, souvent appréciée selon une logique d'extranéité.

Nous nous efforcerons de comprendre au cours des développements suivants quels furent les processus de la construction de cet Etat-nation autour d'une identité nationale (§1) avant de nous attacher à caractériser cette nation républicaine dite « une et indivisible » fondée sur le modèle républicain (§2). Cette analyse nous permettra de mettre en lumière le fait que la construction nationale s'est faite contre la diversité.

§1- La construction de l'Etat nation autour de l'idée nationale

L'idée nationale s'est construite puis ancrée dans une logique uniformisant, au fur et à mesure du déroulement de l'histoire de l'organisation politique et des institutions. Aussi, avant d'être nation, il y a eu un développement historique de la nation, qui, une fois « sous la forme d'un Etat, ne cesse pas d'être une nation »²⁸⁵. Trois moments importants peuvent être distingués: d'abord une période allant de la naissance du pays France, caractérisé par un pluralisme social et juridique, à la naissance de la nation française à proprement parler (A); ensuite le processus de nationalisation de la nation qui lui succède (B); et enfin le développement de l'Etat nation en tant que tel (C).

A- Pays France, création de l'Etat français et naissance de la nation française

Durant l'Antiquité et le Moyen âge, la France ressemblait davantage à un « archipel composite » qui s'est organisé peu à peu sur la base d'un réseau de communication qu'à un ensemble cohérent²⁸⁶. Le développement de villes et de villages contribua néanmoins à la création de certaines solidarités territoriales même si les villes révélaient une diversité de statuts²⁸⁷. Les guerres, annexions, cessions, héritages et mariages donnèrent à la France sa physionomie territoriale actuelle. Le pays France n'était donc qu'une réalité territoriale et historique fort relative puisqu'éminemment fluctuante. Dans ce contexte, la pluralité juridique

²⁸⁵ HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1929, Vol 1, 759p, p. 85.

²⁸⁶ Le fait est que l'empire romain qui englobe la Gaule et maille le territoire de villes et de routes a indéniablement conféré une certaine unité au pays notamment par l'établissement d'une langue commune, le latin. L'hégémonie romaine a fortement marqué la culture de la France et a notamment servi de socle au système juridique français.

²⁸⁷ En effet, les villes franches, constituées de plusieurs paroisses, se caractérisaient par des structures municipales, des administrations et des chartes communales fort différentes les unes des autres depuis leur émancipation du pouvoir féodal.

était un trait constitutif de l'organisation politique²⁸⁸. Le fort développement des échanges constitutif de solidarités « nationales » favorisait le brassage des populations du XI^e au XIII^e siècle²⁸⁹. Sous l'autorité des Capétiens, le territoire se construisait effectivement. Se mirent en place les institutions et l'administration qui le gèrent et l'organisèrent²⁹⁰. Par la succession de monarchies, l'instauration de l'Etat français était confirmée²⁹¹, corollaire de l'établissement d'un pouvoir souverain²⁹². L'établissement d'un Etat fort passait notamment par le développement de l'administration²⁹³, par la coordination et la centralisation des différents acteurs politiques locaux à travers des intendants, par l'uniformisation juridique, par l'agrandissement du territoire ou encore, par l'extension de l'influence française à l'étranger. Néanmoins, le processus d'unification du pays se réalisa plus spécifiquement autour de la personne du roi que par rapport aux institutions²⁹⁴. De nouvelles théories de l'Etat émergèrent alors, basées sur le gallicanisme²⁹⁵ et l'absolutisme, que les lumières vinrent questionner pour mieux leur substituer la cause humaniste²⁹⁶. De fait, en France, contrairement à la situation allemande ou, dans une moindre mesure américaine, l'Etat a préexisté à la nation²⁹⁷ même si la construction nationale s'est faite « autour et par l'action de l'Etat royal »²⁹⁸. En outre, la nation a précédé la République même si elle s'est confondue dans un même processus constitutif²⁹⁹.

²⁸⁸ Le pluralisme juridique est ici défini comme « une représentation théorique suivant laquelle à la pluralité des groupes sociaux correspondent aux systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation selon les circonstances historiques et sociales ». N. ROULAND montre que l'Etat français a préexisté à la nation et l'a construite « par une démarche volontariste, plus affirmée que dans la plupart des autres pays d'Europe occidentale ». ROULAND, N., *L'Etat français et le pluralisme*, op.cit., p.13. Pour des développements plus approfondis du pluralisme, voir notamment *infra* pp. 534-542.

²⁸⁹ Le brassage des populations est éloquent puisque sont venus s'ajouter aux populations préhistoriques établies les celtes, les peuples de la Méditerranée, Grecs et Romains, des nomades guerriers venus des steppes, des peuples nordiques et germaniques, Vandales et, plus tard, Arabes et Vikings. Voir FOSSIER, R., *Histoire sociale de l'Occident médiéval*, Paris, A. Colin, 1970.

²⁹⁰ Paris sera choisi comme capitale, centre à partir duquel se réalise l'unité de ce qui deviendra l'Etat français.

²⁹¹ N. ROULAND parle de renaissance de l'Etat monarchique qui va « entreprendre avec patience et efficacité d'éteindre les différents foyers du pluralisme juridique ». ROULAND, N., *L'Etat français et le pluralisme*, op.cit., p., p.15.

²⁹² L'Etat moderne sera consolidé et organisé à travers la monarchie absolue de Louis XIV (1643-1715) qui concentrera tous les pouvoirs.

²⁹³ Ce développement de l'administration est tel que l'on parle de « monarchie administrative »

²⁹⁴ En outre, il se fonde sur l'appréhension de l'économie comme moyen politique au service de l'Etat.

²⁹⁵ ROULAND, N., *L'Etat français et le pluralisme*, op.cit., p.163.

²⁹⁶ CHARTIER, R., *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Le Seuil, 1990, 304p.

²⁹⁷ Sur la constitution de la nation allemande, voir BOUCHER, M., *Le sentiment national en Allemagne*, 8^{ème} éd., Paris, Lacombe, 1947, vol1. DREYFUS, F-G., *L'Unité allemande*, 2^{ème} éd., Paris, Que sais-je ?, PUF, 1995, 127p. DUPEUX, L., *Aspects du fondamentalisme national en Allemagne de 1890 à 1945*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 309p.

²⁹⁸ PENA, M., « Nation et constitution dans l'histoire de la République », in *Que reste-t-il dans la nation dans la constitution ?*, op.cit., p. 22. L'auteur montre par ailleurs que le mot nation existe sous l'ancien régime, définit dans l'Encyclopédie mais non prononcé, voire même inconnu. L'encyclopédie le définissait alors comme « un peuple habitant sur une étendue de terre renfermée dans certaines limites ou usant d'un même langage ». *Ibid.*

²⁹⁹ Voir *supra* p.

Si le sentiment national existait³⁰⁰, ce n'est réellement qu'en 1789, avec la Révolution, que la France devient une nation. Alors proclamée « comme une réalité transcendante »³⁰¹, ce « nouveau principe de la légitimité politique »³⁰² est né d'un renversement de l'ordre établi, fondé sur une distinction fonctionnelle consacrée par le droit. Le fait que la nation « existe avant tout » et soit « l'origine de tout »³⁰³ légitime la mise à l'écart des statuts sociaux dans un contexte ethnique d'homogénéité relative. Cette « revendication constitutionnaliste fondée sur la figure juridique du citoyen »³⁰⁴ a conduit l'œuvre centralisatrice et uniformisatrice à usé du canal juridique pour prôner une homogénéité statutaire régionale, marquée dans un second temps par le sceau républicain. Aussi, l'Etat est devenu la personnification juridique de la nation alors même que « la nation revêt l'Etat d'une dimension culturelle et symbolique particulière que la république a très tôt voulu sublimer »³⁰⁵.

L'unité administrative se réalisa effectivement à cette occasion, comme pour mieux circonscrire la communauté nationale. Le « grand tout national » dû effectivement s'ancrer dans les administrations locales, basée sur une centralisation politique tout autant qu'administrative³⁰⁶. L'élément fédérateur fut le 14 juillet 1790, date à laquelle les délégués venus de tout le pays proclamèrent leur appartenance à la même communauté nationale. La nation se fonda alors sur l'idée de liberté et d'égalité. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, héritière de la « philosophie des Lumières » du XVIII^e siècle prôna une série de valeurs présentées comme universelles et démocratiques. Elle s'inscrit comme le document fondateur qui définit le principe de la nation à laquelle sont associés ceux de souveraineté nationale et de droits de l'homme. La nation, se fondant sur des éléments politiques commença alors à accueillir les étrangers qui partagèrent ses principes et qui ont lutté dans leur pays pour la concrétisation de ces mêmes idéaux³⁰⁷.

³⁰⁰ La figure de Jeanne d'Arc marque l'émergence du sentiment national. Voir DOMESTICI-MET, M.-J., « Un pluralisme venu d'en haut ? », op.cit., p.3.

³⁰¹ DOMESTICI-MET, M.-J., « La « Nation à la française », une exception française ? Un atout au temps de la mondialisation ? », op.cit., p. 2.

³⁰² CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 111.

³⁰³ Dans l'œuvre de Sieyes, la nation apparaît comme une donnée et non comme un construit. SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers Etat ?*

³⁰⁴ CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 333.

³⁰⁵ PENA, M., « Nation et constitution dans l'histoire de la République », in *Que reste-t-il de la nation dans la constitution ?*, op.cit., p. 21.

³⁰⁶ Cette différenciation a été faite à la suite de TOCQUEVILLE par M., HAURIU, *Voir HAURIU, M., Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., Paris, 1933, p.71, cité in LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République*, op.cit., p. 101.

³⁰⁷ Elle se présente alors aussi en termes de choix idéologique, option de ralliement pour les étrangers, frères partisans.

B- Le processus de « nationalisation de la nation »

La « nationalisation de la nation » ou production de la nation³⁰⁸ s'est effectuée par étapes à compter de cette période révolutionnaire. L'article 3 de la DDHC énonçait d'ailleurs que « le principe de souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »³⁰⁹. Ainsi, on a assisté au transfert des attributs de la souveraineté du roi à l'entité collective nationale³¹⁰. La constitution découla alors de la nation, incarnation de cette nation et même produit de la nation au sens de Sieyès³¹¹. Personnification de l'Etat, la nation personne morale, reposant sur une superposition de dynamiques politiques, historiques et religieuses, s'appuyait donc sur des structures administratives particulières. Leur réforme et notamment la création des départements entendait donner un fondement géographique à l'unité nationale³¹². La constitution du 3 septembre 1791³¹³ compléta cette disposition en explicitant l'organisation de la représentation politique puisqu'elle mentionnait que « les représentants nommés dans un département ne seront pas les représentants de ce département mais ceux de la nation toute entière »³¹⁴. Bien que n'instituant pas de République, le texte constitutionnel révolutionnaire donnait à la nation « une épaisseur historique »³¹⁵. L'idée de nation républicaine s'imposa pourtant, même si la constitution montagnarde était silencieuse sur la nation, alors même qu'elle mentionnait le caractère national, par exemple de la représentation³¹⁶. Elle corrélait néanmoins l'unité de l'espace géographique avec l'unité politique de la nation, dans un lien semble-t-il quasi indéfectible. La constitution de 1795 qui fut appliquée, contrairement à

³⁰⁸ Cette expression est notamment utilisée par P. ROSANVALLON in ROSANVALLON, P., *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Point Histoire, 2e édition, Paris, le Seuil, 1993, 378p.

³⁰⁹ Voir DDHC, Annexe n°3.

³¹⁰ Notons toutefois que si la DDHC asseoit l'idée de nation, sa prétention est à une dénationalisation des droits en faveur d'une universalisation du caractère universel de ceux-ci.

³¹¹ « La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi même. Avant elle et au dessus d'elle, il n'y a que le droit naturel ». SIEYES, E., *Qu'est-ce que le tiers états ?* (1789), Paris, Flammarion, 1988, p.127-128.

³¹² La loi du 22 décembre 1789 découpe ainsi le territoire hexagonal en 83 départements, permettant la conservation d'une administration locale tout en veillant à retirer toutes spécificités provinciales assimilées aux privilèges de l'aristocratie locale. Notons que leurs limites furent fixées le 26 février 1790 et qu'ils furent effectifs le 4 mars 1790. Dès lors une série de modifications et de créations eurent lieu. A son apogée, au cours des conquêtes napoléoniennes (1799-1814), la France comptait 130 départements.

³¹³ La constitution du 3 septembre 1791 est la première constitution française et la première expérience d'un régime libéral. Elle ne fut pourtant jamais appliquée. Notons qu'elle n'instaure pas une république mais transfère la souveraineté du roi à la nation. La première république naîtra avec la constitution de l'an I de 1793.

³¹⁴ Article 7, Section III, Chapitre Premier « De l'Assemblée nationale législative », Titre III, Des pouvoirs publics.

³¹⁵ PENA, M, « Nation et constitution dans l'histoire de la République », in *Que reste-t-il de la nation dans la constitution ?*, op.cit., p. 23.

³¹⁶ Article 2, Constitution du 24 juin 1793. <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1793-an1.asp>, Consulté le 01.09.2011.

celles qui l'ont précédée, ne mit pourtant pas la nation en avant³¹⁷, opérant ainsi une dissociation entre la non-célébration constitutionnelle de la nation et la forte sédimentation nationale de la France.

Cette idée de nationalisation s'est en effet concrétisée par l'entreprise d'uniformisation de la langue qui a eu pour objectif de tuer les patois³¹⁸. Cette unification linguistique s'est faite graduellement³¹⁹. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 en marqua un premier pallié en posant l'obligation de prononcer et d'enregistrer les actes de justice en langue maternelle française. Cette disposition fut étendue à tous les actes publics par le décret révolutionnaire du 2 thermidor an II du 20 juillet 1794. Même si son application fut différée étant donné que seulement la moitié des français de l'époque maîtrisait l'usage du français³²⁰, l'idée selon laquelle il devint une langue obligatoire dans les actes de la vie civile s'est imposée, voire même dans les domaines où aucun texte ne le prescrivait³²¹. Les seules lois postérieures furent relatives à la situation spécifique de l'Alsace et de la Lorraine³²². Toutefois, l'usage du français dans l'enseignement a fait l'objet d'une réglementation particulière dès la Convention qui posa le principe d'une instruction dispensée en français puis la nomination d'instituteurs francophones dans les régions où il n'était pas parlé. Cependant, il fallut attendre l'arrêté du 18 janvier 1887 pour que loi et réalité concordent et que le français devienne la seule langue d'usage dans une école devenue obligatoire et gratuite³²³.

L'uniformisation des poids et des mesures est venue parfaire l'idée d'unification totale selon la devise « Un seul roi, une seule mesure. Un seul peuple, une seule mesure »³²⁴. Cette exigence du peuple fut rendue possible par la proclamation de l'Assemblée nationale dans la

³¹⁷ Il faut attendre les articles 373 et 374 pour voir apparaître le terme de nation. Voir constitution du 22 août 1795, <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1795-an3.asp>, Consulté le 01.09.2011.

³¹⁸ Pour ces questions appréhendées d'un point de vue juridique voir LATOURNERIE, D., « Le droit de la langue française », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n°36, 1984-85. Pour un regard historique, voir. BRUNOT, F., *Histoire de la langue française des origines à nos jours*, Paris, Armand Colin, 1968, 384p ou encore M DE CERTEAU, JULA, D., REVEL, J., *Une politique de la langue*, Paris, Gallimard, 1975, 317p.

³¹⁹ Voir notamment LOCHACK, D., *Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences*, op.cit, p.120.

³²⁰ Voir CALVET, L.J., *Linguistique et colonialisme*, Petite bibl. Payot, 1979, p 166.

³²¹ C'est ce que suggère la décision du Conseil d'Etat du 22 novembre 185, QUILLÈVÈRE, M., commentée par HUBAC, S., et AZIBERT, A., *in Act.Jur.Dr.adm.* 1985, p 716.

³²² La loi du 17 décembre 1793 interdisait l'usage de l'allemand. L'arrêté du 2 février 1919 complété par un décret du 15 mai 1922 faisait du français la langue judiciaire.

³²³ Notons que dans les colonies l'arabe a eu le statut de langue étrangère comme en témoigne l'arrê du Conseil d'Etat du 8 février 1935, Bouchemal Ahmed Ben Smaïn, *Rec. Cons. d'Ét.* 164; D.H.. 1935.290. Les langues régionales ont été réhabilitées dans l'enseignement public par la loi Deixonne du 11 janvier 1951 autorisant le recours des instituteurs aux patois.

³²⁴ GUEDI, D., « La révolution des mesures », p.2. <http://www.cndp.fr/revueTDC/781-41244.htm>, Consulté le 01.07.2011.

nuit du 4 août 1789, qui, en décrétant l'abolition des privilèges, postulait la suppression de tous les droits d'étalonnage. Elle fut formalisée par l'article 371 de la Constitution de l'an III. La centralisation eu également pour objectif de présenter l'Etat comme un tout dans lequel les citoyens étaient égaux sans considération d'appartenance géographique³²⁵.

La définition d'emblèmes ou symboles nationaux, signe de ralliement révolutionnaire ou encore l'organisation de grandes fêtes civiques, témoignaient de cette volonté à la fois populaire et institutionnelle de postuler l'idée de rattachement à la nation et à la Révolution³²⁶. En définitive, les symboles de la Révolution se muaient en symboles de la nation et permettaient l'ancrage dans le temps et dans l'espace aussi bien que dans les consciences de référents communs. Le drapeau tricolore « bleu, blanc, rouge », devint drapeau national par la loi du 27 pluviôse an II³²⁷. La marseillaise fut déclarée hymne national³²⁸ par la Convention³²⁹. La quête d'unité et d'homogénéité s'est donc réalisée à travers la dissolution des corps intermédiaires et contre les particularismes locaux. Les spécificités devaient être gommées et les revendications autonomistes territoriales anéanties afin de faire la nation France.

Durant toute la période s'ouvrant par la proclamation de la première République le 22 septembre 1792 et allant jusqu'aux journées révolutionnaires de 1830 et au début du règne de Louis Philippe, l'œuvre centralisatrice fut consolidée et perfectionnée. L'unité de l'Etat et de la nation ne fut aucunement remise en question. Au contraire, l'Etat s'imposa comme l'acteur essentiel de l'énoncé national. Bonaparte compléta le dispositif en instituant les préfets et les maires. Les circonscriptions administratives furent donc homogénéisées. La naissance de véritables services publics conféra par ailleurs un rôle spécifique à l'Etat³³⁰. Pourtant, bien

³²⁵ Cette égalité était somme toute relative puisqu'elle ne concernait que les hommes, sous certaines conditions.

³²⁶ Parmi eux on relève les symboles tels que le coq qui symbolise l'identité nationale, le faisceau des licteurs qui témoigne de l'appartenance du pouvoir au peuple, l'arbre de la liberté, le bonnet phrygien.

³²⁷ Loi du 15 février 1794. Voir par exemple PINOTEAU, H.. *Le chaos français et ses signes. Étude sur la symbolique de l'État français depuis la Révolution de 1789*. La Roche-Rigault: P.S.R. éd., 1998, 516 p. Il demeure aujourd'hui encore « l'emblème national » comme en témoigne l'article 2 de la constitution de la V^{ème} République. Voir Constitution française, Annexe n°1.

³²⁸ Elle deviendra officiellement l'hymne national de la république française le 4 février 1879 sur proposition de Gambetta. Aujourd'hui, l'article 2 de la constitution du 4 octobre 1958 stipule que l'Hymne national est la « Marseillaise ».

³²⁹ Le 4 frimaire an II (24 novembre 1793). Notons que la devise républicaine « Liberté, Egalité, Fraternité », bien que formulée depuis 1790, ne s'est pas imposée de manière officielle avant 1848, date à laquelle elle fut inscrite dans le préambule de la constitution du 4 novembre. Elle est aujourd'hui mentionnée à l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Voir Constitution française, Annexe n°1.

³³⁰ Toutefois, au cours de cette période, l'idée nationale se modifie quelque peu, à la fois du fait de facteurs internes et de facteurs externes. Sur le plan interne, la Révolution de 1848 met en place la Seconde République qui, comme la Première, débouche sur un coup d'État, celui de Louis Napoléon Bonaparte en 1851 et se poursuit par l'instauration du second Empire (1852-1870). Ainsi, après l'échec du « printemps des peuples » et les

plus que la nation, il s'agira de la « grande nation », incarnée par l'exportation des valeurs et idéaux français et véhiculée par l'impérialisme de Bonaparte.

C- Le développement de la nation française

Avec la Troisième République qui naquit sur fond de défaite de la guerre avec l'Allemagne, s'opéra un changement dans l'appréhension de la nation et du nationalisme. L'idée de revanche nourrit le sentiment national par l'affirmation du patriotisme³³¹. En dépit du difficile début du régime, l'idée républicaine s'installa, illustrée par les lois constitutionnelles adoptées entre février et juillet 1875 lesquelles définissaient l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs durant la plus longue période qu'une République française ait connu à ce jour. Toutefois, dans ce contexte de défaite et de crise politique, l'idée de la nation et du nationalisme se transforma, évoluant vers ce qui alla constituer la spécificité française. En effet, la logique politique universaliste et fraternelle de la nation céda la place à un repli de l'idée nationale aboutissant à une identification de la nation à la France, c'est-à-dire à l'Etat. Se trouva ainsi posé le principe de la nation comme une communauté civique qui s'opposa à la conception allemande reposant sur l'idée d'héritage et d'ascendance.

Ainsi, après 1870, le principe d'une conception nationale étatique ne cessa de se renforcer, alimenté par le désir de revanche sur le voisin allemand. Les différentes réformes, notamment dans le domaine de l'éducation et de l'armée, permirent de concrétiser le processus d'acculturation³³² tendant à une certaine homogénéisation nationale. De fait, modèle républicain et modèle national furent crédités d'un certain succès³³³. Abstraction républicaine et subjectivisme national cohabitèrent alors, dans le sens de la nation théorisée par E. Renan dès 1872.

répressions qui lui sont consécutives dès juin 1848, on assiste à une certaine remise en cause du modèle national français comme modèle de référence. Sur le plan externe, le mouvement des nationalités en Europe engendre de nouveaux débats sur la nation dont le concept généreux et expansif fut réinterprété pour ne pas dire simplifié, afin d'être rattaché à une dimension nationaliste.

³³¹ Proclamée le 4 septembre 1870, la nouvelle République connu en mai 1871 l'insurrection de la Commune de Paris qui se termina par une répression sanglante.

³³² Ce terme sera défini ultérieurement. Voir définition donnée en *infra* p. 340.

³³³ Le contexte économique a bien amplement contribué aux transformations sociales du pays. Toutefois, c'est surtout le modèle républicain qui est à l'honneur en tant que promoteur de modernité, source de progrès et générateur de liberté, favorisant l'ascension sociale.

La volonté de revisiter l'histoire s'est couplée à la valorisation des éléments nationaux pour ancrer un mythe national. Dans ce cadre, l'École avait pour objectif avéré d'« instituer en nation une foule d'individus »³³⁴ et de former des citoyens. Elle fut une institution essentielle dans la construction de l'idée nationale et du développement du sentiment national³³⁵. Ainsi, les instituteurs, ces « Hussards noirs de la République »³³⁶ se devaient, en plus de former des citoyens, de développer leur conscience nationale. Le défenseur de l'école Laïque, Jules Ferry³³⁷, a par ailleurs institué plusieurs lois allant dans ce sens, notamment en dispersant les congrégations religieuses non autorisées³³⁸, en instaurant la gratuité de l'enseignement primaire³³⁹ et en posant l'obligation et la laïcité de l'enseignement³⁴⁰. Le service militaire eu quant à lui vocation à prolonger la formation civique reçue à l'école³⁴¹. De même, l'instauration du 14 juillet comme fête nationale se réalisa par la loi promulguée le 6 juillet 1880, consacrant la commémoration de la prise de la Bastille tout autant que la fête de la fédération.

Dès le milieu du XIX^{ème} siècle, l'entreprise de construction nationale sembla acquise, expression d'un certain consensus. En dépit des crises caractéristiques de la III^{ème} République, notamment du boulangisme (1886-1889) qui rallia des mécontentements de toutes origines et

³³⁴ Pour P. ROSANVALON, « l'éducation a une fonction directement politique : instituer en nation une foule d'individus ». ROSANVALON, P., *L'État en France de 1789 à nos jours*, 2e édition, Paris, Éd. du Seuil, 1993, 378 p.

³³⁵ Pour illustrer ce propos, mentionnons le corrigé d'une rédaction, donné à la fin du XIX^{ème} siècle : « La veille du 14 juillet. Composition : développement proposé. C'est demain le 14 juillet, le jour de la fête nationale que chacun s'apprête à célébrer. De quelque côté que l'on regarde, ce ne sont que drapeaux, guirlandes de feuillage, arcs de triomphe. C'est la fête de la France ! Tous les Français la célébreront. Ah ! que cette date du 14 juillet nous rappelle de grands souvenirs : c'est d'abord en 1789 la prise de la Bastille, première étape de la Révolution ; puis cette magnifique journée de la Fédération, journée d'allégresse et d'enthousiasme [...] ; enfin un 14 juillet qui date d'hier [1880] et que nous nous rappelons tous : la distribution des drapeaux. Celui-là, nous l'avons acclamé. Notre armée avait perdu presque tous les étendards dans cette guerre maudite de 1870 : la patrie lui en offrait d'autres. [...] Et gardons nos pensées suprêmes pour ceux qui ne peuvent comme nous, en ce beau jour, célébrer la fête de la patrie. Ceux-là souffrent depuis de longues années déjà, et cependant ils n'oublient pas. Français, un souvenir à nos frères d'Alsace et de Lorraine ! ». Publié dans le Journal d'éducation pratique pour les instituteurs [...], 13 juillet 1884. In Nathan, Gulliver. Histoire. Cycle 3, 1997, p. 171.

³³⁶ Cette terminologie sera popularisée par C. PEGUIY in *L'Argent* en 1913 : « Nos jeunes maîtres étaient beaux comme des hussards noirs. Sveltes; sévères; sanglés; sérieux et un peu tremblants de leur précoce, de leur soudaine omnipotence. » PEGUIY, C. *L'Argent, l'Argent suite*, 1913, Paris, Gallimard, 1932.

³³⁷ Jules Ferry fut ministre de l'instruction publique du 4 février 1879 au 23 septembre 1880, Président du conseil du 23 septembre 1880 au 10 novembre 1881, et ministre de l'instruction du 31 janvier au 29 juillet 1882.

³³⁸ Loi scolaire du 29 mars 1880. Voir <http://www.senat.fr/evenement/archives/D42/index.html>. Consulté le 01.09.2010.

³³⁹ Loi scolaire du 16 juin 1881. *Ibid.*

³⁴⁰ Loi scolaire du 28 mars 1882. *Ibid.* J. FERRY expliquait que « Lorsque toute la jeunesse française se sera développée, aura grandi sous cette triple étoile de la gratuité, de l'obligation et de la laïcité, nous n'aurons plus rien à craindre des retours du passé, car nous aurons pour nous en défendre (...) l'esprit de toutes ces générations nouvelles (...) formées à l'école de la science et de la raison. » FERRY, J., (1832 – 1893), *Revue pédagogique*, 1882. In *Terres d'Histoire. Histoire. Cycle 3 CM*, Bordas, 1997, p. 104.

³⁴¹ Ainsi, la loi militaire du 1889 généralisa le service militaire à toute une classe d'âge, dispositif qui vint modifier la conscription organisée par la Loi Jourdan de 1798.

menace les fondements parlementaires du régime, et de l'affaire Dreyfus (1894-1899) qui révéla l'ampleur de l'antisémitisme en France tout autant que les divisions profondes qui partagèrent le corps social et les courants politiques, l'unité nationale ne fut pas contestée. A la fin du XIX^{ème} siècle, on peut même dire que l'œuvre de nationalisation de la nation qui a tendu à asseoir l'idée et l'idéal national dans le cadre de l'Etat fut achevée. Dorénavant, la France constitua incontestablement un modèle d'Etat-nation dans lequel le pouvoir étatique fut durablement enraciné dans la nation.

Cette période se caractérisa en outre par une série d'acquis et d'avancées³⁴², traduites par des lois célèbres garantissant formellement des aspects importants des droits civils et politiques³⁴³. La France disposait en outre du deuxième empire colonial au monde au travers duquel elle entendait étendre la civilisation française perçue comme la meilleure, à d'autres contrées. L'existence de cet empire colonial étendu renforça l'idée de nation puisque son expansion avait entre autre pour objectif de permettre le rayonnement international de la nation française tout autant que d'imposer aux populations colonisées les principes nationaux français notamment par le primat du droit français³⁴⁴.

Ainsi, dans le cadre français, la nation apparut davantage comme une légitimité plutôt que comme une souveraineté. L'idée nationale a grandi en même temps que s'est construit l'Etat mais l'Etat a préexisté à la nation en tant que telle. Par le canal étatique, ce sentiment national s'est développé, fédéré autour du renforcement d'éléments objectifs latents. Il est donc possible de parler de fédération par le haut du caractère national, par la voie du centralisme et la concentration étatique. Ce processus vertical descendant a pu se forger dans la conscience nationale par l'affirmation du primat de l'individu contre les groupes particuliers et par l'existence d'un terreau favorable notamment articulé autour d'une histoire particulière, de

³⁴² La modernisation économique se poursuivait faisant de la France l'un des principaux berceaux des innovations scientifiques et techniques à l'origine de la deuxième révolution industrielle.

³⁴³ Aux lois précitées de 1882 et 1885 instituant l'école primaire obligatoire et gratuite, s'ajoutent les lois sur la liberté de la presse (1881), la liberté syndicale (1884), la réglementation du travail des femmes et des enfants (1892), ainsi que la liberté d'association (1901). Notons que cette liberté d'association a été encadrée afin de ne pas contrecarrer l'idée d'homogénéité du corps social et d'intégrité du territoire. Ainsi, la loi du 10 janvier 1936 permettait au gouvernement de dissoudre par décret les associations qui auraient pour but de « porter atteinte à l'intégrité du territoire national ». Soulignons que cette disposition se référait tout autant à l'intention qu'aux actes mêmes Voir LOCHAK, D., *Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences*, op.cit., p.122-123. Voir pour un développement plus explicite PEISER, G., *La dissolution des associations*, Rec. Dalloz, 1963, p.59.

³⁴⁴ MANCERON, G., *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, la Découverte, 2003, 317p., p.18.

patois basés sur une racine linguistique commune³⁴⁵ et d'un rattachement institutionnel partagé.

La décolonisation et la résurgence des mouvements régionalistes de l'après-guerre mondiale, couplées aux revendications ethnolinguistiques³⁴⁶ ont toutefois amorcé une redéfinition de l'idée de la nation en tant que cadre unitaire indivisible. Ce projet national fut réaffirmé avec force dans la constitution de 1958. La constitution de 1946 marquait déjà l'enracinement du peuple dans la nation, posant dès le préambule le primat de la nation, et énonçant dans son article 3 « La souveraineté nationale appartient au peuple français. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le peuple l'exerce, en matière constitutionnelle, par le vote de ses représentants et par le référendum. En toutes autres matières, il l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale, élus au suffrage universel, égal, direct et secret. »³⁴⁷. Etait ainsi posée l'indivisibilité de l'Etat nation, républicain et démocratique. Ce couplage est confirmé avec l'article 1^{er} de la constitution de 1958, quintessence du texte fondamental, peuple et nation se trouvèrent confondus.

§2- La Nation française, une République « une et indivisible » ?

Bien que la nation française soit à présent considérée comme un tout indivisible, donnée constitutionnellement établie (A), elle se trouve toutefois prise dans un double mouvement de contestations, tant au niveau infra-étatique que supra-étatique. Des subdivisions contestent son caractère unitaire formel (B).

³⁴⁵ Les langues d'oc et d'oïl sont toutes deux des langues romanes.

³⁴⁶ Les Bretons, les Basques, les Occitans, les Corses n'acceptent plus d'être réduits à des survivances folkloriques de l'Ancien Régime. POUTIGNAT, P., STREIFF-FENART, J., *Théorie de l'Ethnicité*, PUF, 2^{ème} édition 1999, 272p., p.10. Notons que nous ne traiterons que peu voir pas du tout le positionnement de l'Etat français par rapport aux cultures régionales.

³⁴⁷ Constitution du 27 octobre 1946, <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitution-quatrieme-republique.asp>, Consulté le 01.09.2011.

A- La nation républicaine unitaire

La République française se caractérise traditionnellement par une uniformisation imposée depuis un centre fortement centralisé et concentré³⁴⁸. Dans cet espace, les hiérarchies sociales, les corps intermédiaires et plus généralement tous les particularismes locaux étaient suspects et donc à bannir. L'objectif était de dissoudre ces groupes, quelles que soient leurs caractéristiques (ethnique, culturelle, religieuse ou territoriale) et de les assimiler à une collectivité civique inclusive. Tel que précédemment évoqué, il s'agissait aussi de postuler le primat de l'individu sur le groupe et de favoriser les droits individuels³⁴⁹.

La tradition républicaine française s'est inspirée et donc construite à partir du modèle politique libéral classique³⁵⁰. Ce dernier s'exprime à travers plusieurs principes essentiels dont nous pouvons citer quatre éléments: une séparation entre la sphère publique et la sphère privée; l'indivisibilité du territoire; l'unité; et enfin l'universalisme.

Ainsi, à la sphère publique³⁵¹ appartiennent traditionnellement les droits et les devoirs des individus en matière civique et politique. Cet « environnement public »³⁵² aveugle aux

³⁴⁸ Voir par exemple, FURET, F., « Le jacobinisme », in FURET, F., OZOUF, M., (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, 1122 p. et 32 p. MAINTENANT, G., *Les Jacobins*, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1984, 127 p. ROSANVALLON, P., *Le modèle politique français, la société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, collection L'Univers historique, 2004, 445 p.

³⁴⁹ Voir par exemple, FERRAND, J., PETIT, H., *Fondations et naissances des droits de l'homme*, L'Harmattan - 2003 - 447 p.

³⁵⁰ L'énumération des principes régissant les nations française et américaine pourraient donner lieu à une liste importante plus ou moins pertinente. Pour l'intérêt de notre étude nous nous bornerons à étudier les principes fondamentaux, qui, comme leur nom l'indique vont constituer le fondement d'autres principes, ou tout au moins, les influencer. Une des façons de considérer ces principes essentiels est de les appréhender dans le cadre de leur déclinaison au sein de ce que l'on pourrait appeler comme le fait N. ROULAND des « modèles d'espace multiculturel ». Le terme multiculturel est ici compris dans sa dimension descriptive en ce sens qu'il traduit selon N. ROULAND « l'état dans lequel se trouve une société qui entreprend de coordonner des ensembles de valeurs et de croyances auxquels s'identifient des groupes d'individus qui la constituent (...) », ces croyances notamment exprimées par des sentiments d'appartenance religieuse, linguistique, ethnique ou national. Ces modèles d'espace multiculturel peuvent être présentés selon une classification donnée par A. SEMPRINI. Cette dernière en recense quatre: le modèle du *corporate Multiculturalism*, le modèle maximaliste, le modèle politique libéral classique et le modèle libéral multiculturel. Les deux premiers ne vont pas retenir notre attention. Le premier se réfère en effet davantage à un contexte économique et voit les différences culturelles comme un fait acquis, exploitable. Le second se rattache à l'idée d'une société hétérogène dont les membres n'ont pas la volonté de vivre ensemble autour d'éléments de références communs ce qui implique une séparation stricte entre l'espace public et l'espace privé. Quant aux deux autres, ils illustrent les conceptions traditionnelles de la nation française, en l'occurrence le modèle politique libéral classique ou modèle républicain français, et le modèle libéral multiculturel ou modèle « communautariste » américain. Voir SEMPRINI, A., *Le multiculturalisme*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 127p.

³⁵¹ La sphère publique renvoie à tout ce qui relève de l'Etat et des collectivités territoriales, tant dans leur dimension administrative que politique. La sphère privée comprend les lieux privés, et les lieux publics non affectés à des services publics.

différences³⁵³ est par définition neutre et relativement homogène. Il garantit aux individus devenus citoyens, à condition qu'ils respectent les droits et devoirs énoncés, une égalité de droit. La sphère publique se révèle essentielle puisque d'elle et en elle, naissent les idées unificatrices de la nation, c'est-à-dire les référents essentiels communs à partir desquels les personnes s'identifient. L'espace privé désigne quant à lui l'espace dans lequel se développent les choix personnels et familiaux des individus tout autant que les relations entre les individus. Cette sphère reste régie par les lois de la nation mais elle se caractérise par un principe de respect des libertés individuelles et de la liberté contractuelle.

Le système français basé sur cette distinction nette n'en reste pas moins conforme aux exigences de la démocratie pluraliste puisque, bien que circonscrite à la sphère privée, l'expression des différences existe, notamment en matière identitaire, religieuse et linguistique³⁵⁴. Aussi, ces différences peuvent être portées dans la sphère publique, et par exemple être rendues publiques à travers des institutions non étatiques, constitutionnellement reconnues comme c'est le cas des associations ou encore des syndicats. La liberté d'association³⁵⁵ est en effet un droit individuel octroyé à toute personne dans le cadre du respect de l'ordre public. Il induit la possibilité de s'associer dans l'optique de promouvoir certains objectifs dans tous les domaines pour autant que les considérations d'ordre public soient respectées. Toutefois, une association est et reste l'alliance entre des individus partageant des intérêts communs et se présente donc comme la somme d'intérêts individuels. Elle ne découle ni ne confère de droits collectifs. Elle permet seulement de transposer dans l'espace public des considérations d'ordre privé, manifestées dans un cadre privé³⁵⁶. Ce

³⁵² Nous choisissons ici de ne pas utiliser le terme espace public comme un synonyme afin d'éviter la confusion entre les deux termes, sphère publique et espace public sur laquelle nous reviendrons ultérieurement. Voir notamment les développements *infra* pp. 567-569. Notons toutefois dès à présent que les notions d'espace public et d'espace privé sont des notions appartenant au champ de la philosophie politique plutôt qu'au champ juridique. Toutefois, avec l'introduction de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 11 octobre 2010, nous avons assisté à une certaine juridicisation de la notion. Voir BUI-XUAN, O., « L'espace public. L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », R DFA, mai-juin 2011, pp. 551-559. Sur la loi précitée, voir les développements *infra* p.290 et p. 568.

³⁵³ L'aveuglement aux différences que l'on trouve sous le terme de *color blindness* aux Etats-Unis, exprime l'idée d'indifférence aux différences, présupposant une neutralité absolue de la part de l'Etat.

³⁵⁴ Ainsi, la création d'associations peut avoir pour but de promouvoir l'usage d'une langue, de partager des idées religieuses ou encore de défendre la spécificité d'un groupe défini en terme ethnique.

³⁵⁵ La liberté d'association contenue dans de nombreux textes relatif aux Droits de l'Homme (DDHC, DUDH, PIDCP) a été érigée en principes fondamentaux reconnus par les lois de la république et donc s'est vu revêtir une valeur constitutionnelle par le Juge constitutionnel français. A travers la décision du 16 juillet 1971, DC- 71-44, le Conseil Constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958 et du préambule de la constitution du 27 octobre 1946. Voir FAVOREU, L., PHILIP, L., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 16^{ème}éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, Paris, 2011, 591p., n°6, pp. 50-62.

³⁵⁶ Rappelons que l'association, opposable aux tiers, n'est contraignante que pour ses membres, eux-mêmes volontairement et consciemment adhérents.

système trouve sa cohérence dans le fait que les différences s'expriment dans la sphère privée, l'espace public pouvant être neutre, à même de fonctionner effectivement et de garantir la paix civile.

Une autre caractéristique de ce modèle politique libéral classique, corollaire du premier, tient au fait que le peuple français est indivisible. Ce principe d'indivisibilité, dont on se demande s'il ne constitue pas une règle hétéronome³⁵⁷, fut érigé en fondement de la République comme corollaire de l'unité³⁵⁸. D'abord envisagé comme un moyen de corrélation de la nation et du territoire, ce principe révolutionnaire s'est trouvé consacré dans l'article 1^{er} titre II de la Constitution de 1791 qui énonce que « le royaume est un et indivisible ». Indissociable de la souveraineté de la nation, il a acquis une force légitimante avec le jacobinisme³⁵⁹. Principe structurant de l'identité constitutionnelle de la France³⁶⁰, sacralisé dans le cadre de la République³⁶¹ en tant qu' « emblème de la lutte intérieure contre l'ancien régime »³⁶², il est aujourd'hui mentionné dans l'article 1^{er} alinéa 1 de la Constitution de la V^{ème} République qui stipule dans sa première phrase « la France est une République, indivisible, laïque, démocratique et sociale »³⁶³. Hérité de la révolution française qui voyait dans tout fédéralisme ou corps intermédiaire un danger³⁶⁴, ce principe a traversé les ans, acquérant un caractère quasi intemporel et une légitimité indiscutable pour être réaffirmé avec force par le Conseil Constitutionnel³⁶⁵. Ce dernier réalise une lecture dialectique de ce

³⁵⁷ Une règle hétéronome fait partie de ces règles « que les générations successives reçoivent en héritage et qu'il leur appartient de préserver et de révéler, sans prétendre ni pouvoir les remettre en cause ». PIERRE-CAPS, S., « Préface », in LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République, Mythe et réalité*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010, 290p., p.7.

³⁵⁸ B. CHANTEBOUT parle de «valeurs consubstantielles à l'idée de République ». CHANTEBOUT, B., « L'Etat et la Nation », in BOURJOL, M., (Dir.), *La commune, l'Etat et le Droit*, L.G.D.J., 1990, p.101.

³⁵⁹ M. D., LEWIS, rappelle que « Les Jacobins forgent une nation partageant une vision commune du territoire ». L'auteur mentionne en outre que le terme jacobinisme désigne ainsi aujourd'hui « tout effort de centralisation et d'homogénéisation ». Voir LEWIS, M. D., *Les frontières de la République, Immigration, limites, universalisme, France (1918-1940)*, Agone, Contre-feux, p.27.

³⁶⁰ PIERRE-CAPS, S., « Préface », in LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République, Mythe et réalité*, op.cit., p.8.

³⁶¹ A noter qu'il ne figure pas dans les lois constitutionnelles de 1875. *Ibid.*, p.51.

³⁶² *Ibid.*, p.49.

³⁶³ Cette mention est inscrite dans l'article premier de la Constitution du 27 octobre 1946.

³⁶⁴ Il se fonde sur l'idée selon laquelle il n'y a « pas de fédéralisme et pas d'intermédiaires ». Voir GREWE, C., « L'unité de l'Etat: entre indivisibilité et pluralisme », RDP, n° 5/&, 1998, p. 1349-1360,

³⁶⁵ Par exemple, Décision du Conseil Constitutionnel No 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, qui stipule « Considérant qu'il résulte de ces dispositions combinées que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français ». Dans le même sens, le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 9 mai 1991 invalide la notion de peuple corse alors même qu'il reconnaît les valeurs culturelles corses et entend bien que la loi doit garantir leur spécificité. La haute autorité rejette la notion de peuple corse car 2 l'indivisibilité de la République paraît commander l'unité du peuple français ». C.C., n° 91-290 DC du 9 mai

principe³⁶⁶. Celui-ci exprime l'idée selon laquelle aucune partie du peuple, ni aucun individu, ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale et garantit ainsi une application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire national. Ainsi, en principe, il ne peut y avoir de minorités, d'autochtones ou de peuples distincts. Cela ne signifie pas que le droit public français ne reconnaisse pas les spécificités de certains groupes mais il leur dénie le droit de se poser en entité collective détentrice de droits collectifs concurrents des droits individuels.

A ces deux manifestations du modèle républicain classique, il convient d'ajouter d'autres principes énoncés dans la constitution française qui tout à la fois, sont induits par les précédents et contribuent à les alimenter. Parmi eux, se trouvent l'unité et l'universalisme. L'unité ou principe d'unicité, au même titre que l'indivisibilité, a été affirmée dans la Constitution de 1791 dans le cadre de la monarchie constitutionnelle³⁶⁷ laquelle faisait du roi le représentant de la nation au même titre que le corps législatif. Ce postulat fut repris par la constitution de 1793 qui proclame dans son article 1^{er} que « la République est une et indivisible », puis dans la Constitution de l'an III de 1795 qui instaura le directoire. Enfin, ce principe est présent dans la Constitution de la V^{ème} République, non en tant que tel, mais par la mention « une République »³⁶⁸. Il est avant tout un principe politique, construit contre les particularismes, souvent synonymes de privilèges territoriaux et sociaux et donc contre la diversité consubstantielle au royaume de France. Il est dans ce cadre important de souligner que cette unité n'a pas une essence ethnique ou linguistique mais bien une genèse politique³⁶⁹, qui constitue « le but de tous les travaux de l'assemblée nationale, l'objet de toutes ces institutions »³⁷⁰. Elle se réalise et s'auto régénère par un processus d'unification dont l'aspect

1991, R.J.C. I-438, G.D.C.C. n°44. Voir le commentaire de LUCHAIRE, F., « Le statut de la collectivité territoriale corse (décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », R.D.P. 1991, p. 946. Voir également Annexe n° 14.

³⁶⁶ PIERRE-CAPS, S., « Préface », in LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République, Mythe et réalité*, op.cit., p.8.

³⁶⁷ Article premier du titre II « Le royaume est un et indivisible ».

³⁶⁸ Article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. Voir annexe n°1.

³⁶⁹ Idée développée par VERRIÈRE, J., « Nation Française, une et indivisible ? », Compte rendu de la conférence du 7 février 2001, IUFM de Mont- Saint- Aignan, http://hist-geo.ac-rouen.fr/doc/cfr/nfr/nation_indivisible.htm, p.4, Consulté le 01.10.2010.

³⁷⁰ BOISSY D'ANGLAS rajoute « C'est pour obtenir cette unité, qu'elle a détruit tous les ordres, qu'elle a supprimé tous les privilèges, aboli toutes les distinctions qui formoient autant de barrières, entre les citoyens et l'empire. Elle a considéré l'unité politique, sous tous les rapports, sous tous les points de vue ; et elle n'a pas fait loi, qui ne l'ait eue pour objet ». BOISSY D'ANGLAS, « Quelques idées sur la liberté, la Révolution, le gouvernement républicain et la Constitution française », 1792, p.26-27, cité in LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République, Mythe et réalité*, op.cit., p.25.

linguistique est vite apparu essentiel même si la mention constitutionnelle selon laquelle « la langue de la République est le français » ne date que du 25 juin 1992³⁷¹.

Le caractère unitaire de la nation se déduit de la conception « rousseauiste » et se rattache à l'idée de volonté générale. Le principe d'unité a notamment servi de fondement à la politique d'assimilation des étrangers. Puisqu'il s'entend comme l'unité du corps social, il commande l'établissement du droit du sol en vertu duquel la nationalité est automatiquement conférée de par la naissance sur le territoire français³⁷². L'unité de la nation est corrélée au caractère unitaire de l'Etat et à son organisation administrative d'abord centralisée. Ceci implique que « les composantes de la nation sont considérées dans leur ensemble, sans qu'il soit tenu compte de la diversité des aspirations locales »³⁷³. Dans ce cadre, la souveraineté est unique tout autant que l'organisation gouvernementale³⁷⁴. La décentralisation modifiera *a priori* seulement la structure mais non l'essence de l'unité étatique.

Le principe universaliste traduit quant à lui l'application de la règle de droit à toute personne dans le cadre national, postulant à la fois que tous les individus possèdent les mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations. Ce principe se détache donc de l'acception kantienne de l'universalisme qui, fruit de la philosophie des lumières, traduit une dimension humaine, générale et généralisant à tous les hommes et non pas au seul cadre national. Ainsi, comme le mentionne G. Timsit, dans l'optique du droit public français, l'universalité renvoie à « l'ensemble de la collectivité considérée à la fois dans chacun des individus qui la composent et dans la totalité abstraite qu'elle constitue »³⁷⁵. Il s'inscrit donc parfaitement dans l'individualisme libéral. Il trouvera sa manifestation tout autant dans le droit public que dans l'organisation administrative, homogénéisant et rationalisant la sphère publique. Ce principe universaliste a sous-tendu la mise en place progressive de l'Etat providence français partageant l'idée d'homogénéisation du corps social. En effet, le providentialisme français eut pour objectif d'atténuer les inégalités socio-économiques des personnes, complétant le dispositif d'égalité politique formulé dès les prémisses de la République, en instaurant un système destiné à l'ensemble de la population. Ainsi, et contrairement à la situation des pays

³⁷¹ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, ajoutant à la Constitution un titre : « Des communautés européennes et de l'Union européenne » énonce dans son article premier le rajout de la mention suivante à l'article 2 de la Constitution: *La langue de la République est le français*. Cette constitutionnalisation récente de la langue avait essentiellement pour motivation de lutter contre l'anglicisation.

³⁷² Voir développements relatifs à la nationalité, *infra* notamment pp. 216-217.

³⁷³ SIBERT, M., *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, p.103.

³⁷⁴ BURDEAU, G., *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 1972, p.350.

³⁷⁵ TIMSIT, G., *Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990, p.208.

anglo-saxons, il s'est agi d'offrir à toute la population quelle que soit son origine géographique, sa culture ou son statut socio-économique, un maximum de bien-être à travers l'accès à des services publics développés, eux-mêmes traduction de droits sociaux de plus en plus importants, et par le biais d'un système de protection sociale³⁷⁶. Si d'un point de vue des résultats, l'Etat providence ou l'universalisme français peuvent aujourd'hui être contestés, ils n'en demeurent pas moins un trait essentiel de la construction de la nation. Ils impliquent l'idée d'intégration de tous à une société nationale dont on souhaitait maintenir la cohésion sociale, au-delà même de l'existence et de la persistance des inégalités.

Ainsi, la France semble effectivement se nourrir « d'une représentation homogène et rationnelle de l'Homme »³⁷⁷ postulant l'universel avant même d'en faire l'expérience. Elle induit tout autant qu'elle résulte d'une conception monothéiste du droit³⁷⁸, laïcisation du droit rimant avec garantie de l'Etat de droit. Par conséquent, la France appartient donc bien traditionnellement au modèle politique libéral classique³⁷⁹.

B- L'Etat-nation unitaire français, entre subdivisions locales et adhésion européenne

La France est un Etat nation, fortement structuré autour des principes républicains d'indivisibilité et d'unité. Hostile au fédéralisme³⁸⁰, la France est pourtant un Etat décentralisé, que certains taxent de fédéralisme jacobin³⁸¹ (1), lequel a par ailleurs intégré un espace suprarégional, l'Union européenne (2).

³⁷⁶ Si les droits sociaux n'apparaissent solennellement qu'avec le préambule de 1946, ils sont introduits dans le droit français dès les premières limitations du temps de travail. A noter que la première législation sur la limitation du droit du travail a été de courte durée, n'ayant produit ses effets que 6 mois. Il s'agit de la loi dite « loi des 10 heures », instaurée le 2 mars 1848, qui fut supprimée le 9 septembre 1848. Toutefois, une loi du 22 mars 1941 avait au préalable réglementé le travail des enfants. Voir par exemple AUBIN, G., BOUVERESSE, J., *Introduction historique au droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Droit fondamental, droit social », 1995, Broché, 318 p.

³⁷⁷ ROULAND, N., *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, op.cit., p.382.

³⁷⁸ *Ibid.* p 387.

³⁷⁹ Nous verrons dans la seconde partie de cette étude que ce modèle n'est plus aussi clairement établi bien que la France ne soit pas devenue intégralement multiculturelle et que l'on ne puisse pas parler de pluralisme juridique affirmé. Voir *infra* p.

³⁸⁰ Pour F., LEMAIRE, « Le mot « fédéralisme » semble comme frappé d'hérésie au regard des dogmes républicains ». LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République*, op.cit., p.89. Il cite également les mentions « menace fédéraliste », « crime fédéraliste ». *Ibid.* p.95.

³⁸¹ MICHALON, T., « De l'illusion communautaire à l'égalité républicaine : itinéraire d'un fédéraliste jacobin », in ROULAND, N., *Le droit à la différence*, PUAM, 2002, 308 p., 225-249, p. 225.

1- La France ou la désarticulation nationale

Si la décentralisation préexiste à la seconde guerre mondiale³⁸², c'est face à la résurgence des mouvements régionalistes de l'après-guerre, parallèle territorial du mouvement identitaire américain, qu'un processus de décentralisation accru, d'une nature nouvelle³⁸³ a vu le jour, notamment consacré par la loi du 2 mars 1982³⁸⁴. Celui-ci, répondant sans nul doute à « un besoin de liberté politique »³⁸⁵ marqua profondément la structuration territoriale et administrative³⁸⁶ de la France, en posant trois éléments majeurs: la suppression de la tutelle administrative et financière exercée par le préfet; le transfert de l'exécutif départemental et régional au profit d'un élu local³⁸⁷; et enfin, la création de la région qui devient une collectivité territoriale de plein exercice³⁸⁸.

Pour autant, la constitution de 1958 instituait déjà un Etat déconcentré et décentralisé, avec l'existence de collectivités locales³⁸⁹, constitutionnellement consacrées par le Titre XII du texte fondamental³⁹⁰. Aujourd'hui, tel que stipulé par l'article 72 actuel, les collectivités territoriales sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer spécifiquement régies par l'article 74³⁹¹. Ces

³⁸² Aussi, la décentralisation a rimé avec le développement de la déconcentration. En témoignent par exemple la loi de 1871 sur le Conseil général, la loi de 1840 sur le Conseil municipal. Décentralisé, le pouvoir des institutions locales était dès lors tempéré par celui des autorités déconcentrées.

³⁸³ Plus qu'un changement de degrés il s'agit dès lors d'un changement de nature.

³⁸⁴ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Cette loi fut corrigée par celle du 22 juillet 1982 consécutivement à la décision du Conseil constitutionnel, CC 25 février 1982, p. 38, AJ1982, p.303, note BOULOUIS, J., RDP 1982, p.1259, chron. FAVOREU, L.

³⁸⁵ HAURIOU, M., *Précis de droit administratif*, 12 éd, Paris, Dalloz, 2002, 1150p., p. 86.

³⁸⁶ BENOIT, J., *Théorie juridique de la décentralisation administrative en France*, TH. Paris 2, 1990, 758p.

³⁸⁷ Voir par exemple VERPEAUX, M. « Les droits des élus ou le droit des assemblées locales », RFDA 1993, p.20.

³⁸⁸ Sur la réforme des collectivités territoriales en vertu de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 dite de réformes des collectivités territoriales (Jo 17 déc. 2010, p. 22146), voir « Dossier. La réforme des collectivités territoriales », RFDA, n°2, Mars-avril 2011, pp. 225-2266.

³⁸⁹ Sur la notion de collectivité locale et la différenciation avec le terme collectivité territoriale locale, voir CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Montchrestien, Tome 1, 10è ed. p. 224-225., 1996-1997.

³⁹⁰ Dans la première version non révisée du texte constitutionnel, de même que à l'art. 85, al. 2 de la Constitution de 1946, n'étaient mentionnés que les communes, les départements et les territoires d'outre-mer. Toutefois, il était prévu que puissent être créées par la loi toute autre collectivité territoriale, même celles qui ne comprendraient qu'une unité. Voir CC., 25 février 1982, p.41 RDP 1982, p. 1291, et comment. FAVOREU, L.. Ainsi, le Titre XII fut révisé Voir FAVOREU, L., « Les Bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in MODERNE, F., *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983, p.15, LUCHAIRE F., « Les fondements constitutionnels de la décentralisation, RDP, 1982, p. 1543.

³⁹¹ L'Alinéa 1^{er} de l'article 74 dispose « 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 ». Voir Annexe n°1. La révision du 28 mars 2003 permet ainsi de regrouper sous la même dénomination toutes les entités régies par l'article 74, les Collectivités d'outre-mer, dites COM. Chacune aura par ailleurs son statut propre en vertu d'une loi organique comme le stipule la deuxième phrase de l'article. En définitive, deux catégories de COM peuvent être dégagées de l'article 74, celles qui sont autonomes et celles qui ne le sont pas. Voir CARCASSONNE, G., *La constitution*, 10^{ème} éd., Essais, Points, Seuil, Paris, 2011, 461p., p. 359.

collectivités relèvent de statuts variés, confortés par la coexistence d'un régime général et d'un régime particulier, celui des Outre-mer, qui présentent « une réalité institutionnelle diversifiée »³⁹². En vertu de l'article 72 al.3, elles ont vocation à s'administrer librement, et peuvent même « déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Pour les départements et régions d'outre-mer, l'article 73 stipule que les lois et règlements peuvent faire l'objet d'adaptation tenant compte des « caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités »³⁹³.

Bien que les caractéristiques de l'Etat unitaire se trouvent quelque peu ébranlées par une délégation de compétences au profit d'autorités locales, distinctes de l'Etat et autonomes³⁹⁴, il convient de spécifier que l'al. 6 de l'article 72, réitère le fait que le représentant de l'Etat présent dans chaque collectivité territoriale de la République a la charge des intérêts nationaux. Par ailleurs, les prérogatives conférées par l'article 73 leur permettant de fixer « elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire », sont limitatives³⁹⁵. Notamment, ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, etc.³⁹⁶. Ainsi, l'unité est garantie en dépit du caractère décentralisé de la France. En effet, cette décentralisation est synonyme d'autonomie et non d'indépendance³⁹⁷. Le titre XII, « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle Calédonie », notamment son article 77, tempère ce postulat puisque les « populations intéressées (...) seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté »³⁹⁸. Il est certain que d'une manière générale, l'évolution du dispositif de la « France

³⁹² GIRARDIN, B., « Avant-propos. La réforme constitutionnelle et l'outre-mer », in *Les outre-mers entre décentralisation, intégration européenne et mondialisation*, RFDA, n° 101, Janvier-Mars 2002, pp.3-5, p. 4.

³⁹³ Les premiers alinéas de l'article 73 disposent: « 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, selon le cas, par la loi ou par le règlement. Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement. 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. Voir annexe n°1.

³⁹⁴ Principalement les collectivités d'outre-mer régies par une loi organique et répondant de l'article 74 de la constitution et la Nouvelle Calédonie relevant du Titre XIII.

³⁹⁵ Alinéa 4 et 5 notamment. Voir annexe Constitution française du 4 octobre 1958, Annexe n°1.

³⁹⁶ Voir article 73 al. 4. *Ibid.*

³⁹⁷ JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, L.G.D.J., 1998, Paris., p.92.

³⁹⁸ Article 77, al.1, tiré 4. Voir Constitution française du 4 octobre 1958, annexe n°1.

périphérique»³⁹⁹, s'inscrit dans le sens d'une institutionnalisation des particularismes culturels. Ce processus répond à une appropriation des institutions républicaines par les populations locales ultra marines⁴⁰⁰ et questionne le principe d'indivisibilité du territoire sans toutefois remettre en cause le caractère unitaire de l'Etat⁴⁰¹. B. Girardin, à propos de la réforme constitutionnelle explique ainsi que « la Nation s'est construite autour de la diversité de ceux qui la composent et adhèrent à ses valeurs fondamentales. L'outre-mer y apporte une contribution essentielle. La réforme constitutionnelle réaffirme le lien qui unit la métropole à l'outre-mer, en assurant une décentralisation effective des compétences dont l'étendue respectera les évolutions souhaitées par nos concitoyens français qui y vivent »⁴⁰². Pourtant, il s'agit bien de la confirmation d' « une dilution progressive de l'indivisibilité au profit d'une différenciation croissante tant dans le droit institutionnel que dans le droit substantiel de la République »⁴⁰³. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République n'a fait que confirmer ce processus en consacrant un pouvoir réglementaire propre aux collectivités territoriales, un droit à l'expérimentation mais aussi de manière implicite un principe de subsidiarité⁴⁰⁴. De ce fait, on assisterait à ce que B. Dubujadoux dénomme un « droit à la différence statutaire des collectivités territoriales »⁴⁰⁵.

Cette résurgence des identités sectorielles, notamment régionales, est également visible dans le domaine linguistique étant donné que la réforme de juillet 2008 intègre à l'article 75-1 de la constitution la mention selon laquelle « les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France »⁴⁰⁶. Si bien il ne s'agit pas d'une reconnaissance officielle de la pratique de la langue de son choix, il s'agit toutefois d'une institutionnalisation des langues régionales⁴⁰⁷.

³⁹⁹ MICHALON, T. « La France périphérique : crainte du marché et rejet de l'Etat », *Revue politique et parlementaire*, n° 1009-1010, nov.-déc. 2000/janv.-fév. 2001, p.107.

⁴⁰⁰ Et notamment la consultation des populations sur l'évolution statutaire de leur collectivité territoriale à l'intérieur de la république, DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, ANRT, 2003, 344 p., pp.245-250. Voir aussi LEMAIRE, F. « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel (la décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000), R.D.P. 2000, P.920.

⁴⁰¹ MAESTRE, J-C, « Commentaire de l'article 2 de la Constitution », in LUCHAIRE, F., CONAC, G., (Dir.), *La constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, 2^{ème} éd., 1402., p. 129.

⁴⁰² GIRARDIN B., « Avant-propos. La réforme constitutionnelle et l'outre-mer », in *Les outre-mers entre décentralisation, intégration européenne et mondialisation*, op.cit., pp.3-5, p. 5.

⁴⁰³ GREWE, C., « L'unité de l'Etat, entre indivisibilité et pluralisme », R.D.P., 1998, p. 1357.

⁴⁰⁴ Le maintien de la spécificité de l'outre mer a été analysé par F. LEMAIRE. Voir LEMAIRE, F., « Le nouveau statut constitutionnel de l'outre-mer français », JCP, administrations et collectivités territoriales, n°25, 16 juin 2003, 1583, p.809.

⁴⁰⁵ DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, op.cit., p., 224. On pourrait également se demander dans quelle mesure on assisterait à l'émergence d'un droit à la différence identitaire au sein des collectivités territoriales étant entendu que pour les COM bénéficiant de l'autonomie, « les nécessités locales peuvent, en matière d'emploi, d'établissement ou de foncier, autoriser la collectivité à prendre des mesures en faveur de sa population propre ». Voir CARCASSONNE, G., *La constitution*, op.cit., pp. 360-361.

⁴⁰⁶ Voir Constitution française, Annexe n°1. Sur cette réforme, voir par exemple LE BRIS, C., « Les langues régionales dans la constitution », RDP, 2009, n°3, p.804. BENOIT- ROHMER, « Les langues officieuses de la

Notons que la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 qui reconnaît le droit local comme Principe Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République⁴⁰⁸ assorti cette reconnaissance à d'importantes restrictions⁴⁰⁹. Néanmoins, tout en révélant une « prise en compte de la diversité territoriale », elle inscrit le respect du droit local dans la tradition constitutionnelle ce qui peut, à l'instar de F. Lemaire être envisagé comme « une convention constitutionnelle »⁴¹⁰.

Cette désarticulation nationale interne est couplée à une articulation supranationale. Les deux logiques sont d'ailleurs imbriquées⁴¹¹.

2- L'intégration supranationale de la France dans l'Union Européenne

D'un point de vue externe, la France a concédé un pan de sa souveraineté à une entité régionale supranationale qu'est l'Union Européenne⁴¹². Ainsi, la création du droit communautaire et une certaine « articulation fédérale entre les institutions supranationales européennes et les Etats membres »⁴¹³ bouscule la nation française, son identité tout autant que son organisation et son contenu. Ces questionnements résultent tant de ses domaines de compétences croissants que du contenu même de certaines de ses dispositions. Ainsi, les mesures prises en faveur de la préservation voire de la valorisation des identités et des cultures particulières perturbe par un autre canal l'idée d'unité nationale française.

France » in *Langue(s) et constitution (s)*, p.4 et s. , DEBBASH, R., « La république indivisible, la langue française et la nation », in *Langue(s) et constitution (s)*, p.55 et s.

⁴⁰⁷ Voir notamment MALO, L., « Les langues régionales dans la Constitution française: à nouvelles donnes, nouvelle réponse ?, RFDC, n°85, janvier 2011, pp.69-98. Voir également: La diversité linguistique en France Annexe n°6.

⁴⁰⁸ Dits PFRLR.

⁴⁰⁹ La décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 reconnaît le droit local comme Principe Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République. CC, 5 août 2011, Décision n° 2011-157- QPC, Société Somodia. WOEHLING, J.-M., « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien –mosellan : consécration ou restriction ? Les difficultés d'élaboration d'un cadre constitutionnel pour une territorialisation du droit », in RFDA, janvier-février 2012, pp. 131-139, p.131.

⁴¹⁰ LEMAIRE, F., « Les conventions constitutionnelles dans le système juridique français », RFDC 1998, p.451, cité in *Ibid.*, p. 133.

⁴¹¹ Voir par exemple le dossier « Les outre-mers face à l'intégration européenne et à la mondialisation », in *Les outre-mers entre décentralisation, intégration européenne et mondialisation*, et notamment VITALIER, C., « les régions ultra-périphériques entre assimilation et différenciation », *Ibid.* pp. 115- 126. Ou encore ZILLER, J., « L'association des pays et territoires d'outre-mer à la communauté européenne », in *Ibid.* pp. 127-136.

⁴¹² L'UE est régie par le traité de Rome, signé le 25 mars 1957, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958, et le traité de Maastricht, signé le 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993. Ils ont été amendés par le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

⁴¹³ CROISAT, M., *Le fédéralisme en Europe*, Clefs, Politique, Paris, Montchrétien, 2010, 158p., p.8.

La construction européenne qui s'est faite timidement, par étape, avec plusieurs niveaux d'intégration, a progressivement conféré d'importantes compétences aux communautés, puis à la communauté, aujourd'hui dénommée l'Union au détriment des prérogatives traditionnelles des Etats nations européens⁴¹⁴. Face à cette véritable délégation de compétences, l'enjeu était de trouver un équilibre, et selon la célèbre formule de Bidault de « Faire l'Europe sans défaire la France »⁴¹⁵. Comme le précise G. Bossuat⁴¹⁶, le cadre institutionnel communautaire devint un facteur permanent de la décision française après 1969. Dans ce cadre, l'élargissement à la fois quantitatif, caractérisé par l'adhésion de nouveaux pays, et qualitatif, marqué par des améliorations institutionnelles, a généré une série de questionnements. Pour autant, avec la création du Conseil européen et malgré l'élection du parlement européen au suffrage universel direct, le caractère intergouvernemental du système prédomine sur le caractère supranational. Toutefois, la signature de l'Acte Unique européen en février 1986 et l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, ont marqué un nouvel élan européen quelque peu en confrontation avec l'idée nationale française. L'Union Européenne instituée par le traité de Maastricht du 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 a innové dans ce sens en instaurant une citoyenneté européenne⁴¹⁷. Ainsi, « Est citoyen de l'union toute personne ayant la nationalité d'un Etat Membre »⁴¹⁸. Bien que le droit de la nationalité demeure une prérogative des Etats membres⁴¹⁹, la citoyenneté européenne apparaît

⁴¹⁴ Voir par exemple BOULOUIS, J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5 éd, Paris, Montchretien, 1995, 392p. VAN RAPENBUSHC, S., *Droit constitutionnel de l'Union et des communautés européennes*, Bruxelles, De Boek Université, 3^e éd., 200, 510p.

⁴¹⁵ BIDAULT, G., « Discours prononcé le 29 oct. 1953 devant le conseil de la République sur la Communauté Européenne de Défense », 1953.

⁴¹⁶ BOSSUAT, G., *Faire l'Europe sans défaire la France, 60 ans de politique d'unité européenne des gouvernements et des présidents de la république française (1943-2003)*, <http://diploweb.com/forum/bossuat06091.htm>, pp.1-20, p.8. Consulté le 19.09.2011.

⁴¹⁷ Les trois piliers du Traité de Maastricht: les communautés européennes, la coopération en matière de politique étrangère et de sécurité et la coopération en matière intérieure et de justice.

⁴¹⁸ L'article 20 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ex Article 17 du TCE nouveau) dispose que : « 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres: a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres; b) le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État; c) le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État; d) le droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, de recourir au médiateur européen, ainsi que le droit de s'adresser aux institutions et aux organes consultatifs de l'Union dans l'une des langues des traités et de recevoir une réponse dans la même langue. Ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci. C 115/56 FR Journal officiel de l'Union européenne 9.5.2008.

⁴¹⁹ Comme le rappelle M. l'avocat général Poiares Maduro dans l'arrêt Rottman: « l'Union appartient et est composée de citoyens qui, par définition, ne partagent pas la même nationalité ». M. POIARES MADURO,

comme « un supplément de citoyenneté »⁴²⁰ conditionné, qui confère un certain nombre de droits. Elle est révélatrice de la dénationalisation de certaines attributions et permet la dissociation sémantique et pratique des termes nationalité et citoyenneté, historiquement largement assimilés en France⁴²¹ mais toujours distincts en Europe de l'Est. Le transfert de prérogatives de plus en plus important au bénéfice de l'Union européenne se réalise sans pour autant s'appuyer sur un peuple européen⁴²², qui serait le reflet d'une nation européenne.

D'un point de vue interne, les différentes réformes constitutionnelles marquent une accélération dans le transfert de souveraineté de la France à l'Europe⁴²³. L'idée des pères fondateurs de l'Europe était bel et bien celle-là, la création d'un échelon de souveraineté supplémentaire qui ne chercherait toutefois pas à remettre en cause les identités nationales⁴²⁴. Ainsi le droit communautaire est d'application directe et immédiate, primant sur le droit national⁴²⁵. Le conseil constitutionnel, à la lecture du titre XV de la Constitution et notamment de l'article 88-1 a estimé dans ce sens que l'ordre juridique communautaire est intégré à l'ordre juridique interne, ce qui le distingue de l'ordre juridique international⁴²⁶. Ainsi, l'application du droit européen est garantie par l'ensemble des juridictions françaises, sur tout le territoire national⁴²⁷.

conclusions sur CJUE, *Rottman*, Gde Ch., 2 MARS 2010, Janko Rottmann, C-135/08, Rec. I-1449, cité in GAUDIN, H., « Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (2010), RDP, N°5-2011, pp. 1313-1343, p. 1331, point 1.

⁴²⁰ Terme emprunté à MASCLET, J.-C., *Des communautés européennes à l'Union Européenne, dans L'union Européenne*, La documentation Française, 1999, pp-5-13, p.10

⁴²¹ Notons en outre que l'article 6 du Traité de Maastricht stipule que l'Union est fondée « sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que l'état de droit, principes qui sont communs aux Etats-membres ».

⁴²² CJCE Maastricht, 1993.

⁴²³ En outre, la décision du Conseil d'Etat dans l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989 consacre la fin d'une résistance juridique communautaire et ouvre une nouvelle ère, celle de la dissociation entre la nation et les attributs de la souveraineté. C.E. Ass. 20 oct. 1989, NICOLO, Rec 190, concl. Frydman, AJDA 1989, chr. 756, et note SIMON, 788 ; RFD adm. 1989.824, note GENEVOIS, 993, note FAVOREU, 1000, note DUBOUIS

⁴²⁴ C'était notamment l'idée de Robert Schuman ou encore de P.H. Spaak. Cf GOULARD, S., *Les Etats- Nations et l'Union Européenne dans la globalisation*, La revue de la CFDT, Mars-avril 2007, pp.12-17, p.13

⁴²⁵ Article 249 al 2 TCE. CJCE VAN GEND EN LOOS 1963 et COSTA 1964. Sur la primauté à l'égard du droit national: CJCE Simmenthal, 1978.

⁴²⁶ CC, 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO du 24 novembre 2004, p. 19885. FAVOREU, L., PHILIP, L., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 16^{ème} éd., op. cit., n° 31, pp. 342- 361.

⁴²⁷ Notons que l'appartenance de la France à l'Europe et son intégration à l'Union Européenne n'est donc pas sans conséquence sur les domaines qui nous intéressent et que nous appréhenderons ultérieurement, en particulier dans celui de l'immigration. Nous pouvons par exemple parler de « communautarisation croissante du droit des étrangers ». AUBIN, E., *Droit des étrangers*, Gualino, Lextenso Editions, 2009, 359p. p.81. En effet, les politiques de visas, d'asile et d'immigration font partie des compétences concurrentes ou partagées entre les Etats membres et la communauté. Dans ces domaines tout comme en matière de politique sociales (entre autres exemples), les Etats membres sont compétents tant que la communauté n'est pas intervenue. MASSON, A., *Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel, Théorie, exercices et éléments de méthodologie*, Larcier, 2^e éd., 2009, 576p., p.49.

Dans ce contexte de perméabilité de la nation française sous le poids du développement européen, l'approche de la diversité par l'Union Européenne est fortement symbolique et présente un certain parallélisme avec les Etats-Unis. En faisant de sa devise une Europe « Unie dans la diversité »⁴²⁸, l'union assume son identité plurielle tout en faisant primer le sentiment d'unité⁴²⁹. Outre cette articulation de l'un et du pluriel⁴³⁰, la construction européenne s'apparente au système américain dans une perspective de construction fédéraliste⁴³¹. Dans ce sens, elle favorise également le régionalisme⁴³². Mais alors qu'aux Etats-Unis, la construction identitaire semble s'incarner dans un certain compromis des cultures, l'Union européenne paraît répondre à une « culture des compromis »⁴³³.

L'unité de l'Union européenne repose sans nul doute sur une dimension politique de vouloir construire ensemble une sphère publique pacifique. Elle s'ancre également dans une certaine mesure sur une cohésion culturelle marquée par la chrétienté⁴³⁴. Néanmoins, cette référence aux racines chrétiennes de l'Europe a été écartée de la formulation du projet de constitution européenne. Ainsi, le processus dialogique qui commande l'identité européenne s'inscrit de manière concomitante dans une recherche de cohésion unitaire au niveau *macro* et de reconnaissance des diversités culturelles internes aux Etats. C'est ainsi que « La communauté contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun »⁴³⁵.

⁴²⁸ Sur le site de la commission européenne, la devise est ainsi explicitée : « Cette devise signifie que, au travers de l'Union européenne, les Européens unissent leurs efforts en faveur de la paix et de la prospérité, et que les nombreuses cultures, traditions et langues différentes que compte l'Europe constituent un atout pour le continent ».

⁴²⁹ A noter que le comité Veil a refusé la référence aux principes d'une Europe Unie dans la diversité dans le préambule de la constitution. D'une part, le comité a estimé que cela ne constituerait pas un apport effectif aux mentions déjà existantes dans le corpus constitutionnel. En outre, le comité a décidé de refuser toute modification qui serait dépourvue d'effet normatif. Voir *Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution*, op.cit., p.40.

⁴³⁰ Il convient de noter que la devise européenne ne figure plus dans le traité de Lisbonne. Pourtant celui-ci parle de d'héritage religieux de l'Europe. Ce qui s'explique comme le relève V. GIRAUDON, du fait que comme aux Etats Unis, la devise relève d'un statut de *facto* et non de *jure*, GIRAUDON, V., *La diversité en Europe : une évidence ?*, in *Revue politiques*, n°35, août 2009, p.67-86., p.72-73.

⁴³¹ Pour une comparaison entre la Cour Suprême des Etats-Unis et la CJCE, voir MASSON, A., *Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel, Théorie, exercices et éléments de méthodologie*, op.cit., p. 188-197.

⁴³² Par exemple, les comités des régions, ou encore les aides aux projets inter-régionaux et transfrontaliers.

⁴³³ Cette différenciation faite au sujet de l'Union européenne est extraite de ABELES, M., ET BELLIER, I., « La Commission européenne : du compromis culturel à la culture politique du compromis », *Revue française de science politique*, vol.46, n°3, juin 1996, p.431-456.

⁴³⁴ DIEZ MEDRANO, J., « *The public sphere and the European Union's Political Identity* », in CHECKEL, J., ET KATZENSTEIN, p., (dire.), *European identity*, New York, Cambridge University Press, 2009, 265p., p.81-109.

⁴³⁵ Article 167, Ex-article 151 du TCE. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:fr:PDF>, Consulté le 19.09.2011.

Par conséquent, « Ubiquiste et multiforme »⁴³⁶ la diversité n'est pas sans poser certains dilemmes aux institutions européennes⁴³⁷. Dans ce contexte paradoxal, ces derniers ont développé un corpus juridique favorable aux minorités en même temps qu'un ensemble de lutte contre les discriminations⁴³⁸. L'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pose un principe de non-discrimination⁴³⁹ qui cohabite avec une reconnaissance, prudente mais avérée, du pluralisme culturel prôné par la Cour EDH⁴⁴⁰. Toutefois, on peut affirmer que la constitution reste protégée par le Conseil constitutionnel. Ainsi par exemple, dans sa décision sur la Constitution européenne, les sages rejettent l'idée que la constitution européenne soit une constitution à part entière modifiant la hiérarchie des normes⁴⁴¹ rappelant que l'article 1-5 stipule que « l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »⁴⁴².

L'histoire de la construction européenne est aujourd'hui à un tournant qui implique une véritable redéfinition du partage des compétences entre les institutions européennes et les Etats, dans le sens d'un fédéralisme encore non abouti⁴⁴³. Cette écriture de l'histoire européenne va également dépendre de la conception de la nation que se fait chaque Etat membre. Si toute perturbation des principes nationaux n'implique pas forcément une remise en cause de la nation en tant que telle elle pose assurément la nécessité de procéder à de nouvelles compositions et articulations⁴⁴⁴. Ainsi, la France comme bon nombre d'Etats

⁴³⁶ GIRAUDON, V., *La diversité en Europe : une évidence ?*, in *Revue politiques*, n°35, août 2009, p.67-86., p.69.

⁴³⁷ *Ibid.*, p.70.

⁴³⁸ Voir développements *infra* p.400-402.

⁴³⁹ BENOIT-ROHMER, F., « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales » *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p.563-586.

⁴⁴⁰ Dans ce sens arrêt *Chapman c. Royaume Unis*, arrêt du 18 janvier 2001, RINGELHEIM, J., « Le multiculturalisme aux miroirs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'observateur des Nations Unies*, n° spécial « Multiculturalisme et droit international », vol.23, n°2, 2007, p.173-205., p. 177. Dans cet arrêt la Cour mentionne un consensus international en faveur de la reconnaissance des besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur « sécurité, leur identité et leur mode de vie ». Voir PENTASSUGLIA, G., *Les minorités en droit international*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2004, p.129-130.

⁴⁴¹ Le paragraphe n°10 de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004 énonce que « (...) cette dénomination est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sein de l'ordre juridique interne ». Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-505-dc/decision-n-2004-505-dc-du-19-novembre-2004.888.html>, Consulté le 30.12.2011.

⁴⁴² L'article 4 §2 du TUE adopté à Lisbonne rappelle ainsi que « l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (...) ».

⁴⁴³ Le processus de fédéralisation n'a pas abouti à la création d'un fédéralisme européen. L'absence d'une autorité exécutive de l'Union est un des éléments manquant.

⁴⁴⁴ Cette intégration européenne s'est faite par pallier à partir de la fin des années 40, et s'est construite de manière empirique et *ad hoc*. Il n'a en effet pas pu être tranché dès les origines de la réflexion entre une démarche fédéraliste ou confédératinniste et le débat perdure aujourd'hui encore. Cette institution d'une

unitaires s'orientent vers une fragmentation de la souveraineté nationale, *infra* et *supra* étatique. L'exemple des Etats-Unis suit au contraire un mouvement inverse, tendant à plus de centralisation. En amont de cette divergence dynamique, il faut se souvenir que la construction nationale américaine diffère. Nous envisagerons à présent l'étude des Etats-Unis en nous attachant au préalable à retracer le processus d'institutionnalisation de la nation étasunienne autour de référents nationaux.

solidarité politico-économique européenne est en effet apparue comme une nécessité plutôt que comme une volonté impérieuse de remettre en cause une partie des éléments de la souveraineté nationale des Etats et en particulier celle de la France. L'histoire de la construction européenne illustre en effet l'idée de résistance à la disparition de la France comme source d'un projet universaliste de société politique nationale.

Section 2 - Les Etats-Unis, une volonté nationale institutionnalisée autour de référents nationaux

Tel que le souligne T. Jacoby, « *we are a unique nation: defined not by blood or ancestry but by a set of shared ideas* »⁴⁴⁵. En effet, la nation américaine s'est construite à partir d'une histoire d'immigration, de partage d'idées et de valeurs en dépit de l'existence de différences objectives liées à la langue ou à la culture. Ainsi, nous pouvons dire que la nation américaine s'est créée sur la base de critères subjectifs et notamment, sur un « vouloir vivre ensemble ». Sa naissance a accompagné la construction de l'Etat républicain américain, dans le cadre d'un processus itératif. Il y a donc une ressemblance certaine entre la nation américaine et la nation française telle que systématisée par E. Renan.

Pourtant, la mention de la nation américaine est absente du texte constitutionnel. Cette absence ne doit pas être perçue comme un déni de l'objet national mais représente plutôt une façon de poser l'empreinte nationale voulue mais non encore totalement incarnée. De ce fait, elle était impossible à affirmer en tant que telle au moment de la rédaction du texte fondamental. En effet, la construction *de facto* de la nation américaine a abouti progressivement à faire de la Constitution la dépositaire légitime de la nation finalement collectivement incarnée. Nous nous retrouvons alors ici avec une conception de la relation nation/Constitution à la fois différente et convergence de l'expérience française. Elle diffère dans le sens où le développement constitutionnel français a été progressif, par palier. Il a fini par faire explicitement de la nation la source de la Constitution, réaffirmant ainsi son primat et mentionnant la nation comme l'élément central, premier et essentiel de la France (Constitutions de 1946 et de 1958 notamment). Aux Etats-Unis, le texte constitutionnel, discret sur l'idée de nation, n'en évince toutefois pas l'idée, préparant le cadre d'expression de celle-ci. La convergence entre les deux traditions nationales constitutionnelles découle par conséquent des éléments constitutionnels qui garantissent, pour reprendre les termes de Sieyès, la réalité concrète et la volonté toujours légale de la nation.

Ainsi aux Etats-Unis, l'institutionnalisation de la nation, parallèle à la construction du fédéralisme, s'est faite par palier et fut véritablement réalisée après la guerre civile qui dura

⁴⁴⁵ Nous sommes une nation unique: définie non par le sang ou par nos ancêtres mais par un ensemble d'idées partagées (notre traduction). JACOBY, T., *Reinventing the Melting Pot*, op.cit, p. 294.

de 1861 à 1865. Elle s'est accompagnée d'une objectivisation progressive de l'idée de nation. Cela s'est réalisé non pas tant autour d'une religion commune mais plutôt en référence à un monothéisme et un principe de tolérance religieuse communément accepté. Elle s'est également fondée par rapport à une langue, l'anglais, mais non contre les particularismes linguistiques, contrairement au cas français. Définie sur la base d'une « histoire neuve »⁴⁴⁶, écrite au fur et à mesure et enrichie à chaque étape par l'arrivée de nouveaux migrants, elle s'est structurée au travers d'une culture fondée sur un système de valeurs et de croyances partagées⁴⁴⁷.

Ainsi comme en France, la nation naît dans le rejet de la sujétion. Mais alors qu'en France, elle a été proclamée face à la sujétion juridique, les Etats-Unis sont devenus une communauté nationale en réaction à une sujétion économique. La mise à l'écart de l'ordre ancien permettait de penser une communauté hétérogène sous le marqueur unitaire. De fait, l'histoire de la nation américaine diffère donc de celle de la nation française, puisqu'elle s'est développée non pas à partir d'une communauté nationale préexistante, mais sur la base d'une volonté nationale formulée par les populations diverses qui la peuplaient (§1). C'est une nation bâtie selon la devise de l'*E pluribus Unum*, à la fois construite autour du modèle libéral multiculturel et d'une certaine idée du fédéralisme (§2). En résulte une construction nationale porteuse de diversité.

§1- La composition d'une nation à partir de principes nationaux

Aux Etats-Unis, il semble que le sentiment national déterminé par une volonté de vivre ensemble ait précédé l'Etat ou plus exactement ait motivé la création de l'Etat lequel a par ailleurs œuvré pour ancrer l'idée nationale. Pourtant, il ne s'agit pas encore de nation à proprement parler mais plutôt d'un certain nationalisme, prémisse de la nation, développé en réaction à l'ennemi commun, la couronne d'Angleterre. Pour bien comprendre la genèse de la nation, il nous faut revenir sur la construction du pays en tant qu'espace territorial, puis institutionnel et national. Ainsi nous verrons comment, sur la base du développement de

⁴⁴⁶ Tel que susmentionné, la nouveauté de l'histoire ne signifie par primeur mais caractère nouveau étant entendu que la genèse de l'histoire des Etats-Unis est à rattacher à la présence des populations indigènes.

⁴⁴⁷ CHOPIN, T., *La république « une et divisible »: les fondements de la fédération américaine*, Paris, Plon, 2002, 324p.

l'idée nationale, cette nation s'est construite en quatre moments: elle s'est constituée et instituée après l'indépendance (A), renforcée après la guerre de sécession (B), « nationalisée » à partir du XIX^{ème} siècle du fait des élites protestantes (C) et redéfinie après la révolution des droits civiques (D). L'idée de terre promise a alimenté cette construction nationale, justifiant la volonté de migrer et de construire l' « Amérique ».

A- La constitution de la nation

L'idée nationale s'est forgée pendant la colonisation et jusqu'à la constitution de l'Etat. La découverte de l'Amérique du Nord n'est pas aussi « récente » que le mythe l'affirme⁴⁴⁸. Tout au long du XVI^{ème} siècle, les Français ont exploré une partie du territoire et se sont installés au Canada alors que les Espagnols s'établissaient en Floride⁴⁴⁹. La colonisation anglaise s'amorça dès 1607, marquée notamment par la fondation de Jamestown en Virginie⁴⁵⁰. Cette première colonie anglaise, à travers le *Mayflower compact* s'affranchit du joug royal, jurant de n'obéir qu'aux lois locales que les habitants s'étant eux-mêmes fixées⁴⁵¹. C'est cette ville qui a vu arriver les premiers esclaves africains dès 1619. La colonisation anglaise devenant de plus en plus importante, les Anglais éliminèrent progressivement les enclaves hollandaises⁴⁵² et suédoises établies dans la partie est du territoire. Cette période fut illustrée par une série de fondations telle que celle de la ville de Boston. Le territoire se divisa alors en trois groupes de colonies, marquées par l'idée de *self-government*⁴⁵³. Le groupe de la nouvelle Angleterre d'abord, fut peuplé en majorité de puritains, c'est-à-dire groupes religieux persécutés en Angleterre. Il constitua en fait une zone au sein de laquelle la religion régissait autant la vie privée que la vie publique et où l'activité économique, incarnée par la ville de Boston, y fut florissante. Le groupe du Sud, ensuite, qui, avec une population de faible densité, se concentra sur la plantation de tabac, de riz, d'indigo et plus tard de coton. Cela fut possible à l'aide d'une main d'œuvre noire importée d'Afrique et selon des manières de vie qui faisaient

⁴⁴⁸ En effet, on estime que le peuplement du continent, aujourd'hui identifié comme américain, s'est réalisé dès l'an 50 000 avant notre ère par des peuples venus d'Asie. Les Vikings auraient également exploré ces terres de 986 à 1008 après J.C. Cependant, la découverte officielle est attribuée au Génois Christophe Colomb qui découvre les Antilles en 1492, terre qu'il prend alors pour les Indes. Ce nouveau monde fut baptisé dès 1507 « American » par le géographe allemand Martin Waldseemüller.

⁴⁴⁹ MARIENSTRAS, E., *Les Mythes fondateurs de la nation américaine*, Paris, Éditions Complexe, 1992, 372p.

⁴⁵⁰ Toutes les colonies américaines sont nées d'initiatives privées. ZOLLER, E., *Le droit des Etats-Unis*, PUF., op.cit., p.7.

⁴⁵¹ Le *Mayflower compact*, signé le 11 novembre 1620, désigne le premier acte gouvernemental de la colonie de Plymouth.

⁴⁵² Aujourd'hui, ces enclaves sont les Etats de New York et de la Nouvelle Amsterdam.

⁴⁵³ ZOLLER, E., *Le droit des Etats-Unis*, PUF., op.cit., p.8.

penser à l'aristocratie européenne. Enfin, le groupe intermédiaire, plus hétérogène, disposait d'une position géographiquement et politiquement centrale et comptait avec différents territoires peuplés en majorité par des Hollandais, des Suédois et des *quakers*⁴⁵⁴. La conquête des territoires était donc empreinte de diversité

Différentes, les treize colonies de l'époque se ressemblaient néanmoins, principalement par leurs institutions politiques et par la rédaction de constitutions, grandement inspirées du parlementarisme britannique⁴⁵⁵. Pour autant, le sentiment de similitude entre les colonies, pour ne pas encore parler d'unité, ne se fonda qu'au cours d'une période belliqueuse opposant les colonies aux indiens et aux français⁴⁵⁶.

La victoire sur les français généra les prémices de l'éloignement entre les colonies et la métropole, l'appui de cette dernière ayant été perçu comme moins nécessaire et par conséquent moins désiré. De toute façon, la domination anglaise n'a jamais signifié consensus entre les colons anglais et la couronne anglaise. Cette dernière eut en effet de plus en plus de mal à faire respecter les lois, notamment sur le commerce. La loi sur le sucre de 1764 marqua en réalité le premier élément d'une série de conflits qui allèrent se dérouler durant une décennie. Le litige essentiel résultait davantage d'un débat sur la forme que sur le fond et portait en définitive sur un point de droit. En effet, un principe constitutionnel anglais non-écrit stipulait qu'il ne pouvait y avoir d'imposition nouvelle sans consentement des représentants. Or, la couronne n'a point fait référence à ce principe en instaurant de nouvelles taxes alors même que les colonies n'avaient pas de représentants au Parlement de Londres. Dès lors, dès le mois d'avril 1775, les litiges quittaient le seul terrain du droit pour prendre celui des armes, les colons étant convaincus que « ne pouvant pas être totalement anglais, ils préférèrent n'être qu'Américains »⁴⁵⁷. Les premiers affrontements eurent lieu entre l'armée britannique et les milices du Massachusetts et en juin, Georges Washington fut nommé à la tête de l'armée continentale.

Cette diversité de peuplement s'articulait néanmoins autour dans un partage d'expériences. Aussi, le 4 juillet 1776, le Congrès adopta la Déclaration d'Indépendance qui déclarait qu'il

⁴⁵⁴ Nom donné à un groupe de protestants réunis autour de George Fox dès 1652.

⁴⁵⁵ A noter que les colons n'avaient pas l'obligation d'adopter le système du *common law*. ZOLLER, E., *Le droit des Etats-Unis*, op.cit., p.9.

⁴⁵⁶ La guerre contre les indiens fut menée principalement en Nouvelle Angleterre de 1675 à 1676. Le conflit avec les français (1756-1763) établis au Canada avant l'installation des premiers anglais a vu succomber ces derniers qui abandonnèrent le Canada aux anglais et la Louisiane à l'Espagne. Voir par exemple LE JEUNE, F., « 400 ans de relations France-Canada : Cession ou conquête?, in JOYAL, S., et LINTEAU, P.-A., eds, *France-Canada-Québec: 400 ans d'exception*, Montréal, Presses Universitaires de Montréal, 2008, 319p., pp. 54-97.

⁴⁵⁷ *Etats Unis, peuples et cultures*, l'Etat du Monde, La Découverte, Poche, 2004, p. 19.

est « self-evident (...) that all men are created equal »⁴⁵⁸. Celle-ci ouvrit une période d'une année durant laquelle les Etats rédigerent des constitutions et inaugurèrent une aire révolutionnaire en Occident. En effet, pour la première fois dans l'histoire, des colonies s'émancipaient, et, par une manifestation de volonté, posaient les jalons d'une nation⁴⁵⁹. Cependant, l'indépendance ne fut pas encore acquise et sa conquête impliqua certains ajustements dont la recherche d'un allié⁴⁶⁰. Ce ne fut qu'en mars 1781 que tous les treize Etats adoptèrent les articles de la Confédération et investissaient *de facto* le gouvernement d'un embryon de pouvoir effectif⁴⁶¹. L'année 1781 vu la victoire de l'alliance franco-américaine. La paix séparée fut proclamée le 30 novembre 1782, et le traité de Versailles signé en septembre 1783. Il scella ainsi l'indépendance des Etats-Unis et leur naissance en tant qu'Etat, même si ce n'était alors qu'une confédération d'Etats.

En mai 1787 les délégués de tous les Etats se retrouvèrent à Philadelphie et initièrent une série de travaux qui ont abouti à la Constitution des Etats-Unis, la plus ancienne des constitutions toujours en vigueur actuellement. Celle-ci scella la naissance d'un Etat américain, Etat en devenir⁴⁶². Il s'est dès le départ agit d'un Etat fédéral, dit *the fédéral government*⁴⁶³. La Constitution ainsi établie se caractérisait par un mélange d'idéalisme et de pragmatisme ainsi que par une certaine souplesse⁴⁶⁴. Néanmoins, originellement, aucune mention à l'égalité n'apparaît dans le texte constitutionnel. Au contraire, l'esclavage était implicitement entériné de par la pluralité des références qui y étaient faites⁴⁶⁵. En juin 1788, la Convention de

⁴⁵⁸ Il est évident (...) que tous les hommes ont été créés égaux. (Notre traduction), Cité in DORF, M., C., MORISON, T., W, *Constitutional law*, op.cit., p.125.

⁴⁵⁹ La déclaration énonce que les colonies entendent former une nouvelle nation. BRANAA, J.-E., *La constitution américaine et les institutions*, ellipses, 2^{ème} éd., 2006, 176p., p.13.

⁴⁶⁰ En 1778 un traité d'Alliance franco-américaine fut signé et, en 1780, les premiers corps expéditionnaires français arrivèrent, complétant ainsi l'aide en argent et en armes.

⁴⁶¹ BRANAA, J.-E., *La constitution américaine et les institutions*, op.cit., p.15- 21.

⁴⁶² « L'Amérique du nord ne doit pas être considéré comme un Etat déjà formé et mûr mais comme un Etat en devenir ». HEGEL, G. W.F., *La raison dans l'histoire*, coll., 10/18, p.240.

⁴⁶³ Aux Etats-Unis, on ne parle pas d'Etat fédéral mais de gouvernement fédéral. La mention d'Etat fédéral n'est utilisée que dans le cadre du droit international public. Voir ZOLLER, E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat », in *Le pluralisme*, Archives de Philosophie du Droit, Dalloz, Tome 49, pp. 109-122, p. 111.

⁴⁶⁴ Ce texte de 4'000 mots structure tout le droit américain. ZOLLER, E., *Le droit des Etats-Unis*, op.cit., p.14.

⁴⁶⁵ Par exemple, l'article I section 2, et notamment la mention suivante : « Les représentants et les impôts directs seront répartis entre les différents États qui pourront faire partie de cette Union, proportionnellement au nombre de leurs habitants, qui sera déterminé en ajoutant au nombre total des personnes libres, y compris celles qui se sont louées pour un nombre d'années déterminé, mais à l'exclusion des Indiens non soumis à l'impôt, trois cinquièmes de toutes les autres personnes ». De même, l'article I section 9 et notamment la mention suivante : « L'immigration ou l'importation de telles personnes que l'un quelconque des États actuellement existants jugera convenable d'admettre ne pourra être prohibée par le Congrès avant l'année mil huit cent huit, mais un impôt ou un droit n'excédant pas 10 dollars par tête pourra être levé sur cette importation ». Enfin, l'article IV section 2, et notamment la mention suivante: « Une personne qui, tenue à un service ou travail dans un État en vertu des lois y existant, s'échapperait dans un autre, ne sera libérée de ce service ou travail en vertu d'aucune loi ou

Philadelphie fut adoptée et en 1789, G. Washington fut élu à l'unanimité des électeurs présidentiels, devenant alors le premier président des Etats-Unis⁴⁶⁶. En 1791, la Déclaration des droits, le fameux « *Bill of Right* » a été ratifiée⁴⁶⁷. Notons toutefois que celui-ci ne s'appliquait initialement qu'au gouvernement fédéral et ne liait donc pas les Etats vis-à-vis de leurs citoyens⁴⁶⁸.

L'État démocratique étasunien naissait⁴⁶⁹ et avec lui l'institution d'une nation américaine, lieu de la fusion des « individus de toutes les nations (...) dans une nouvelle race »⁴⁷⁰. Comme le mentionne E. Marienstras « la nation naissait sans nom qui lui soit propre, sans culture et sans passé qui unifiait ses membres, sur un territoire dont les limites qui allaient être fixées au traité de Paris de 1783 resteraient néanmoins incertaines et dont la propriété était disputée aux indiens autochtones. Seule l'expérience coloniale liait les anciens colons, une expérience qui en faisait des déracinés, des créoles, des novateurs aussi et des hommes libres »⁴⁷¹.

D'un point de vue juridique, cette période fut marquée par « l'impulsion nationaliste »⁴⁷² de la Cour Suprême, laquelle, au travers une série de décisions, aboutit à un renforcement du pouvoir fédéral. Ainsi l'arrêt *Marbury v. Madison*⁴⁷³ entérina le principe de contrôle de

réglementation de cet autre État, mais sera livrée sur la revendication de la partie à laquelle le service ou travail pourra être dû ». Voir Constitution des Etats-Unis, annexe n°2.

⁴⁶⁶ La ratification par le New Hampshire, 9^{ème} Etat, permit l'entrée en vigueur de la Constitution le 21 juin 1788. *Ibid.*, p.19.

⁴⁶⁷ Le *Bill of Right* ajoute 10 amendements à la constitution initiale. Il constitue une limitation du pouvoir fédéral et vise à protéger les droits de propriétés et les libertés, notamment de parole, de presse, d'association, etc. Voir notamment HOFFMAN, R., and ALBERT, P.J., eds. *The Bill of Rights: Government Proscribed*. University Press of Virginia for the United States Capitol Historical Society, 1997. 463 pp. ALLEN RUTLAND, R., *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791* University of North Carolina Press. On peut le rapprocher du le Bill of rights anglais de 1689 qui tend à limiter l'absolutisme royal en proclamant les droits et libertés des sujets de la couronne. Voir notamment L. G. SCHWOERER (ed.), *The Revolution of 1688-89: Changing Perspectives*, Cambridge, 2004, 312p.

⁴⁶⁸ Cette confirmation fut donnée par la Cour Suprême dans la décision *Barrow v. Baltimore* de 1833. C.S. *Barrow v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet) 243 (1833). Cet arrêt réservait en effet la possibilité d'interpréter à leur gré les libertés fondamentales. Voir à ce titre ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cours Suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp. 201-225.

⁴⁶⁹ Thomas Jefferson, élu en 1801 président de la République, transfère la capitale de l'Etat fédéral à Washington et adhère aux principes de la démocratie.

⁴⁷⁰ ST. JOHN DE CREVECOEUR, J.H., *Lettres d'un cultivateur américain, écrites à W.S. Ecuyer, depuis l'année 1770, jusqu'à 1781, traduites de l'anglais*, Genève, Slatkine, 1979 [1785]; cité in LACORNE, D., *La crise de l'identité américaine: du melting-pot au multiculturalisme*, op.cit, 2003, p. 88, n. 2.

⁴⁷¹ MARIENSTRAS, E., *Etats-Unis, peuples et cultures*, l'Etat du Monde, La Découverte, Poche, 2004, 224p.

⁴⁷² LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit. p.62.

⁴⁷³ C.S., *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1Cranch) 137 (1803) rendu le 24 février 1803. Si l'affaire jugée est d'une importance mineure, le principe dégagé par la cour est majeur dans l'histoire constitutionnelle américaine. La Cour se pose en effet en première cour constitutionnelle de l'histoire en stipulant en effet que les tribunaux et à plus forte raison elle-même ont compétence pour juger de la conformité des lois et actes de l'administration à la constitution et d'écarter celles qui y contreviendrait. Le Chief Justice Marshall précise notamment « un acte contraire à la consitution ne peut avoir force de loi ». Voir ZOLLER, E., *Grands Arrêts de la Cour Suprême*, Paris, Puf, 2000, 1328p., pp.71-106.

constitutionnalité. La même année, la Louisiane fut rachetée à la France et en juin 1812 les États-Unis déclarèrent la guerre à l'Angleterre, « la seconde guerre d'indépendance », laquelle aboutit à la signature en 1814 d'un *statu quo* territorial par le traité de Gand. En 1819, l'Espagne céda la Floride aux États-Unis. C'est aussi à cette époque que le Président Monroe définit la position étasunienne avec la fameuse « doctrine Monroe ». Par cette dernière il réaffirmait le principe de neutralité des États-Unis et postula l'absence de toute intervention des pays étrangers dans les affaires du continent américain. Toute cette période fut également illustrée par un double mouvement: d'une part, par un peuplement de l'Ouest du pays et partant un refoulement progressif des indiens; d'autre part, par l'occupation des sols par un nombre très important d'immigrants européens et par les pionniers qui quittaient les villes, tous espérant trouver liberté et fortune⁴⁷⁴.

La nation est alors une nation républicaine, basée sur les principes des lumières et instaurée sur la base d'institutions, chapeautées par un Etat fédéral porteur des valeurs républicaines. La laïcité monothéiste prônée par le premier amendement se posa en principe fondateur de cette nation républicaine. Pour autant, la nation en tant que telle, ressentie comme un vouloir vivre ensemble de la part de l'ensemble de la population, n'était pas encore née. Le pays restait divisé par la question de l'esclavage et les parties du Nord et du Sud s'affrontaient à la fois sur un plan institutionnel et idéologique.

B- La définition du socle national

La guerre de sécession qui s'est déroulée de 1861 à 1865 entre le Nord et le Sud s'afficha comme un conflit essentiel dans l'histoire des États-Unis. En dépit de son caractère dramatique⁴⁷⁵, il marqua la seconde étape de la construction nationale américaine étant donné que son issue permit de sceller l'unité nationale. L'objet du désaccord, l'esclavage, était déjà un thème polémique en 1787⁴⁷⁶. Toutefois, cette problématique avait été finalement écartée

⁴⁷⁴ Les années 1837 à 1843 sont marquées par une grave crise financière qui s'accompagne d'une dépression économique. Ce mythe fondateur de la conquête de l'Ouest fut corrélé à l'évolution des transports dans l'ensemble du territoire et principalement la voie ferrée, favorisant l'unité américaine. Voir par exemple PORTES, J., *Les États-Unis de l'indépendance à la Première Guerre mondiale*, Paris, Colin, Collection Cursus, 2004, 189p.

⁴⁷⁵ Ce conflit se révèle le plus sanglant de l'histoire nationale. Sur ce conflit voir par exemple MCPHERSON, J. M., *La guerre de Sécession, 1861-1865*, Paris, Robert Laffont, 1991. AMEUR, F., *La guerre de Sécession*, PUF., 2004.

⁴⁷⁶ Voir les positions de George Washington, Thomas Jefferson, John Adams ou encore Benjamin Franklin. DORF, M., C., MORISON, T., W., *Constitutional law*, op.cit., p.126.

puisque'il avait été pensé qu'avec l'indépendance, l'esclavage s'estomperait graduellement. Dans les faits, il n'en fut rien. Les États du Sud qui avaient fondé leur économie du coton sur le travail servile, firent sécession en créant une confédération des États sudistes. Ils se positionnèrent ainsi face aux États du Nord qui prônèrent la liberté de main d'œuvre tout comme celle de la terre et qui militèrent en faveur de l'arrêt de l'esclavagisme⁴⁷⁷. Donc, « paradoxalement, la perte définitive de la liberté des noirs devenait le symbole de la liberté du sud »⁴⁷⁸. La guerre qui suivit cet acte sécessionniste fut totale, opposant un Nord mieux préparé technologiquement à un Sud plus motivé et engagé humainement tout autant qu'idéologiquement⁴⁷⁹. Au cours de cette crise, le président Lincoln combina la lutte pour le maintien de l'Union avec une lutte pour faire prévaloir la liberté. Ce dernier élément fut entériné le 1^{er} janvier 1863, date de la proclamation de l'émancipation des esclaves. Les États-Unis revêtirent alors enfin un manteau démocratique « effectif » dont la matérialisation constitutionnelle relevait de l'adoption des 13^{ème}, 14^{ème} et 15^{ème}⁴⁸⁰ amendements à la Constitution. Etape marquante, voire révolutionnaire⁴⁸³, l'évolution du texte fondateur fit des États des débiteurs d'obligations vis-à-vis de leurs citoyens. En mettant fin à l'esclavage (13^{ème})⁴⁸⁴, en conférant le statut de citoyen aux personnes nées ou naturalisées aux États-Unis (14^{ème}), en leur garantissant le *due process of Law*⁴⁸⁵ et l'*equal protection of law*⁴⁸⁶ (14^{ème}), et

⁴⁷⁷ Le compromis de Missouri, adopté par le congrès en 1820 interdit l'esclavage dans les territoires du nord au 36° 30', à l'exception du Missouri. Sur le compromis de Missouri et les questions liées à l'esclavage et à la guerre civile, voir FELLMAN, M. et al. *This Terrible War: The Civil War and its Aftermath*, 2002, (2nd ed. 2007), New York: Longman, 544p.

⁴⁷⁸ REMOND, R., *Histoire des États-Unis*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 19e éd, 2003, 127p., p.60.

⁴⁷⁹ La notion de guerre totale renvoie à un mode de conduite des hostilités qui ne distingue pas les civils des combattants. Il exprime aussi l'idée qu'il s'agissait d'un conflit entre deux systèmes, deux populations, deux idéologies. A noter que la guerre de sécession est caractéristique d'un terrain de mise en œuvre d'un code de droit humanitaire. Signé par le président Lincoln le 24 avril 1863, le code Lieber codifie l'attitude à adopter de la part des forces de l'Union pendant la Guerre de Sécession, notamment en matière de traitement des prisonniers. Ces *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* Comme constitue la première tentative de codification d'un droit de la guerre. Elles marquent un précédent important pour les propositions présentées en 1874 à Bruxelles, lesquelles donneront lieu à l'adoption des conventions de 1899 et 1907 à La Haye. Voir notamment SCHINDLER, D., TOMAN, J., *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publisher, 1988, pp.3-23.

⁴⁸⁰ Le 13^{ème} amendement adopté en 1865 postule dans son article 1 que « Ni l'esclavage, ni la servitude involontaire, si ce n'est en punition d'un crime dont le coupable aurait été dûment convaincu, n'existeront aux États-Unis ou dans aucun endroit soumis à leur juridiction ».

⁴⁸¹ Le 14^{ème} amendement voté en 1868 énonce dans son article 1: « Toutes personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyens des États Unis et de l'État où elles résident. Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égal protection des lois.

⁴⁸² Le 15^{ème} amendement stipule dans son article 1 que « le droit des citoyens des États-Unis de voter ne sera pas dénié ou restreint ni par les États-Unis, ni par aucun État, pour raison de race, de couleur, ou condition antérieure de servitude ».

⁴⁸³ ZOLLER, E., *Le droit des États-Unis*, op.cit., p. 25.

⁴⁸⁴ Ce fut la première disposition constitutionnelle qui s'appliquait expressément aux personnes privées. Voir DORF, M., C., MORISON, T., W., *Constitutional law*, op.cit., p.127.

⁴⁸⁵ Procédure légale régulière (Traduction). L'idée traduit un moyen d'action en contrôle de la constitutionnalité.

enfin, en garantissant le droit de vote indépendamment de considérations liées à la race, à la couleur de peau ou à un état antérieur de servitude (15^{ème}), l'Etat américain se posa comme le garant de l'égalité des personnes, indépendamment de leur situation territoriale. A cette posture constitutionnelle fut associée une série de débats concernant le sens de la nation. La décision de la Cour Suprême *Texas v. White*, en considérant la sécession comme nulle et non avenue, postula de l'existence de l'Union comme un droit, scellant l'unité nationale⁴⁸⁷. Ainsi, la victoire de l'unité engendra la construction d'une identité nationale américaine, largement véhiculée par les fédéralistes⁴⁸⁸.

Néanmoins, l'abolition de l'esclavage fut une mesure difficile à mettre en place dans les États du Sud⁴⁸⁹. Occupés par les troupes fédérales, ces États commencèrent seulement en 1877 à gérer seuls la question raciale, largement basée sur le système de ségrégation raciale mis en place par la jurisprudence *Plessy v. Ferguson*⁴⁹⁰. Cette orientation de la politique nationale se réalisa en dépit du 14^{ème} amendement qui constituait pourtant une véritable révolution⁴⁹¹. Acte marquant dans l'histoire de la nation américaine, il conféra donc la citoyenneté américaine aux blancs comme aux noirs et ce, en dépit de leur religion ou de leur État d'origine. Renversant la jurisprudence *Dred Scott*⁴⁹², cet amendement apporta un changement très significatif. Dès lors, la citoyenneté fédérale prima sur celle des États, pas important pour la

⁴⁸⁶ Egale protection des lois (Traduction). Cela traduit les cas d'annulation pour inconstitutionnalité des lois afin de protéger le citoyen contre les actions de l'Etat.

⁴⁸⁷ La Cour parle d' « Union indestructible d'Etats indestructibles ». C.S., *Texas v. White*, 74 U.S. (1 Wall.) 700 (1868). ZOLLER, E., *Grants- Arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp. 227-238.

⁴⁸⁸ Les fédéralistes les plus connus étaient Hamilton, Jay Adams ou encore George Washington.

⁴⁸⁹ Des codes noirs dans les pays du sud ont ainsi rétabli un système proche de l'exclavage, limitant les droits des travailleurs noirs. Voir DORF, M., C., MORISON, T., W, *Constitutional law*, op.cit., p.127.

⁴⁹⁰ C.S., *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Dans l'Etat de Louisiane, Homer Plessy, metis militant de la cause noire, a pris place dans un wagon réservé aux blancs. En refusant de rejoindre le wagon alloué aux noirs, il viole la loi locale de 1890. Cette dernière ordonnait aux companies de chemin de fer « de metre à la disposition des races blanche et de couleur des moyens de transport égaux, mais séparés ». La Cour Suprême confirme cette violation en indiquant que la ségrégation raciale ne viole pas le droit des citoyens à une protection égale de la loi tel que mentionné dans le 14^{ème} amendement en posant l'argument qui deviendra doctrine, de « séparés mais égaux ». Aussi, à la majorité de 8 voix contre 1, la cour constitutionnalise la ségrégation raciale. Voir notamment HARRIS, C., I., « The story of Plessy v. Ferguson: The death and Resurrection of racial formalism », in DORF, M., C., *Constitutional law stories*, 2^{nde} éd., 2009, p.187 et pp.207-216, ou encore BLACK, C., L., « The lawfulness of segregation decisions », 69 Yale L. J., 1960, 421, pp.426-27. Voir également ZOLLER, E., *Grants- Arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp. 301-320. L'opinion dissidente du juge Harlan qui resta dans l'histoire exprimait une toute autre idée. En considérant que la loi de 1890 de l'Etat de Louisiane « porte atteinte à la liberté individuelle des citoyens », il dit plus globalement refuser « aux assembles legislatives et aux tribunaux tout droit de regard sur la race des citoyens ». *Ibid.* pp. 312- 320. Et notamment p. 313 et 315. Il rajoute « Du point de ve de leurs droits civils, tous les citoyens sont égaux devant la loi. Le plus humble est le pair du plus puissant. La loi envisage l'homme en tant qu'homme, et ne tient aucun compte, lorsque sont en cause les droits civils qui lui sont garantis par loi suprême, de sa situation ou de sa couleur ». *Ibid.*, p. 318. Voir également Annexe n°16 et 17.

⁴⁹¹ Voir FONER, E., *Reconstruction: America's unfinished revolution 1863-1877*, New York, 1989, pp. 575-587.

⁴⁹² Voir présentation de l'arrêt *infra* p.207.

construction de l'identité nationale dans le cadre d'une nation unifiée⁴⁹³. L'idée nationale s'est donc ancrée, à travers une acceptation et une revendication univoque aux principes nationaux républicains.

C- La « nationalisation » de la nation⁴⁹⁴

Au milieu du XIX^{ème} siècle, on a assisté à la troisième étape de la construction nationale caractérisée par une redéfinition de la nation par les élites anglo-saxonnes protestantes, moment que l'on pourrait qualifier, à l'instar de la construction de la nation en France, de « nationalisation » de la nation, renforçant à la fois ces éléments objectifs et subjectifs. En effet, les années qui suivirent furent essentiellement marquées par un fort essor démographique en grande partie dû à l'immigration ainsi qu'à l'industrialisation. En effet, à cette époque l'immigration changea de visage puisque les Latins et les Slaves supplantèrent en nombre les Européens du Nord⁴⁹⁵.

Ainsi, face à cette diversification migratoire et aux divers changements culturels qu'elle induisait, les primo-arrivants ont cristallisé leur identité. En effet, les puritains se sont imposés sur la scène nationale, se réappropriant une histoire nationale et objectivant des référents nationaux tels que les valeurs du protestantisme ou encore l'anglais comme la langue « naturellement » nationale⁴⁹⁶. L'expansion économique, dominée par le libre-échange et la libre entreprise continua mais ne satisfait pas toutes les strates de la population. Elle fut en effet revendiquée par les « *farmers* » à travers une série de mouvements de protestations⁴⁹⁷. Cette époque fut aussi celle de grands présidents américains, marqueurs de référence unitaire et de renforcement du gouvernement fédéral⁴⁹⁸. Cette imposition du rôle fédéral aux États passa donc par un politique sociale de grande envergure, et engendra une subordination des

⁴⁹³ NEUMAN, G.L., *Fédéralisme et citoyenneté aux Etats-Unis et en Europe*, Critique internationale, n°21, octobre 2003, pp.1-17, p.2.

⁴⁹⁴ Nationalisation de la nation exprime le processus par lequel la nation acquière les caractéristiques à la fois objectives et subjectives.

⁴⁹⁵ Cette période s'illustra également par la continuation de la poussée vers l'Ouest, l'occupation des sols, la mise en réseau du territoire par les transcontinentaux mais aussi par la tragédie indienne manifestée par le parcage des tribus dans des réserves.

⁴⁹⁶ Sur le statut de la langue anglaise, voir développements sur: La diversité linguistique aux Etats-Unis, Annexe n°7.

⁴⁹⁷ Les *farmers* désignent les agriculteurs, propriétaires qui peuplent majoritairement les Etats-Unis.

⁴⁹⁸ Théodore Roosevelt (1901-1908) étend considérablement le champ d'intervention du pouvoir présidentiel alors que Woodrow Wilson poursuit la poussée démocratique (adoption du 16^{ème}, 17^{ème} et 19^{ème} amendements notamment) et renforce les pouvoirs du gouvernement fédéral.

États cantonnés à un rôle technique, assujettissement caractérisé par une « obligation de résultat »⁴⁹⁹.

Par ailleurs, la nation s'est définie et également s'est renforcée grâce à des éléments externes. En effet, les États-Unis étendirent peu à peu le champ de leur politique étrangère, rompant avec leur tradition de neutralité en s'engageant dans la première guerre mondiale aux côtés des alliés. L'impérialisme américain commença à prendre forme même si la période de l'après-guerre se traduisit par un certain isolationnisme qui se manifestait entre autre par une limitation des nouveaux migrants, fait nouveau dans l'histoire de ce pays. Ce recentrage national participa à la détermination du *credo* américain en raison d'une série d'événements⁵⁰⁰. Cette situation requerrait un homme providentiel incarné dans la personne de Franklin Delano Roosevelt qui, élu en novembre 1932, et en fonction dès le mois de mars 1933, réalisa une prodigieuse action législative. Avec le « *New Deal* », et le *National Industry Recovery Act*⁵⁰¹, il réussit à redonner confiance aux Américains et à redynamiser le pays⁵⁰². Durant sa présidence, des rapports de bons voisinages se sont instaurés avec les pays du continent américain. De même, la neutralité fut abandonnée, les États-Unis entrant en guerre au côté des alliés anglais et français. La victoire de la seconde Guerre Mondiale, la présidence de Truman, le plan Marshall, la création des Nations-Unies, la Guerre froide et de nombreux autres facteurs furent autant d'éléments illustrant la consolidation de l'hégémonie américaine au fil des décennies et par extension, leur imposition à l'extérieur comme une nation forte et unie. La lutte contre le communisme pris une ampleur considérable tant au sein de la politique nationale que de la politique internationale. La guerre du Vietnam marqua à ce titre une période douloureuse de l'histoire nationale américaine. Ce conflit qui dura de 1964 à 1975 constitua en effet la première défaite du pays d'un point de vue politique et stratégique. Elle ne fut pas sans conséquence sur l'idée nationale. La force de la nation se trouva dès lors affaiblie, mais en même temps, le pays témoigna d'une certaine solidarité dans la blessure de

⁴⁹⁹ LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit. p.65.

⁵⁰⁰ Le crack boursier de 1929 marqua à ce titre une étape majeure dans la politique nationale, le crédit occupant une place centrale à la fois dans la production et dans la consommation américaine. Pour la première fois les Américains perdirent confiance dans le libéralisme et tout ce qu'il présupposait. L'incapacité gouvernementale à remédier à la crise amena le pays au bord du gouffre.

⁵⁰¹ Le *National Industry Recovery Act* consista en une délégation des pouvoirs législatifs au pouvoir exécutifs dans le but de réglementer les différents secteurs de l'économie. Act of June 16, 1933 (Ch. 90, 48 Stat. 195, formerly codified at 15 U.S.C. sec. 703).

⁵⁰² Pourtant, la Cour invalida le processus, considérant notamment que le congrès ne pouvait procéder à une telle délégation de compétence envers le Président. En s'instituant en véritable gouvernement des juges, la cour invalide les grandes lois du New Deal en le déclarant inconstitutionnel. C.S. *Schechter Poultry Corp. et al. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) in ZOLLER, E., *Grants-Arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 2010, 922p., pp. 423-432. Ce conflit juridique interne trouva une résolution politique ZOLLER, E. *Le droit des Etats-Unis*, op.cit., pp. 31-33.

la défaite qui se traduit par un indéniable patriotisme et *de facto*, un renforcement du sentiment d'appartenance nationale.

D- La redéfinition de la nation dans les années 1960

Le mouvement pour les droits civils, l'une des étapes les plus importantes de la construction nationale américaine constitua la deuxième révolution juridique aussi dénommée la « révolution des droits »⁵⁰³. Le *civil right movement*⁵⁰⁴ s'entendit en effet comme l'ensemble des luttes conduites depuis les années 1945 et jusqu'en 1970, pour l'obtention et la jouissance des droits civiques par les « minorités ». Essentiellement développé par les noirs américains dans le but de mettre fin à la ségrégation raciale, tout particulièrement dans les Etats du Sud, ce mouvement a pris une importance considérable à compter de 1955⁵⁰⁵ et s'est traduit par une généralisation des acteurs tout autant que des objectifs. Des revendications des noirs américains, on est passé à une réclamation sociétale générale, incluant les différentes demandes des minorités raciales et sexuelles en faveur de l'égalité des droits reconnus à tous les citoyens.

Ce moment fondamental de l'histoire de la construction de la nation américaine révéla une certaine *dewaspisation*⁵⁰⁶ de la société américaine⁵⁰⁷. Elle s'est traduite par des avancées à la fois jurisprudentielles et législatives. Les premières se référèrent notamment à la déclaration d'inconstitutionnalité de la ségrégation raciale dans les écoles publiques par la Cour Suprême en 1954 par l'arrêt *Brown v. Board of Education*⁵⁰⁸ et par la déclaration d'inconstitutionnalité

⁵⁰³ *Ibid.* p.34.

⁵⁰⁴ Mouvement pour les droits civils (Traduction).

⁵⁰⁵ 1955 marque le début des actions concrètes. Majoritairement guidées par la non violence sous l'impulsion du pasteur protestant noir Martin Luther King, ces manifestations de mécontentement débutent avec le boycott des bus de Montgomery en Alabama.

⁵⁰⁶ Action visant à estomper le caractère *WASP* des Etats-Unis.

⁵⁰⁷ La *dewaspisation* de la société américaine s'accompagne d'une *brownisation* consécutive à l'immigration prépondérante des populations latino-américaine et asiatiques.

⁵⁰⁸ La cour à l'unanimité décide que constitue une violation à la constitution, en vertu du 14^{ème} amendement, l'éducation séparée des enfants noirs. Est ainsi renversée la jurisprudence *Plessy v. Ferguson* et déclarée inconstitutionnelle la ségrégation scolaire. C.S. *Brown, v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), in ZOLLER, E., *Grants- Arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, pp. 601-609. Cette décision s'inscrit dans un mouvement amorcé dès 1941, et notamment par l'arrêt *Mitchell v. United States* 313 U.S. 80 (1941), cité in *Ibid.* p. 601 qui sera suivi par l'interditoin des discriminations raciales dans les transports en communs franchissant les frontières étatiques par la commission du commerce interétatique. *Ibid.* Pour un développement plus détaillé de la décision *Brown, v. Board of Education of Topeka*, voir *infra* p. 209. Voir également Annexe n°19.

de la ségrégation raciale dans les bus en 1956⁵⁰⁹. Elle s'est en outre manifestée de manière législative par l'adoption en 1964 du *Civil Rights Act*⁵¹⁰ lequel interdit toute forme de discrimination dans les lieux publics. Par ailleurs, le *Voting Rights Act*⁵¹¹ permet à tout citoyen américain d'être électeur sans condition d'impôts ou autre examen. Notons que la lutte pour les droits civiques se radicalisa à compter des années 1966 avec l'émergence du mouvement *Black Power* sous l'influence de Malcom X qui prôna entre autres revendications l'émancipation de la tutelle des blancs⁵¹². Les noirs américains ne furent pas les seuls à avoir conduit et bénéficié de cette étape historique majeure puisque les amérindiens, avec le vote de l'*Indian Civil Rights Act*⁵¹³, les *chicanos* ou encore les gays ont de ce fait obtenu un certain nombre de garanties particulières en sus des avancées légales générales précitées. Cette redéfinition de la nation dans le sens d'une reconnaissance de la diversité et du pluralisme alla de pair avec une certaine réduction de l'amplitude de l'État fédéral à compter des années 1980. Cette dernière s'est traduite par exemple par une politique ardue de suppression de lignes budgétaires fédérales aboutissant à une politique de dévolution de compétences aux profits des États fédérés.

Pour autant, les événements caractéristiques du 11 septembre 2001 ont montré que la nation américaine n'a jamais cessé de s'envisager comme une unité. En effet, même si l'hégémonie américaine s'est trouvée ébranlée par les attentats, l'idée de nation voire de nationalisme semble s'être renforcée. Les États-Unis sont apparus sur le plan externe comme un géant malade et fragile. Toutefois au plan interne, les américains se sont ressoudés autour de leur patrie, se réappropriant leur nation à travers la réaffirmation de solidarités nationales et l'expression criante d'un « vouloir vivre ensemble » de même que par la revendication de valeurs partagées.

Ainsi, les États-Unis d'Amérique représentent une nation/ État ou plutôt une nation-Etats où des individus se sont reconnus d'une même nation et ont manifesté leur volonté de vivre ensemble en se dotant d'un État. Le modèle fédéral traduit assez bien cette construction par le bas qui a conduit à un processus national horizontal, de type circulaire.

⁵⁰⁹ Le 13 novembre 1956, la Cour suprême des États-Unis statua que la ségrégation dans les bus était anticonstitutionnelle. *C.S. Browder v. Gayle*, 352 U.S. 903 (1956).

⁵¹⁰ Le *Civil Rights Act* fut signé le 2 juillet 1964 par le président Lyndon Johnson.

⁵¹¹ Le *Voting Rights Act* fut signé le 6 août 1965 par le président Lyndon Johnson.

⁵¹² *The Autobiography of Malcolm X*. With the assistance of HALEY, A., New York: Grove Press, 1965.

⁵¹³ L'*Indian Civil Rights Act* ou ICRA fut voté en 1968: 25 USC 1301-1303. BURNETT, DONALD L., Jr. « An Historical Analysis of the 1968 Indian *Civil Rights Act* », *Harvard Journal of Legislation* 9 (May 1972): 557-626.

§2- La Nation américaine, *E pluribus unum*

E pluribus unum, « De plusieurs un seul » est la devise fondatrice des États-Unis. Elle est empruntée à un poème de Virgile et traduit à la fois la réunion des 13 États fondateurs dans une union fédérale en même temps que le mélange des peuples, brassage entendu à la fois sur le plan culturel et sur le plan ethno-racial⁵¹⁴. Comprise dans une dimension politique lors de son édicition, elle permet donc par la suite d'articuler et de concilier l'un et le multiple, tant d'un point de vue sociologique que territorial. Elle est en effet porteuse de la promesse d'une « construction sur le sol américain d'une nation multiculturelle »⁵¹⁵. La Constitution de 1789 s'ouvrait sur cette idée de pluriel se fondant dans l'unité puisqu'elle énonçait « Nous, Peuple des Etats-Unis, en vue de former une Union plus parfaite... »⁵¹⁶. Ainsi, la devise américaine, traduisait tout autant une appréhension identitaire de l'Etat américain, dans le sens du rattachement à un modèle libéral multiculturel (A) qu'une conception institutionnelle à travers l'institutionnalisation du fédéralisme (B).

A- La construction nationale autour du modèle libéral multiculturel

Au regard de ce qui précède, nous voyons que la nation étasunienne a beaucoup évolué dans l'histoire et a notamment subi un tournant identitaire fondamental dans les années 1960, remettant en cause la thèse consensualiste nationale pour lui substituer une logique différentialiste. La construction de la nation américaine, basée sur *E pluribus unum* et le *melting pot*⁵¹⁷ repose en effet dès le début sur une conception universaliste de la nation comme ce fut le cas en France. Comme nous l'avons précédemment évoqué, la naissance de la nation américaine s'est déroulée sans aucun fondement historique revendiqué. En effet, la volonté des Pères fondateurs était précisément de rompre avec l'Angleterre et de ne pas reconnaître les identités particulières propres aux populations autochtones installées depuis

⁵¹⁴ HOLLINGER, DAVID A., « Amalgamation and Hypodescent: The Question of Ethnoracial Mixture in the History of the United States », *The American Historical Review* 108.5 (2003): 62 pars. 29 Dec. 2010 <<http://www.historycooperative.org/journals/ahr/108.5/hollinger.html>>. Consulté le 19.09.2011.

⁵¹⁵ LACORNE, D., *La crise de l'identité américaine*, Paris, Fayard, 1997, 394, p.11.

⁵¹⁶ CHOPIN, T., *L'héritage du fédéralisme ? États-Unis/Europe*, Paris, Notes de la Fondation Robert Schumann, 2002, pp. 48- 49. Sur le pouvoir constituant du peuple américain, ACKERMAN, B., dans *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, trad. fr. Paris, Calmann-Lévy, 1998.

⁵¹⁷ Voir *supra* p. 80.

des générations sur les terres nouvellement conquises, ni la diversité des peuplements coloniaux.

Dans ce contexte, la définition de la nation se révélait essentielle et fondamentale à l'histoire nationale américaine. La nécessité d'un choix est rapidement apparue, déterminée par la réalité sociologique et territoriale des États-Unis. Il s'est posé en termes d'unité, ce qui impliquait une conception universaliste, englobant et égalitaire de la nation. Toutefois, il s'exprimait également en termes de prise en compte de la diversité découlant de l'immigration mais aussi de l'esclavage et de la présence des peuples autochtones. La logique universaliste permettant de concilier unité dans la diversité, c'est donc finalement elle qui a présidé à la construction de la nation. C'est dans ce contexte que la nationalité américaine a été ouverte à tous ceux qui, arrivés en hommes libres, voulaient être américains. Être national relevait donc d'une volonté de vivre ensemble, de construire conjointement des institutions politiques à même de garantir les grands idéaux nationaux tels que la liberté, l'égalité et le républicanisme. Toutefois, cet accès à la nationalité américaine ne concernait pas tout le monde puisqu'en étaient exclus les noirs et les indiens. Ainsi, en dépit du choix de l'universalisme, la naissance de la nation recélait une prédisposition au différentialisme basé sur des critères raciaux et ethniques. Ce penchant pour la différenciation corroborait la réalité sociologique puisque la différence culturelle était très marquée⁵¹⁸.

Cet universalisme se trouvait nuancé d'un autre point de vue. En effet, la nation constituée sur la base d'un projet politique se fondait sur l'idée de consensus. Or ce dernier ne fut en rien le fruit d'une négociation entre les divers éléments de la population mais s'est au contraire réalisé au profit de la culture des Pères fondateurs, les *WASP*. De fait, la construction nationale ne s'est pas uniquement définie sur la base des idées abstraites que sont la liberté, l'égalité et le républicanisme mais aussi sur une culture concrète, historiquement située, en l'occurrence celle des *WASP*.

En outre, la construction de la nation s'est ancrée sur les institutions publiques de l'État. Ce constat conduit à s'interroger sur le socle de la nation, entre conception culturaliste⁵¹⁹ et

⁵¹⁸ En outre, la population était implicitement différenciée par la couleur de peau. En effet, 20% de la population de 1790 n'appartenait pas au groupe de personnes issues d'un pays anglophone.

⁵¹⁹ Le culturalisme décrit l'influence de la culture sur la détermination des identités. Il induit donc un processus largement exogène, qui soumet l'individu à un ensemble de facteurs.

constructiviste.⁵²⁰ Le fait qu'elle se soit construite en même temps que l'Etat peut faire postuler que la nation a construit l'Etat tout autant que l'Etat a construit la nation, éléments subjectifs et objectifs se mêlant et s'alimentant, conduisant à une « double logique »⁵²¹. Ainsi la nation à la fois apparaît comme un contrat politique, traduction d'un « vouloir vivre ensemble » et se fonderait également sur une communauté définie sur la base d'éléments matériels. Comme nous l'avons précédemment mentionné, nous ne partageons pas cette idée, étant entendu que les critères objectifs pouvaient s'appliquer aux premiers colons mais non aux autres vagues d'immigration et que l'on a plus assisté à une construction objective de la nation qu'à la préexistence d'une communauté nationale.

Ceci étant dit, la définition originelle de la nation américaine s'est structurée en relation à un universalisme prôné. Il a de fait généré un certain réductionnisme idéologique de manière à circonscrire pour mieux dépasser les problématiques liées à la diversité identitaire des populations. Elle s'est donc définie sur la base d'une réalité sociologique, celle du *melting pot* où l'hybridité s'oppose à une conception organique de la nation. Elle se manifeste par une idéologie, le *credo* américain⁵²², et se définit sur une base institutionnelle, le fédéralisme. Dans ce contexte, l'individu ne fut point mis au cœur de la définition de la nation répudiant ainsi par ailleurs toute appartenance communautaire comme primat de socialisation. Cette idée d'individualité s'est traduite d'un point de vue institutionnel à travers la stricte séparation des pouvoirs. En outre, le principe de tolérance⁵²³ dégagé au XVII^{ème} siècle et réapproprié par les fondateurs républicains américains a servi de « trait d'union à la nation », tissant une cohésion entre les éléments divers. Cette tolérance fut d'abord religieuse pour devenir ethnoculturelle⁵²⁴.

La nation américaine n'était pas seulement une nouvelle nation mais aussi une nouvelle société. Crèveœur parlait de « *new man* »⁵²⁵ pour exprimer cette idée de nouveauté, loin des

⁵²⁰ Le constructivisme dépeint une démarche volontariste qui met l'accent sur les capacités des sujets individuels ou collectifs d'appréhender leur réalité.

⁵²¹ Terme emprunté à BOUVET, L., *L'identité américaine, de la nation universelle au « saladier » des différences*, Controverses, n°3, octobre 2006, p. 60-74.

⁵²² Notons que l'idée de *credo* américain repose essentiellement sur la liberté individuelle et son corollaire la libre concurrence.

⁵²³ Conceptualisé par John Locke, le principe de tolérance a été inventé au lendemain des guerres de religions qui ont secoué l'Europe. Il fut appliqué à la fin du XVII^{ème} siècle par les grands Etats protestants. LOCKE, J., *Lettre sur la tolérance*, Paris, Genève, Editions ressources, 1980, 99p. MARSHALL, J., *John Locke, Toleration and early Enlightenment Culture*, Cambridge University Press, 2006, 776p., p. 680.

⁵²⁴ LACORNE, D., *La crise de l'identité américaine*, Gallimard, 1997, p.10.

⁵²⁵ CRÉVEOEUR, *Letters from an American Farmer*, p.49-50, cité dans SEYMOUR MARTIN LIPSET, *The first new nation, The united states in historical and comparative perspectives*, W.W.Norton & COMPANY, New York, p.94.

habitudes et des valeurs des nations d'Europe. Dans ce cadre, la construction de la nation allait de pair avec le concept d'asile qui fut un des mythes fondateurs des Etats-Unis⁵²⁶. Ainsi, la nation américaine, dont la construction s'amorçait avec la révolution, rimait avec l'idée que les nouveaux arrivants se voyaient garantir la liberté, les opportunités et la possibilité d'un développement personnel. Cette « promesse » territoriale, d'emploi ou encore d'enrichissement a guidé la politique migratoire dès le début de la construction nationale. Selon les écrits de G. Washington, les Etats-Unis, représentaient « un asile (...) pour les opprimés et les nécessiteux de la Terre »⁵²⁷. Cette référence à l'asile commanda notamment que les immigrants ne soient pas perçus comme des passagers temporaires⁵²⁸ mais au contraire qu'ils puissent jouir de la possibilité de s'installer durablement ce qui expliqua la corrélation originelle entre immigration et accession à la citoyenneté américaine⁵²⁹.

Il fallut en effet attendre la seconde moitié du XX^{ème} siècle et un tournant marquant de l'histoire américaine pour assister à une redéfinition de la nation américaine se fondant sur une déconstruction nationale identitaire. En effet, la « révolution identitaire »⁵³⁰ des années 60-70, amorcée dès les années 1950⁵³¹, a conduit à envisager le pluralisme non plus en terme de diversité mais en terme de différence, le faisant passer d'un pluralisme d'intérêt à un pluralisme des identités. Ce tournant identitaire se révéla fondamental. Il marque aujourd'hui la conception américaine de la nation. Sous l'impulsion des « minorités »⁵³² et principalement des noirs, des amérindiens, des groupes ethniques immigrants récents, mais aussi des femmes et des homosexuels, c'est-à-dire des groupes sociaux jusque-là marginalisés, voire opprimés, les Etats-Unis ont été amenés à reconsidérer leur idée de la nation définie sur des principes universalistes. En effet, ces groupes sont apparus sur la scène publique afin d'affirmer leur différence de manière positive et non plus seulement négative et de revendiquer la reconnaissance de leur spécificité identitaire. Il s'est donc agi de faire reconnaître

⁵²⁶ Voir notamment FUCHS, L.H., *Thinking about immigration and ethnicity in the United States*, in HOROWITZ, D.L., *Immigration and group relations in France and America*, New York University Press, 1992, p.39-40.

⁵²⁷ WASHINGTON, G., *Rischim*, 1966, p.44.

⁵²⁸ Comme ce fut le cas en France dans les années 1970.

⁵²⁹ Notons dès à présent que le mythe de l'asile fut longtemps circonscrit aux européens blancs et a rimé avec *extermination* des indiens. En outre, il tomba en désuétude deux siècles durant avant de connaître un regain d'effectivité à partir de la révolution des droits civiques des années 1960 mais surtout à compter des années 1980 et de la libéralisation des politiques d'immigration.

⁵³⁰ Terme emprunté à BOUVET, L., *L'identité américaine, de la nation universelle au «saladier» des différences*, op.cit., p. 60-74.

⁵³¹ Si l'on s'en tient à la chronologie des événements majeurs établie par R. L.,BLUMBERG in BLUMBERG, R.L., *Civils rights: The 1960s freedom struggle*, Twane Publishers, p. xvii, les événements débutèrent en 1953 par un boycott de 10 jours des bus à Baton Rouge, en Louisiane en juin.

⁵³² Ce terme n'est pas en l'espèce employé dans un sens juridique mais comme catégorie reflétant un sentiment de marginalisation.

positivement afin de les revaloriser, les éléments qui les différencient de la majorité. Cette action fut orientée à la fois vers le passé, et notamment sur la demande de reconnaissance du rôle des minorités dans la construction nationale, et vers le présent et le futur, envisageant l'obtention d'un statut spécifique avec des droits particuliers attachés. En définitive, les minorités contestèrent la captation par une majorité autoproclamée de la démocratie américaine, les *WASP*, qui ne représentaient en définitive qu'une minorité numérique⁵³³. On retrouve ici la dérive prévue par J. Madison qui évoquait l'importance de prévenir, en faisant qu'aucune faction qui divise le corps politique ne soit en mesure de devenir la majorité⁵³⁴. Il est alors intéressant de noter que la transformation nationale s'est réalisée par et pour les minorités, infléchissant dès lors le primat de l'individualisation nationale⁵³⁵.

Cette mutation du pluralisme d'intérêt en pluralisme d'identité va générer une série de conséquences. Le rapport à l'espace public s'est en effet trouvé modifiée étant donné qu'avant les années 1960, il représentait un lieu d'expression des différents intérêts particuliers que l'on cherchait à concilier avec l'intérêt général. Après les années 1960, il devient un espace de revendication identitaire tendant à la reconnaissance et à l'institutionnalisation de celle-ci aux cotés de l'intérêt général. En outre, cette transformation a engendré un changement dans le statut de l'individu. Dans la conception du pluralisme d'intérêts, il incarne une volonté individuelle, effectuant des choix et se rattachant à des groupes sur un mode idéologique. Dans l'approche du pluralisme d'identité, l'individu endosse un héritage culturel prescrit, lui conférant, indépendamment de sa volonté, des caractéristiques particulières. De cette situation découle une modification dans l'action collective. L'individu d'avant 1960 agissait par le biais de la liberté d'association constitutionnellement reconnue⁵³⁶ alors qu'après 1960, il est incorporé pratiquement *ipso facto* dans un groupe d'appartenance qui le transcende. En conséquence, dans le pluralisme d'intérêt, la majorité et de fait, aucune minorité n'est, en principe figée puisque la liberté d'association permet l'évolution des choix et des stratégies. Au contraire, dans le pluralisme identitaire, les différences entre la majorité et les minorités sont scellées, leur existence et leurs dissemblances étant alors accentuées.

⁵³³ Il s'agit en effet d'hommes, blancs, anglophones et protestants. Voir *infra* p.

⁵³⁴ MADISON, J., JAY, J., HAMILTON, A., *Le Fédéraliste* (Federalist Papers), Paris, Economica, 1998. pp. 47-51 et 78.

⁵³⁵ Nous évoquions en effet dans les pages précédentes que l'individu est au cœur de la définition de la nation.

⁵³⁶ La liberté d'association est reconnue dans le premier amendement de la constitution américaine qui stipule: « le Congrès ne fera aucune loi qui touche à l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre ».

De fait, les Etats-Unis incarnent un modèle libéral multiculturel⁵³⁷. Ce dernier décrit une société qui se revendique hétérogène, diverse, qui s'assume comme telle et dont les membres continuent à vouloir vivre ensemble en dépit de leurs différences affirmées et en partie reconnues. Cette conception s'accommode tout autant de la forme d'Etat-nation, l'unité nationale étant maintenue et sans cesse régénérée. De même, la distinction entre espace public et espace privé demeure mais est plus étanche que dans le modèle républicain classique. Contrairement à ce dernier, la sphère publique n'est pas neutre mais elle reste le lieu d'expression des valeurs communes, lesquelles se doivent d'être plus encore accentuées afin de garantir effectivement la cohérence et la cohésion du système.

En effet, dans ce modèle, les groupes ont une existence juridique propre à côté de celle des individus. Ils sont reconnus en tant qu'entité collective, et contrairement aux simples associations, ils ne représentent plus la seule somme des intérêts particuliers. Ils constituent en définitive un intermédiaire entre les individus et l'Etat, véritable médiateur entre sphères publique et privée. Ainsi, la cohésion est maintenue, voire même renforcée, en dépit de l'expression des différences.

La nation américaine est ainsi parfois décrite comme une nation « ethno civique »⁵³⁸ dans laquelle l'appartenance à un groupe, ethnique et/ou racial, constitue une médiation entre l'individu et l'Etat. Ainsi, de ce point de vue, le rattachement à un groupe déterminé ne serait en rien antinomique avec le fait d'être américain mais au contraire, permettrait de mieux assumer et assurer cette « américanité ». L'assimilation passerait donc par la nécessaire double allégeance, le groupe représentant la conciliation entre intérêts particuliers, ceux des individus et l'intérêt collectif, celui manifesté par l'Etat et la nation. Ainsi, la communauté de rattachement, formée ou de compatriotes ou sur une base *supra* nationale (les Africains, les Asiatiques, les Hispaniques...) garantirait l'entrée dans la société américaine, s'imposant à la fois comme intermédiaire, médiateur et tremplin. Dans ce cadre, le patriotisme peut tout à fait se trouver affirmé et coexister avec des revendications de reconnaissance de cultures particulières. Le groupe se présente donc comme un prestataire, un entonnoir qui faciliterait la mutation de l'individu en citoyen en même temps qu'un requérant, demandeur d'une reconnaissance de spécificité et singularité de fait et de droit. Pour autant, la relation qui existe entre l'identité nationale et l'identité ethnique n'est pas aussi claire dans le sens où ces

⁵³⁷ Pour un développement sur le multiculturalisme, voir *infra* pp.531-533.

⁵³⁸ LACORNE, D., *La crise de l'identité américaine. Du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Fayard, 1997, p.335.

différences identitaires sont dynamiques et contingentes. Ainsi, l'identité de la nation évolue au gré des conditions socioculturelles, des politiques économiques, sociales et culturelles, des événements nationaux et/ou internationaux. En outre, comme le souligne C. Collomp⁵³⁹, la reconnaissance officielle de l'ethnicité est récente, datant en réalité des années 1960 et plus particulièrement de l'adoption des premières mesures d'*Affirmative action*⁵⁴⁰.

Les principes guidant la nation américaine ont donc évolué, tentant d'articuler constamment l'impératif d'unité et l'indéniable diversité, tantôt perçue comme source de sécurité⁵⁴¹ ou d'insécurité. Le modèle fédéral qui l'accompagne traduit cette même aspiration et se présente comme le cadre idéal du développement de la nation américaine, plurielle mais unitaire.

B- La construction nationale sur la base du fédéralisme

Le fédéralisme a une influence certaine sur la nation étasunienne puisqu'il reflète l'idée de « *E pluribus Unum* », de plusieurs un seul⁵⁴². Il s'inscrit dans une « philosophie compréhensive de la diversité dans l'unité »⁵⁴³. La structure de l'Etat américain, « de cinquante (50) Etats un seul » est donc en adéquation avec la nation, reflétant l'idée de « au-delà de la diversité, l'unité ». En outre le fait que le fédéralisme américain n'ait pas de base ethnique renforce l'idée de nation civique. Même Thomas Paine, le symbole du paradigme de la révolution, vantait les vertus de l'union au détriment du nombre⁵⁴⁴. Cette idée sera à l'origine de la constitution américaine laquelle au final établit un tout avec le peuple des Etats-Unis et non avec les Etats. Ce n'est donc pas une union des Etats (ce qu'était la confédération) mais bel et bien une union de personnes libres, incarnées dans le peuple. Comme le rappelle E. Zoller, « Aux Etats-Unis, le fédéralisme est synonyme de liberté »⁵⁴⁵. Le préambule de la Constitution est à ce titre explicite puisqu'il ne fait aucune référence aux

⁵³⁹ LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit. p. 125.

⁵⁴⁰ Discrimination positive. Ce terme sera employé en anglais pour une meilleure lisibilité.

⁵⁴¹ Le Pr Willie estime que: « *Diversity is our source of security. It was our source of security when the Constitution was formed and it will continue to be our source of security today* ». Cité dans WOOD, P., *Diversity, The invention of a concept*, op.cit. p.12.

⁵⁴² On trouve également la traduction suivant: L'unité est faite de plusieurs ». CROISAT, M., *Le fédéralisme en Europe*, op.cit. p.12.

⁵⁴³ CROISAT, M., *Le fédéralisme en Europe*, op.cit.p.11. E. Zoller parle également d'un ensemble pluriel, « un tout formé d'une multitude d'individus regardés chacun comme titulaire d'une parcelle de souveraineté ». ZOLLER, E. *Le droit des Etats-Unis*, op.cit., p.37.

⁵⁴⁴ Voir notamment OWEN, A.A., 1984. *Thomas Paine's American Ideology*. University of Delaware Press. Paine, Thomas (Foner, Philip S., editor), 1944.

⁵⁴⁵ ZOLLER, E. *Le droit des Etats-Unis*, op.cit., p.36.

Etats alors qu'il pose le peuple comme instigateur d'une union. En sus, il le représente en tant qu'acteur de l'établissement de la justice, de la garantie de la paix intérieure, du développement du bien-être général, de l'assurance de la liberté pour le peuple et pour les générations futures. Dans ce cadre, c'est le peuple, le « Nous » qui « décrétons et établissons cette constitution pour les Etats-Unis d'Amérique »⁵⁴⁶.

Par voie de conséquence, seul un gouvernement national, fédéral, permettait de représenter ce peuple⁵⁴⁷. La volonté nationale était donc instaurée, correspondant à un « vouloir vivre ensemble » alors même que l'identité nationale restait à construire. Il s'agissait alors d'une « nation hiérarchique »⁵⁴⁸ gouvernée par une élite et consentie, notamment à travers le vote, par les citoyens. Pour autant, cette idée d'union était très discutée par les républicains pour qui l'Union pouvait possiblement être dissoute puisqu'elle répondait à une volonté des Etats de vivre ensemble et non à une volonté du peuple pris dans son ensemble.

Il faudra attendre la fin de la guerre civile pour voir véritablement triompher l'idée d'union, qui plus est, d'union du peuple et pour que le fédéralisme soit perçu et accepté comme la forme de gouvernement la plus à même de la garantir et de la renforcer. Ainsi, à compter de cet événement déchirant de l'histoire américaine, l'union se mua en une réalité au-delà du « simple » principe qu'il énonçait, une union créée par un peuple qui a donné sa vie pour la faire exister. A partir de là, la nation en tant que telle fut créée et le fédéralisme s'inscrivait en elle en même temps qu'il en définissait les contours.

Comme le souligne D. L. Horowitz⁵⁴⁹, les institutions d'un pays sont le produit des idéologies nationales. Ainsi, si le centralisme français traduisait l'étatisme, le fédéralisme américain se posa en garant contre la concentration des pouvoirs. Cette idée de lutte contre la concentration, et donc contre l'homogénéité des idéologies ou des revendications, se traduisit par une « compartimentalisation » inhérente à l'existence de plus de cinquante Etats. Ainsi donc, le fédéralisme permit, entre autre, que les revendications ethniques ou les antagonismes entre groupes ethniques qui se manifestaient à un niveau local ou étatique ne se retrouvaient pas forcément au niveau national. Dans ce sens, le fédéralisme, résultante de la diversité,

⁵⁴⁶ Voir le préambule de la constitution américaine, Annexe n°2.

⁵⁴⁷ Notons pourtant que les américains envisage la fonction gouvernementale à trois niveaux: local, des Etats et fédéral. ZOLLER, E. *Le droit des Etats-Unis*, op.cit., pp. 36-37.

⁵⁴⁸ KARABELL, Z., *A visionary nation, Four century of American dreams and what lies ahead*, Harper Collins Publishers, 256p., p.52.

⁵⁴⁹ HOROWITZ, D.L., *Immigration and group relations in France and America*, op.cit., p.23-24.

alimente lui-même cette diversité en évitant, tant par le biais de processus verticaux et horizontaux, que ne se fabriquent des homogénéités fortes à même de remettre en cause la non-centralisation du pouvoir. De ce fait, le fédéralisme fut à la fois un garant d'unité nationale et un instrument de diversité même si, comme l'avons esquissé, la reconnaissance politique de la diversité ne s'effectua réellement qu'à compter des années 1960. Avant, il s'agissait plutôt d'une diversité de fait que de droit.

Ce fédéralisme étasunien, corollaire de l'unité nationale après la guerre civile (1861-1865), résulta d'un point de vue institutionnel de la Constitution qui créa un Etat fédéral, les Etats-Unis. S'il est vrai que la Constitution de l'Etat fédéral a été complétée par 22 amendements⁵⁵⁰, elle n'en demeure pas moins le texte de référence, constant, encore applicable et appliqué à l'heure actuelle. Le texte constitutionnel entendait consacrer une séparation stricte des pouvoirs afin d'une part de garantir l'indépendance des trois pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) et d'autre part, de prévenir toute dérive du régime. Il se caractérisa toutefois par un système de « *checks and balances* »⁵⁵¹ reflétant d'avantage l'existence de contre-pouvoirs qui diluait ainsi un véritable pouvoir exclusif plutôt qu'une séparation stricte de pouvoirs autonomes⁵⁵². L'idée qui prédominait était qu'« il n'est pas possible de provoquer une crise politique sans prendre le risque d'une crise de régime »⁵⁵³ ce qui impliquait une certaine stabilité politique et une incontestable pérennité institutionnelle.

Ainsi, les Etats-Unis d'Amérique sont souvent présentés comme un « Etat fédéral parfait »⁵⁵⁴. Dans ce cadre, les cinquante Etats qui le composent sont à son image, des Etats dotés de pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires. La séparation horizontale et tripartite du pouvoir au niveau fédéral s'accompagne d'une séparation verticale entre fédération et Etats Fédérés, lesquels reproduisent à leur échelon une séparation horizontale des pouvoirs. De fait, chaque fonction gouvernementale a été conçue sur deux niveaux selon le système de poids et de contrepoids, entre un centre fédéral et des Etats fédérés.

⁵⁵⁰ Voir Constitution des Etats-Unis, Annexe n°2.

⁵⁵¹ De poids et de contre poids. (Traduction). Il s'agit d'un « contrôle réciproque et équilibré des trois pouvoirs. Ce système est censé prévenir tout abus d'autorité en plaçant à côté de chaque pouvoir qui le freine et lui fait contrepoids ». LAVENUE J.-J., *Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américains*, l'Harmattan, 1995, 313P., p.49.

⁵⁵² On parle ainsi plus volontiers de neutralisation entre les pouvoirs.

⁵⁵³ LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit. p.43.

⁵⁵⁴ ZOLLER, E., *op. cit.*, p. 15.

Ce système dual qui trouve sa base juridique dans l'article 1 section 8 de la Constitution⁵⁵⁵ est conçu pour préserver l'abus de pouvoir. Néanmoins, l'expérience montre que cette pratique s'exerce parfois au détriment de la clarté fonctionnelle et de l'efficacité gouvernementale. Ainsi, aux Etats-Unis, la loi n'est pas comme en France du seul ressort de l'Etat central puisque le processus législatif repose aussi bien sur la branche législative des Etats fédérés que sur celle du gouvernement fédéral. C'est le 10^{ème} amendement de la Constitution américaine qui pose le principe d'un fédéralisme dual, à la fois rigide et catégorique. Il stipule en effet que « les *pouvoirs non délégués aux Etats-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux Etats, appartiennent respectivement aux Etats ou au peuple* ». Ainsi, l'Etat fédéral jouit d'une compétence limitative tandis que les Etats fédérés se voient conférer une compétence générale. De ce fait, chaque niveau dispose d'une certaine exclusivité de compétence.

La Constitution de 1787 se situe au sommet de la hiérarchie des normes. Loi suprême du pays selon les termes de la section 2 de l'article VI, la Constitution l'emporte sur toutes les sources législatives fédérales mais également fédérées lesquelles doivent être conformes à la fois à la Constitution de l'Etat dans lesquelles elles ont été prises et à celle des Etats-Unis. Cette suprématie a été consacrée par la Cour suprême en 1803, dans l'affaire *Marbury v. Madison*⁵⁵⁶. Par cette décision historique, la cour pose le principe fondamental du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales par le pouvoir judiciaire fédéral. En 1810, dans l'affaire *Fletcher v. Peck*⁵⁵⁷, cette même cour étend, sur la base de la clause de suprématie, le contrôle de la constitutionnalité aux lois adoptées par les législatures des Etats⁵⁵⁸. Dans chaque Etat, les différentes constitutions ont prévu un corps législatif, dénommé « *Législature* » ou

⁵⁵⁵ Voir Constitution des Etats-Unis, Annexe n° 2.

⁵⁵⁶ C.S., *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) relatif au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Voir *supra* p.115

⁵⁵⁷ C.S., *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810) relatif à la suprématie de la Constitution sur une loi d'Etat. Dans cette décision la cour posa notamment le principe selon lequel le contrôle de la constitutionnalité de la loi ne devait être que purement technique et ne pas s'attacher à juger de l'opportunité de la loi.

⁵⁵⁸ Ces affaires et les principes qu'elles dégagent témoignent du fait qu'il n'y a pas aux Etats-Unis de question législative qui n'ait une dimension constitutionnelle. En revanche, et contrairement à la situation française, les traités et les lois fédérales ont la même valeur juridique. Il en résulte qu'en cas de conflit, la norme la plus récente prime. En outre, comme dans le cas français des ordonnances, le président a le pouvoir de prendre, dans certaines limites, des décrets qui sont généralement de nature législative. Les administrations fédérales peuvent aussi être dotées du pouvoir d'établir des règlements à caractère législatif, qui ont force de loi et jouissent d'une autorité supérieure à celle des lois des Etats, si toutefois ils sont en conformité avec les lois fédérales et avec la constitution.

« *General assembly* » lesquels est composé de deux chambres à l'exception du Nebraska où l'assemblée générale est unicamérale⁵⁵⁹.

Le fédéralisme, garant de l'unité nationale, annonce la prédisposition au pluralisme, traduction d'une certaine acceptation de la diversité ethnoculturelle comme déterminant de l'expérience nationale.

Les développements antérieurs nous montrent que les deux nations que sont la France et les Etats-Unis se sont construites sur une assise sociologique similaire: une population hétérogène, avec des langues, des cultures et parfois même des religions différentes. Cette diversité originelle commune n'est pourtant qu'un élément ressemblant entre les deux contextes. Des postulats différents, donnant lieu à des modèles distincts, ont conduit au développement de deux modèles d'Etat-nation. Alors que l'Etat a préexisté à la nation en France, les Etats-Unis ont construit la nation et l'Etat de manière relativement concomitante. En France, le modèle libéral, fondé sur une stricte séparation entre sphère publique et sphère privée a permis la constitution d'un modèle rejetant les particularismes. L'unité, l'indivisibilité, l'universalité ont fondé tout autant que servit le centralisme français. Au contraire, les Etats-Unis ont développé un modèle politique multiculturaliste, gérant les particularismes. Le fédéralisme américain reflète bien cette articulation entre l'acceptation des différences et la nécessité de référentiels communs, afin que de plusieurs ne fasse qu'un seul.

⁵⁵⁹ Le 10^{ème} amendement dispose que: « Les pouvoirs non délégués aux Etats-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple. Le fédéralisme représente donc la division constitutionnelle des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements subfédéraux. S'agissant du pouvoir législatif, une lecture combinée de l'article 1^{er} -qui énumère les pouvoirs des instances fédérales- et du 10^{ème} amendement traduit la stricte dualité opérée par la Constitution fédérale dans la répartition des compétences entre Etat fédéral et Etats fédérés. Comme nous venons de l'évoquer, ces derniers se voient accorder des pouvoirs généraux, alors que les pouvoirs du gouvernement fédéral sont limitatifs parce que précisément énumérés. Les compétences spécifiquement dévolues aux Etats sont dénommées les « pouvoirs réservés » et résultent de la lecture du 10^{ème} amendement. Comme sus mentionné, ce dernier stipule en effet que les Etats peuvent exercer tous les pouvoirs qui ne sont pas donnés au gouvernement fédéral et que la Constitution ne leur interdit pas, sans toutefois en donner une liste. En pratique, le domaine de compétence des Etats fédérés est très étendu et concerne de manière générale l'ensemble des règles de la vie quotidienne des citoyens. Au niveau de l'Etat fédéral, les pouvoirs dévolus au Congrès sont le résultat, au moment de la rédaction de la Constitution d'un compromis entre les fédéralistes désireux d'instaurer un gouvernement central fort et les anti-fédéralistes soucieux de sauvegarder la souveraineté des États. Dans ce contexte, il apparaissait « sage » d'établir une liste énumérant les dits pouvoirs. Ainsi constitutionnellement délimités, les pouvoirs fédéraux ne s'appréhendent toutefois pas sous un même angle, se scindant en trois types de pouvoirs: les pouvoirs explicites, les pouvoirs implicites et les pouvoirs dits inhérents. LEVASSEUR, A., « *Le droit américain* », Dalloz, 2004.

En France, cette « fédération qui s'ignore »⁵⁶⁰, l'insertion dans l'union européenne offre pourtant un certain parallélisme avec les Etats-Unis⁵⁶¹.

Dans ces contextes socio politiques différents, la nation s'est donc constituée de manière singulière. Consécutive de divers événements et éléments, la nation s'est imposée dans ces deux Etats, les transformant en Etat-nation. Pour autant, tant en France qu'aux Etats-Unis, des phénomènes communs ont conduit à une transformation de la nation. Deux mouvements essentiels peuvent être avancés comme étant particulièrement structurants: la question coloniale d'une part et les phénomènes d'immigration d'autre part. Ces deux processus ont amplement contribué à la diversification sociologique de ces deux nations venue s'ajouter à leur diversité originelle. Ainsi, tant en France qu'aux Etats-Unis, la citoyenneté démocratique a été longtemps corrélée à un substrat ethnoculturel, qui ne sera que progressivement remis en question.

⁵⁶⁰ MICHALON, T., « *La république française, une fédération qui s'ignore?* », Revue du Droit Public, 1982, 625p., p.623.

⁵⁶¹ Cependant, la construction européenne est fondée sur une dynamique inverse, puisqu'elle traduit la volonté de bâtir à plusieurs une entité supra étatique, sans pour autant remettre en cause la nation française.

CHAPITRE II—L'influence de la colonisation et de la migration sur la substance nationale

Les processus de construction nationale de la France et des Etats-Unis sont le fruit d'éléments externes et internes. Parmi ceux-ci, on ne peut manquer de relever deux processus historiques déterminants: la colonisation et l'immigration. Dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agit pas d'événements figés, attachés à une seule période déterminée. Même si ces deux mouvements se fondent par rapport à des dates ou des périodes, ils répondent à des dynamiques, à des processus continus générant des conséquences sur le long terme et contribuant de ce fait à modeler l'identité des deux nations considérées.

Ainsi, l'histoire coloniale française et la conquête américaine à laquelle il convient d'ajouter la question de l'esclavage ont sans nul doute participé à la transformation de l'Etat nation. Les changements qui en ont résulté ont façonné la diversité ethnoculturelle de la France et des Etats-Unis, à la fois de manière contextuelle et structurelle. Tout comme la situation coloniale, l'immigration a engendré une modification substantielle de la population de ces deux Etats, laquelle a conduit à une adaptation constante et croissante de la nation aussi bien qu'à la redéfinition permanente d'orientations publiques importantes.

Pays d'immigration, la France⁵⁶² et les Etats-Unis ont adopté des attitudes semblables tant par rapport à la gestion des flux et des stocks migratoires qu'en ce qui concerne l'appréhension de leurs conséquences sociétales. D'une longue tradition d'accueil des immigrants, basée notamment sur les doctrines officielles d'égalité, les deux nations ont connu une immigration de masse à la fin du XIX^{ème} siècle ainsi qu'au début du XX^{ème} siècle. Par ailleurs, les nationalités des immigrants se sont diversifiées, s'élargissant de l'Europe et de l'Amérique du Nord à tous les continents. Ces Etats ont aussi souvent représenté des terres d'accueil pour les réfugiés politiques et les dissidents de différents régimes oppresseurs. En outre, dans ces deux pays, la question de l'intégration des nouveaux arrivants s'est posée avec acuité, en France au sein d'une société centralisatrice et aux Etats-Unis dans l'enceinte d'une société libérale.

⁵⁶² « La France est présentée comme un “cas unique” en comparaison avec d'autres Etats en Europe puisque dès 1850 elle a “importé des hommes, alors que tous les autres en ont exporté, au moins jusqu'à la deuxième guerre mondiale » (En italique dans le texte). *Etre français aujourd'hui, Rapport de la commission de la nationalité* présenté par MARCEAU LONG, M., Président, au premier Ministre, Paris, La documentation française, 1988, Tome I, 768p., p. 23.

Ainsi, ont-ils eu à s'accommoder d'une hétérogénéité culturelle de plus en plus marquée tout en assurant une certaine assimilation de ces populations aux origines et aux cultures diverses.

Toutefois, la France et les Etats-Unis ne présentent pas en tout point une similitude de situation. Les Etats-Unis sont une nation d'immigrants où l'immigration a façonné la nation, cette dernière instituant dès ses prémices une politique d'immigration en vue de l'intégrer comme une donnée constitutive du processus national. En France, la situation est tout autre puisque la nation s'est d'abord construite sur la base de l'agrégat à l'ensemble national de territoires régionaux aux particularités culturelles bien définies. Par voie de conséquence, la structuration d'une politique d'immigration s'est réalisée de manière empirique, largement modelée par les nécessités du marché du travail. Il en résulte une divergence dans la conception qu'ont ces deux nations de l'immigration. Dans ce sens, au contraire des Etats-Unis, la France ne se pense pas comme un pays « descendant des immigrants »⁵⁶³.

Aussi, il importe de s'attacher à appréhender l'histoire coloniale envisagée d'un point de vue juridique, en France et aux Etats-Unis (Section 1) avant de s'intéresser aux corpus légaux qui ont accompagné les processus migratoires (Section 2).

⁵⁶³ HOROWITZ, L.D., *Immigration and group relations in France and America*, op.cit., p 4.

Section 1. L'incorporation forcée de populations dans la nation

Que l'on considère le contexte français ou américain, un constat similaire peut être dressé: ces deux ensembles sociopolitiques se sont construits et développés sur la base de la conquête de territoires. Totale dans le cas américain puisque les Etats-Unis sont nés de l'agrégat de terres colonisées, elle n'est que partielle en France où seuls quelques départements ou territoires sont concernés⁵⁶⁴. Par ailleurs, cette conquête s'est doublée d'une colonisation institutionnelle, idéologique pour ne pas dire culturelle, souvent religieuse et largement linguistique. A cette situation de prise de pouvoir sur des populations dites autochtones, il convient d'ajouter, essentiellement dans le cas américain, l'imposition à des centaines de milliers de personnes d'une migration contrainte et forcée, à laquelle succéda une mise en état de servitude. En France, l'annihilation des régionalismes pour la construction de l'unité républicaine a conforté une politique de contrôle des territoires, proche de la situation des indiens d'Amérique⁵⁶⁵.

Ces différents mouvements ont incontestablement marqué au plus profond le développement national, ayant participé à en définir l'identité et à alimenter la diversité ethnoculturelle des populations. Comme le soulignent P. Simon et M. Martiniello, il existe des similitudes objectives entre les sociétés marquées par leur passé colonial et esclavagiste⁵⁶⁶. C'est ainsi que la France a développé une politique colonialiste basée sur une assimilation tronquée des personnes (§1) alors que les Etats-Unis ont procédé à une américanisation des populations en utilisant la race comme instrument de différenciation (§2).

⁵⁶⁴ Il s'agit des collectivités d'outre-mer. Aujourd'hui ce sont d'abord les départements et régions d'outre-mer, régis par l'article 73 de la Constitution: la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane, la Réunion, Mayotte à partir de 2011. Ensuite les collectivités d'outre-mer aux statuts divers, régies par les articles 73 et 74 de la Constitution révisée en 2003: la Polynésie française, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna, Saint-Martin, Saint-Barthélemy. Enfin, La Nouvelle-Calédonie est spécifiquement régie par le titre XIII de la Constitution. Voir Constitution française, annexe n°1.

⁵⁶⁵ Notons que nous avons fait le choix, certes critiquable, de ne pas explorer la question des régionalismes en France, comme facteur de diversité ethnoculturelle.

⁵⁶⁶ SIMON, P., et MARTINIELLO, M., « Les enjeux de la catégorisation. Rapport de domination et luttes autour de la représentation dans les sociétés post migratoires », Revue européenne des migrations internationales, V 21, N° 2, 2005, p.7-17.

§1- La France et le colonialisme: l'assimilation « racialisiste » de la diversité

Bien avant de connaître l'histoire de la présence du monde en son sein, la France a une histoire de sa présence au monde⁵⁶⁷. Ce passé colonial souvent nié⁵⁶⁸ marque pourtant ce qu'il convient de nommer la postcolonialité⁵⁶⁹. La colonisation française, développée à partir du XV^{ème} siècle, a eu pour conséquence la mise en place d'un système juridique, économique et social différencié (A). L'esclavage, élément prégnant de la conquête américaine, fait aussi parti de l'histoire coloniale française (B).

A- La colonisation, un instrument de la nation.

La colonisation est un instrument de la nation. C'est dans ce sens que Jules Ferry a renforcé le processus colonialiste pour asseoir l'idée de nation. Pourtant, la nation ainsi agrandie ne se caractérisait pas par l'unité, l'indivisibilité et l'universalité. La règle qui prônait l'assimilation des populations n'en commandait pas moins une différenciation « racialisiste » de la règle de droit. En effet, la colonisation des terres et leur ancrage dans le territoire français a engendré une réglementation particulière, laquelle eu pour objectif de fixer les règles applicables aux esclaves ainsi que les devoirs des maîtres, ces dernières dispositions ayant pourtant fait l'objet de peu de respect. C'est dans ce cadre que les Codes Noirs ont été promulgués respectivement en 1685⁵⁷⁰ et en 1723⁵⁷¹ nonobstant le fait que le royaume de France n'acceptait pas l'esclavage sur son sol⁵⁷². Cette contradiction intrinsèque explique certainement que ces codes ne furent jamais enregistrés au parlement de Paris aux fins de publication⁵⁷³. Adopté après la

⁵⁶⁷ BANCEL, N., BLANCHARD, P., LEMAIRE, S., « Introduction, La fracture coloniale: une crise française », in BANCEL, N., BLANCHARD, P., LEMAIRE, S., (Dir.), *La fracture coloniale*, Paris, La découverte / Poche, 2006, 315 p., p.12.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p.15. Les auteurs parlent de déni.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p.11.

⁵⁷⁰ Le code noir de mars 1685. Edit du roi sur les esclaves des Iles de l'Amérique. Voir textes présentés par CASTALDO, A., Préface de TAUBIRA, C., *Codes noirs, De l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006, 150p., p.37.

⁵⁷¹ Le code noir de décembre 1723. Edit du roi sur les esclaves pour les îles de France et de Bourbon (Ile Maurice et la Réunion). Il sera étendu à la Louisiane en 1724. *Ibid*, p. 59.

⁵⁷² Le parlement de Guyenne en 1571 énonçait que « la France, mère de la liberté, ne permet aucun esclavage ». *Ibid*.p.5.

⁵⁷³ « Pas d'esclaves dans le royaume ». CASTALDO, A., « *A propos du code noir (1685)* » Les cahiers aixois d'histoire des rois de l'Outre-mer français, N° 1, 2002, pp, 19-30, p.26.

révocation de l'Edit de Nantes, le premier code recérait l'objectif clairement affiché de favoriser le déploiement de la religion catholique⁵⁷⁴.

B- Un traitement territorial différentialiste

Ainsi, la question de l'esclavage a donné lieu à un traitement territorial différentialiste. En définitive, l'esclavage sera banni en métropole et institutionnalisé dans les colonies, contradiction entre un ordre naturel qui le proscriit (en métropole) et un « ordre public » qui le postule (dans l'Outre-mer)⁵⁷⁵. Aboli par le décret du 4 février 1794⁵⁷⁶, il est toutefois rétabli par Bonaparte premier consul en 1802⁵⁷⁷ et confirmé par Napoléon Bonaparte en 1805. Le préambule de l'extension du code civil aux colonies stipule ainsi que « de tout temps on a connu dans les colonies la distinction des couleurs, qu'elle est indispensable dans les pays d'esclaves »⁵⁷⁸. L'abolition de l'esclavage n'interviendra de manière définitive qu'en 1848 après que la traite ait déjà été prohibée dès le 29 mars 1815. Ainsi, le décret du 27 avril 1848 considérait dans son préambule que l'esclavage est « (...) une violation flagrante du dogme républicain « Liberté-Egalité-Fraternité »⁵⁷⁹. Le primat égalitariste triompha alors, postulant d'une nation aveugle aux différences dans les faits et non plus seulement dans les principes républicains. Notons toutefois qu'il faudra attendre le 10 mai 2001⁵⁸⁰ pour que le Parlement français reconnaisse la traite négrière et l'esclavage comme un crime contre l'Humanité⁵⁸¹.

⁵⁷⁴ C'est ce dont témoigne l'article 2 qui stipule que « Tous les esclaves, qui seront dans nos îles, seront baptisés et instruits dans la religion Catholique, Apostolique et Romaine, enjoignons aux habitants qui achètent des nègres nouvellement arrivés, d'en avertir dans huitaine au plus tard, les gouverneurs et intendants des dites îles, à peine d'amende arbitraire, lesquels donneront les ordres nécessaires pour les faire inscrire, et baptiser dans le temps convenable. ». Il s'agit donc là de sauver les âmes par le baptême. Voir dans ce sens PALMER, V.V., « *Essai sur les origines et les auteurs du Code noir* », Revue internationale de droit comparé, 1998, n° 1, p. 111-140.

⁵⁷⁵ CASTALDO, A., *Codes noirs, De l'esclavage aux abolitions*, op.cit.,p.6.

⁵⁷⁶ Décret du 4 février 1794, 16 pluviôse an II. Il fait échos à l'article 18 de la Constitution du 3 septembre 1793 qui dispose que « Tout homme peut engager son temps et ses services ; mais il ne peut se vendre ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable ».

⁵⁷⁷ Loi relative à la traite des noirs et au régime des colonies du 20 mai 1802 (30 floréal an X) rétablissant l'esclavage.

⁵⁷⁸ Arrêté du 7 novembre 1805 (16 brumaire an XIV), article 3.

⁵⁷⁹ Décret de l'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848, ministère de la Marine et des Colonies, direction des Colonies.

⁵⁸⁰ Loi N° 2001-434. L'article 1 de la loi stipule: « La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'Océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV^e siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité ». <http://www.senat.fr/leg/tas00-087.html>. Consulté le 19.09.2011.

⁵⁸¹ A noter que le concept de crime contre l'humanité apparaît en tant que notion juridique dans le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg à l'article 6 .Il est aujourd'hui défini à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale de 1998. Voir par exemple CURRAT, P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale Internationale*, Collection Genève, Bruylant, 2006, 806p.

Le rapport entre la construction de la nation française et la colonisation est donc plus que paradoxal. D'un côté, la conquête coloniale a alimenté la construction de l'identité nationale, appuyé sur les principes républicains fédérateurs. Néanmoins, ce processus colonial a heurté les principes républicains pour mieux les contredire sous la III^{ème} République. Ainsi, l'assimilation prônée et voulue s'est trouvée confrontée à la diversité de l'Outre-mer où colonies, départements et territoires d'Outre-mer ou encore états associés ont été envisagés dans leur spécificités culturelles pour être confinés dans un statut particulier, en l'occurrence subordonné. Cette politique de limitation de la citoyenneté, tout comme la construction de catégories de « sous-citoyens », pourtant antagoniste avec l'idée promue d'assimilation, répondaient précisément à la crainte d'une assimilation trop poussée. Selon la devise « diviser pour mieux régner », le pouvoir colonial entendait asseoir sa domination par l'ordonnement d'une société hiérarchisée. Toutefois, toutes les colonies n'entretenaient pas le même rapport avec la métropole. Ainsi, à côté des colonies marquées par la décentralisation et une certaine assimilation⁵⁸², on trouve plusieurs situations dont par exemple: l'Algérie où la tendance assimilatrice a été la plus poussée; ou encore les pays du protectorat de l'Afrique du Nord dans lesquels l'autonomie est plus effective⁵⁸³. Aussi, face à une implication importante des populations des colonies dans les conflits français, s'est développée une politique d'association, contournant l'idéal d'assimilation et évitant l'idée d'autonomie.

Par conséquent, la hiérarchie sociale héritée de l'esclavagisme a perduré dans le temps, faisant de la couleur de peau un vecteur d'aliénation. De manière insidieuse, s'est structurée une « ligne de couleur » étant donné que *de facto*, les considérations raciales induisent l'ordre social, et ce que l'on s'attache à la métropole ou dans les colonies. Dans ce contexte, les autorités publiques prirent des mesures, qui, loin de s'apparenter à une ségrégation officielle, favorisaient l'accentuation de cette démarcation⁵⁸⁴.

Les Etats-Unis ont aussi connu une situation similaire avec d'une part la conquête des terres et d'autre part, l'ethnocide de la population indienne, la traite des noirs et la mise en esclavage des populations d'origine africaine.

⁵⁸² Comme par exemple les Antilles ou la réunion.

⁵⁸³ LAMPUE, P., ROLLAND, L., *Précis de législation coloniale*, Dalloz, 1940, p.56 cité in GUILLAUME, S., « Citoyenneté et colonisation », p.128 in COLAS, D., EMERI, C., ZYLBER, J., (dir.), *Citoyenneté et nationalité, Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, 505p.

⁵⁸⁴ La création d'hôpitaux particuliers pour les tirailleurs sénégalais participe de cette idée. Voir par exemple DUVAL, J., *L'épopée des tirailleurs sénégalais*, Paris, L'Harmattan, 2005, 450p.

§2- Les Etats-Unis et la conquête: l'américanisation raciste de la diversité

Parler de la construction de la nation américaine et de son développement, nous conduit inmanquablement à analyser l'histoire de deux « catégories » de populations qui, au même titre que les colons européens, ont façonné la diversité ethnoculturelle de ce territoire. Nous verrons alors en quoi l'américanisation raciste de la diversité s'est notamment traduite par l'ethnocide des *native americans* (A) ainsi que par la mise en esclavage des noirs américains (B).

A- De l'ethnocide des *Natives* à l'invention de l'autochtone

Lorsque les premiers colons européens arrivent sur le sol américain, une population y habite déjà: les indiens, aujourd'hui dénommés *native américains*⁵⁸⁵. Plusieurs centaines de tribus vivaient en effet sur ces terres, avec des cultures et des langues fort diverses⁵⁸⁶. Au total, et même si les chiffres varient, plusieurs millions de personnes dites aborigènes peuplaient ce qui allait devenir les Etats-Unis⁵⁸⁷. Pourtant, en 1900, ils étaient seulement 250 000, faisant de cette population la minorité ayant la plus diminuée, alors même que cette tuerie n'a jamais été reconnue comme un crime de génocide au sens du droit international. En effet, un des critères mis en avant par la résolution du 9 décembre 1948 n'est pas rempli⁵⁸⁸. Dans les faits, il s'est bien agi de tuer des personnes pour leur appartenance à un groupe, même si le crime collectif n'a pas été planifié par un appareil d'Etat ou une autorité souveraine, puisque les massacres ont été le fait d'initiatives locales. Ainsi, si le terme de

⁵⁸⁵ Le terme de *native américains* sera préféré dans tous nos développements. Bien que critiqué, notamment du fait de la référence à la naissance étant entendu que tous les américains sont au fond des *natives* au sens littéral du texte, il représente le terme institutionnel. Il fut institué afin d'abandonner la référence à l'*indian*. Ce terme est parfois dans la littérature substitué par les notions d'*aboriginal americans*, *amerindians*, *first americans*, *native indians*, *indigenous*, *original americans*, *red indians*, etc.

⁵⁸⁶ DE VORSEY, L.JR., *Keys to the encounter: A library of Congress Ressource Guide for the Study of the age of discovery*, Washington, DC, Library of Congress, 1992 cité in MYERS, J.P., *Dominant-Minority Relations in America, Convergence in the New World*, Second edition, Person Education Inc, 2007, 544p., p.150.

⁵⁸⁷ Les chiffres oscillent entre 1 million et 20 millions. Murray Wax parle de 10 millions. WAX, M., *American Indians: Unity and diversity*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1971, 236p., p.32.

⁵⁸⁸ Résolution 260 A (III) du 9 Décembre 1948 des Nations Unies. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui dispose dans son article 2: « Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel: a) Meurtre de membres du groupe; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe». L'article 8 des statuts de Rome de la CPI, reprend cette définition.

génocide est pourtant fréquemment employé⁵⁸⁹, celui d'ethnocide lui sera préféré⁵⁹⁰. Ce débat sémantique n'enlève rien au caractère tragique de cet anéantissement physique, culturel et organisationnel⁵⁹¹. L'ethnocide a en effet conduit à une déculturation et une déstructuration des communautés tribales⁵⁹².

La nation américaine s'est donc construite sur la base de cette présence indienne mais non avec elle⁵⁹³. En effet, dès les prémises de la colonisation, la règle de l'invisibilité a prévalu. Celle-ci s'est exprimée à travers la doctrine du *vacuum domicilium*⁵⁹⁴. Ainsi, les colons européens n'ont jamais considéré ces habitants originaires comme légalement propriétaires des terres⁵⁹⁵. L'*Indian Removal Act* de 1830 répondait en fait à une logique raciste qui postulait de l'impossible cohabitation entre les tribus indiennes et les blancs, toujours plus avides de terres⁵⁹⁶. Ainsi, si la plupart des déportations se sont faites sur la base de traités signés entre le gouvernement américain et les tribus indiennes, il convient de spécifier que

⁵⁸⁹ Voir par exemple STANDARD, D. E., *American Holocaust: Columbus and the conquest of the New World*, New York, Oxford University Press, 1992, 358p., p.147.

⁵⁹⁰ En droit international public, quatre génocides sont reconnus: Le génocide des peuples juif et Tzigane par les Nazis (Traité de Nuremberg de 1945); Le génocide du peuple arménien par l'Empire Ottoman en 1915 (Commission des droits de l'homme de l'ONU le 29 août 1985- Loi française n° 2001-70 du 29 janvier 2001); Le génocide des Tutsi au Rwanda par les Hutus extrémistes (Résolution 955 adoptée par le Conseil de Sécurité le 8 novembre 1994); Le génocide des musulmans de Bosnie par les Serbes de Srebrenica (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie le 2 août 2001. TPIY, Jugement Radislav Krstic, IT-98-33-T, 2 août 2001, §561 (TPIY, Ch. pr. inst.).

⁵⁹¹ DOREL, F., « La thèse du « génocide indien »: guerre de position entre science et mémoire », Revue de Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale, EUOPRE/ AMERIQUES, <http://www.univ-brest.fr/amnis/>. Consulté le 19.09.2011.

⁵⁹² Voir CLASTRE, P., « Ethnocide », in Encyclopédia Universalis, Encyclopédia Universalis Editeur, Paris, France 2002, vol.8, pp. 888-90.

⁵⁹³ L'acte fondateur de la politique d'expansion territoriale des Etats-Unis est adopté le 13 juillet 1787. Le *Northwest Territory* ou *Old Northwest ordinance* concerne la conquête des territoires des États-Unis situé au Nord-Ouest de l'Ohio.

⁵⁹⁴ Voir notamment CORCORAN, P., *John Locke on the Possession of Land: Native Title vs. the 'Principle' of Vacuum domicilium*, Monash University, 2007, 21p. http://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/bitstream/2440/44958/1/hdl_, Consulté le 01.10.2011.

⁵⁹⁵ Outre le fait que la notion de propriété telle que conçue en Europe n'existait pas en tant que telle dans les tribus, il s'agissait surtout de leur dénier tout pouvoir sur des territoires qui n'étaient, aux yeux des colons, pas exploités.

⁵⁹⁶ L'*Indian Removal* a été signé le 26 mai 1830. Il est la traduction légale du processus d'échange des terres entre l'Est et l'Ouest du Missipi. Voir notamment FOREMAN, G., *Indian Removal: The Emigration of the Five Civilized Tribes of Indians*, Norman, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1932, 11^{ème} édition de 1989. Sur les évolutions légales concernant les *natives*, voir notamment CASEY, JAMES, A., *Sovereignty by Sufferance: The Illusion of Indian Tribal Sovereignty*, 79 *Cornell Law Review* 404, 413 (1994). COHEN, F. S., *Handbook of Federal Indian Law*. Charlottesville, VA: Michie, Bobbs-Merrill, 1982. Deloria, Vine, Jr., and Clifford M. Lytle. *American Indians, American Justice*. Austin: University of Texas Press, 1983. TAYLOR, GRAHAM D. *The New Deal and American Indian Tribalism: The Administration of the Indian Reorganization Act, 1934-45*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1980.

dans de nombreux cas, il s'agissait plutôt de traités contraints, qui, à défaut, auraient conduit à une expulsion forcée par les forces armées gouvernementales⁵⁹⁷.

Néanmoins, nous pouvons relever une sérieuse contradiction. En effet, la doctrine de l'invisibilité allait pourtant de pair avec un traitement particulier des tribus, considérées en tant que nations indiennes. Dans ce cadre, les Etats-Unis ont perpétré la vision qu'avait le gouvernement britannique, les considérant en tant que nation. Aussi, plus de 370 traités ont été signés de la fin du XVII^{ème} au début du XIX^{ème} siècle avec les *Native American Nations*⁵⁹⁸. Même si nombre d'entre eux ne furent jamais respectés, ils postulent néanmoins d'un statut spécifique conféré aux nations indiennes. Par conséquent, aux côtés de la nation américaine, coexistaient des nations autochtones, conventionnellement identifiées.

Toutefois, ce statut spécifique ne leur sera pas longtemps reconnu. La Cour Suprême, dans sa décision *Cherokee Nation vs. State of Georgia* de 1831, dénierait aux tribus indiennes le droit de se poser comme une nation souveraine⁵⁹⁹. Si la Cour Suprême a rendu en 1832 une décision contraire⁶⁰⁰, l'idée d'assimilation statutaire fut reprise par le congrès. L'*Appropriation Act* de 1871 énonçait dès lors que les indiens étaient considérés comme partie prenante de la nation américaine⁶⁰¹. Ils étaient donc envisagés en tant que groupe minoritaire et non plus comme nation à part entière, conférant alors à leurs membres des droits individuels et non plus collectifs. De fait, les normes juridiques régissant différents aspects de leurs vies, se muèrent de traités en lois. Par ailleurs, le *Dawes Act* connu aussi sous le nom de *General Allotment Act* de 1887 est venu compléter le dispositif de diminution du pouvoir des tribus en segmentant les terres indiennes⁶⁰². Ces dispositions eurent pour effet de

⁵⁹⁷ En effet, l'*Indian Removal Act* n'autorisait pas la déportation en tant que telle mais permettait la négociation de traités ayant pour objet l'échange de terres. Ainsi, avec l'échange de terres, on se trouvait *de facto* dans une situation d'obligation de mouvement. Voir PRUCHA, F. P., *American Indian Treaties: The history of a Political Anomaly*, University of California Press, 1994.

⁵⁹⁸ MANDER, J., *In the Absence of the sacred: The failure of Technology and the survival of the Indian Nations*, San Francisco, CA: Sierra Club Books, 1991, 446p., p.199.

⁵⁹⁹ C.S. *Cherokee Nation vs. State of Georgia* 30 U.S. 1 (5 Pet. 1831) «Il serait peut-être préférable de désigner les tribus indiennes par le vocable de nations indigènes dépendantes, car elles possèdent des terres que nous (les États-Unis) revendiquons sans tenir compte de leur volonté, et nous ne pourrions entrer en possession de ces terres que lorsqu'elles n'en seront plus propriétaires. Les Indiens sont aujourd'hui sous tutelle. Leurs relations avec les Etats-Unis ressemblent à celles qui existent entre un pupille et son tuteur ».

⁶⁰⁰ CS *Worcester vs. Georgia* 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), La Cour décida que les lois de la Georgie ne peuvent pas s'appliquer à la Nation Cherokee et que le gouvernement fédéral avait l'obligation de faire respecter les engagements pris par traité avec la nation Cherokee. Cette décision ne fut jamais respectée par le gouvernement mais dénote une hésitation de la part de la Cour Suprême.

⁶⁰¹ L'*Appropriation Act* du 3 mars 1871 énonçait en effet qu'il n'existait « no Indian nation or tribe ». Voir *infra* p. 211.

⁶⁰² *The Indian General Allotment Act of 1887* (24 Stat. 388), Voir LAVELLE, J. P., « The General Allotment Act "Eligibility" Hoax: Distortions of Law, Policy, and History in Derogation of Indian Tribes », *Wicazo Sa*

réduire, au fil des ans, le nombre d'hectares appartenant aux populations indigènes. Cette distribution des parcelles, bien plus que la privation croissante de la propriété, répondait à l'objectif d'assimilation, transformant l'indien en fermier, que l'on espérait ainsi convertir en « américain »⁶⁰³.

Dès lors, une politique ambiguë s'instaura, oscillant entre protection et injonction à l'assimilation. Les différentes mesures prises au cours du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle peuvent en effet donner lieu à plusieurs grilles de lectures. Par exemple, la création du Bureau des affaires indiennes, le *Bureau of Indian Affairs* en 1824⁶⁰⁴, dont l'idée avancée était de protéger et aider le processus de socialisation des *Natives*, a eu de nombreux effets forts négatifs⁶⁰⁵. Le BIA fut et demeure en effet l'organisme fédéral chargé de la relation entre les États-Unis et les gouvernements des tribus indiennes. Une de ses missions était de veiller au respect des obligations du gouvernement américain relatives à la protection des biens et ressources tribaux. Or, c'est pourtant sous la supervision du BIA que s'est déroulée la déportation des indiens dès 1806. En outre la présence de leaders blancs et de missionnaires chrétiens en lieu et place des structures traditionnelles indiennes a contribué à réduire le pouvoir et l'unité des communautés. L'*Indian Reorganization Act* de 1934 aussi dénommé *Wheeler Howard Act* répondait à la même logique assimilationniste même si l'objectif avancé de la législation fédérale était de protéger certains droits des populations indiennes⁶⁰⁶. En théorie il s'agissait en effet de favoriser l'autonomie voire même la souveraineté des tribus indiennes en encourageant leur reconstitution et leur renforcement. Toutefois, le pluralisme envisagé avait le visage de l'homogénéisation ou plus exactement de l'assimilation au niveau de la forme de gestion politique, étant entendu que la gouvernance des tribus indiennes était calquée sur le modèle européen, dénaturant et fragilisant de fait le pouvoir traditionnel⁶⁰⁷. Pour autant, ce dispositif permit un accroissement des terres indiennes. Par ailleurs, notons que la création de l'*Indiana Claims Commission* en 1946 avait vocation à répondre aux

Review Vol. 14, No. 1, Indigenous Resistance and Persistence (Spring, 1999), pp. 251-302 Published by: University of Minnesota Press. Article Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1409527>.

⁶⁰³ La construction de l'Amérique s'est en effet réalisée par l'exploitation des terres.

⁶⁰⁴ Il succède au *Committee on Indian Affairs* créé en 1775. Institué le 11 mars 1824 le *Bureau of Indian Affairs* était placé sous la dépendance du Ministère de la Guerre avant d'être transféré en 1849 au Ministère de l'Intérieur. Il sera dénommé BIA dans les développements ultérieurs.

⁶⁰⁵ MADER, 1991, p.201, FEAGIN, J.R., BOOHER FEAGIN, C., *Racial and ethnic relations*, 7^{ème} ed. Upper Sadle River, NJ: Prentice Hall, 2002, p.208.

⁶⁰⁶ « Indian Reorganization Act of 1934 », Major Acts of Congress. Ed. Brian K. Landsberg. Macmillan-Thomson Gale, 2004. eNotes.com. 29 Dec, 2010 <http://www.enotes.com/major-acts-congress/indian-reorganization-act>, Consulté le 30.12.2011.

⁶⁰⁷ Les tribus indiennes n'étaient pas obligées d'adopter de constitutions mais si elles le décidaient, elles devaient répondre à certaines exigences, devant être calquées sur le modèle de la constitution des États-Unis. Ces dernières furent levées par le *Native American Technical Corrections Act* de 2003.

différentes demandes de réparation et de revendications territoriales fondées sur les traités antérieurs⁶⁰⁸. Via l'indemnisation, le gouvernement avait l'intention de se réhabiliter. Toutefois le montant des dédommagements fut fixé sur la base du prix des terres de l'époque ce qui contribua à vider ce processus d'efficacité réparatrice. Aussi, si une certaine prise en compte de la spécificité indienne était notable, celle-ci ne fut que partielle dans les faits.

Dès les années 1950, l'assimilation est réapparue comme un objectif avéré et non plus seulement comme une résultante d'un processus qui se voulait plus ouvert. Dans ce cadre, le *House Concurrent Resolution n° 108*, aussi appelé *Termination Resolution*⁶⁰⁹ déniait toute spécificité reconnue aux tribus indiennes en les soumettant aux mêmes lois, privilèges et responsabilités que tout autre citoyen américain. La spécificité indienne devint alors une spécialité législative.

A compter de la décennie 1960, portées par le mouvement des droits civils, plusieurs politiques ont démontré un caractère plus souple, ouvrant la voie à la reconnaissance des tribus au niveau fédéral. Sans toutefois parler de nations dans la nation, il s'agissait de reconnaître la spécificité et la singularité des tribus indiennes. L'objectif répondait à la volonté de préserver leur culture tout autant que leur langue et religion sans les écarter du développement économique et social. L'*Indian Self Determination Act* du 4 janvier 1975⁶¹⁰ confirme l'intention du gouvernement fédéral en faveur de l'auto détermination des tribus⁶¹¹. Complété par l'*Education Assistance Act* de 1975⁶¹² et le *Federal Acknowledgement Program* de 1978, ce dispositif de gouvernance conféra le droit pour les tribus de négocier des contrats avec le BIA afin d'organiser leur propre programme d'éducation et de service de santé. Pour autant, la responsabilité fédérale fut maintenue à travers l'octroi d'aide pour la mise en place de ces programmes tribaux⁶¹³. Notons que la constitutionnalité de l'*Indian Reorganization Act* fut sujette à discussion⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ *Indian Claims Commission* du 13, 1946 (605 Stat. 1060, 25 USC 70a et seq.

⁶⁰⁹ MYERS, J. P., *Dominant-Minority Relations in America, Convergence in the New World*, op.cit., p. 160.

⁶¹⁰ <http://www.ihs.gov/publicinfo/archives/Publications/SelfDetermination/selfdeter.asp>. Consulté le 30.12.2011.

⁶¹¹ Voir notamment PIERRE CASTILE, G., *To Show Heart: Native American Self-Determination and Federal Indian Policy, 1960–1975*. Tucson: University of Arizona Press, 1998. Philp, Kenneth R., ed. *Indian Self-Rule: First-Hand Accounts of Indian-White Relations from Roosevelt to Reagan*. Logan: Utah State University Press, 1995.

⁶¹² *Education Assistance Act of 1975* (Public Law 9hu38).

⁶¹³ Titre I de l'*Indian Self-Determination Act*.

⁶¹⁴ Si la Cour Suprême l'a considéré comme inconstitutionnel en 1995 (C.S., *South Dakota v. United States Dep't of the interior*, 69 F. 3d 878, 881-85 (8th Cir.1995)) elle renversa sa position 7 mois plus tard- C.S., *Dep't of the interior vs. south Dakota*, 519 U.S.919, 919-20, 136 L.Ed.2D 205, 117 S.Ct.286 (1996)- pour finalement confirmer sa constitutionnalité en 2008- C.S., *Carcieri v.Kempthorne*, 497 F.3d 15, 43 (1st Cir.2007) confirmé par C.S.*Carcieri v. Salazar* 07-526 (2009).

Selon la constitution, seul l'Etat fédéral a compétence pour s'occuper des « affaires indiennes ». Dans ce cadre, le congrès a autorité pour définir les tribus indiennes officiellement reconnues. Pour autant, les Etats peuvent également procéder à une telle reconnaissance et offrir une protection à des tribus non reconnues par le gouvernement fédéral⁶¹⁵. La reconnaissance fédérale des tribus, en tant que groupes d'indiens doté d'un gouvernement propre, permet la dotation de certains privilèges, sous le contrôle du BIA. Aujourd'hui, près de 564 tribus figurent dans le registre fédéral.⁶¹⁶

Bien que différente, la situation des noirs américains constitue une autre manifestation de cette américanisation raciste de la diversité.

B- Les noirs, de la traite à la ségrégation raciale

Ni peuples autochtones, ni immigrants, les noirs ou *african americans* constituent un groupe particulier. Leur histoire sur le territoire américain est bien différente de celle des autres populations, originaires ou allogènes.

D'abord, la présence sur le territoire américain des personnes noires n'est pas le fruit d'un choix, voulu et assumé par ces personnes. Il résulte d'une migration forcée caractérisée par la traite d'esclave. Cette « traite négrière »⁶¹⁷ est avant tout une activité marchande consistant à capturer et vendre des personnes placées en situation d'esclavage. La traite atlantique s'est donc développée selon une logique triangulaire⁶¹⁸. Ainsi débarqués depuis 1619 sur le territoire⁶¹⁹, ils furent des dizaines de milliers à être introduits, en majorité dans le Sud, pour travailler dans des plantations de tabac, de maïs puis de coton. Cette situation était implicitement reconnue. La constitution des Etats-Unis traduisait donc consensus établi sur la base d'un calcul politique: les Etats du Nord ne condamnaient par l'esclavage mais limitaient

⁶¹⁵ Bien que la légitimité d'une telle reconnaissance soit contestée, vingt Etats ont pour autant été dans ce sens.

⁶¹⁶ Voir le *Federal Register*, volume 74, Number 183, August 11, 2009, (74 FR 40218).

⁶¹⁷ PETRE-GRENOUILLEAU, O., *Les traites négrières, Essai d'histoire globale*, éd., Paris, Gallimard, 2004, 468p., p.18-20

⁶¹⁸ La logique triangulaire se manifeste ainsi: les Européens troquant des biens (alcools, armes...) contre des esclaves vendus par des négociants, afin de les revendre à des propriétaires terriens, contre de l'argent ou du coton par exemple.

⁶¹⁹ Ils étaient 20 à être débarqués en 1619 à Jamestown en Virginie. FOHLEN, C., *Les Noirs aux Etats-Unis*, Que sais-je ?, PUF, 10ème édition, 1999, 127p., p.5.

la traite⁶²⁰; la citoyenneté n'était pas reconnue aux esclaves ; néanmoins, les esclaves comptaient pour 3/5^{ème} dans le recensement des habitants permettant la répartition des sièges à la chambre des représentants. Néanmoins, l'arrêt de l'importation d'esclaves sur les terres de l'Union Américaine ne devint effective que le 1^{er} janvier 1808, institutionnalisant l'abolition de la traite⁶²¹. Toutefois, l'arrêt de la traite ne signifia par l'arrêt de l'esclavage⁶²².

Longtemps exclus de la citoyenneté fédérale, les noirs ont été tout au long de la construction nationale, porteurs de cette expérience esclavagiste. Cela s'est traduit par l'instauration d'un système ségrégationniste, reposant sur les lois dites *Jim Crow*⁶²³. Cet ensemble de mesures prises par les municipalités ou les Etats du Sud entre 1876 et 1964 s'inscrivaient dans la légalisation de la ségrégation entre les blancs et les noirs, confirmée par la Cour Suprême en 1896 dans *Plessy v. Ferguson*⁶²⁴. Il fallut attendre la fin du second conflit mondial pour que le système ségrégationniste soit remis en question. Stoppée en premier lieu dans l'armée, la Cour suprême mit également fin à la ségrégation dans le domaine scolaire avec l'arrêt *Brown* de 1954⁶²⁵.

Au regard de ce qui précède, nous voyons que ce processus d'incorporation des populations en France comme aux Etats-Unis a façonné la diversité de ces deux nations. Il est en de même pour la question migratoire.

⁶²⁰ Lors de l'établissement de la constitution, le congrès avait la prérogative de défendre la traite des noirs. Dans ce sens, le 22 mars 1794, le Congrès prit une mesure interdisant aux citoyens américains de se livrer à la traite sous peine d'amende.

⁶²¹ DELACAMPAGNE, C., *Histoire de l'esclavage. De l'Antiquité à nos jours*, Paris, Le livre de poche, 2002, p.208.

⁶²² En effet, si ces deux dynamiques sont intimement corrélées, elles ne peuvent être confondues. Alors que la première a trait au commerce des personnes, la seconde se réfère à un état, celui d'une personne placée en condition de servitude. Ainsi, l'article 7, al2, c) du statut de Rome de la Cour Pénale Internationale définit l'esclavage comme ce qui consiste à exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété. Adopté le 17 juillet 1998 à Rome par 120 Etats et ratifié le 11 avril 2002.

⁶²³ Le nom de Jim Crow vient d'un artiste, Thomas Dartmouth qui se produisait en se noircissant la peau, et de sa chanson écrite en 1828. Voir WOODWARD, C.V., *The Strange Career of Jim Crow* (1966). *The Columbia Encyclopedia, Sixth Edition, Columbia University Press, 2004*.

⁶²⁴ *Plessy v. Ferguson* Voir *supra*, p.118. Voir également Annexe n°16 et 17.

⁶²⁵ Voir *supra* p.209

Section 2- L'immigration facteur de transformation de la nation

Au préalable, un éclairage sémantique s'impose. Le terme de *migration* désigne un déplacement de populations qui partent d'un pays, dont elles ont en général la nationalité, pour s'installer dans un autre. Ainsi, les personnes qui quittent leur pays sont des émigrants. Lorsqu'ils s'installent dans le pays qui les accueille deviennent des immigrants⁶²⁶. Ils composent la catégorie des migrants parmi lesquels sont également répertoriés les réfugiés. Au terme de l'article 1^{er} de la convention de Genève de 1951⁶²⁷, ces derniers représentent « ceux qui craignant « avec raison »⁶²⁸ d'être persécutés en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leurs idées politiques ou de leur appartenance à un groupe social, se trouvent hors du pays dont ils ont la nationalité et ne veulent ou ne peuvent se réclamer de sa protection »⁶²⁹.

Le participe présent du terme immigrant traduit une dynamique et caractérise à la fois le mouvement et l'action. Il ne reste cependant d'usage en France que durant la première année d'installation. C'est ce que traduit le terme *primo-arrivants*. Ils deviennent ensuite des émigrés par rapport au pays qu'ils ont quitté et des immigrés pour le pays d'accueil, le participe passé entérinant un état de fait. Comme le mentionne J.-P. Gourévitch⁶³⁰ « l'immigré entré comme un étranger dans un pays, est comptabilisé à la fois en terme de flux puisqu'il migre et à la fois en terme de stocks puisqu'il accroît le nombre d'étrangers. Par contre, une fois qu'il est établi dans le pays d'accueil il n'est plus appréhendé en termes de flux mais est répertorié dans les stocks. S'il acquiert la nationalité française, il vient augmenter le *stock* des nationaux. S'il ne l'a pas acquise, ou parce qu'on lui a dénié ou parce qu'il n'a pas manifesté sa volonté d'en bénéficier, il est référencé à la fois dans les stocks des étrangers et dans celui des immigrés ».

⁶²⁶ Le Black's Law Dictionary définit l'immigrant comme « *one who leaves a country to settle permanently in another to live* », in WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., *Immigration Law and Procedure*, op.cit., p.1.

⁶²⁷ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. <http://www.unhcr.fr/4b14f4a62.html>, Consulté le 10.01.2011.

⁶²⁸ Entre guillemets dans le texte.

⁶²⁹ La situation spécifique des réfugiés ne sera pas étudiée. La référence aux personnes requérantes d'asiles et à celles disposant d'un statut de réfugiés ne sera mentionnée que lorsque cela éclairera le propos général.

⁶³⁰ GOUREVITCH, J.P., *Les migrations en Europe: Les réalités du présent, les défis du futur*, Acropole Belfond, 2007, p.30.

En France, l'immigration fait partie de la construction identitaire nationale. Le développement aléatoire et fragmenté du corpus juridique, fortement inspiré par des considérations politiques et économiques, démontre le caractère sensible de la question migratoire. La construction juridique désarticulée dénote une absence de cohérence et traduit la difficulté de gérer tout autant l'ouverture des frontières à la diversité ethnoculturelle que son appréhension statutaire, une fois que les personnes se trouvent sur le territoire français. Aux Etats-Unis, l'immigration est au cœur même de l'expérience historique puisque le peuple américain n'a pas ses racines ethniques dans le pays qu'il habite, exceptions faites des populations autochtones. Toutefois, les Etats-Unis ne sont devenus une nation d'immigrants que près d'un demi-siècle après leur indépendance.

Ainsi, l'analyse comparative dénote un parallélisme de situation. *A priori* différentes dans leur nature et leurs caractéristiques au regard de l'immigration, la France et les Etats-Unis finissent par se ressembler. Au moins cinq éléments communs peuvent être dégagés :

- un accueil permanent, tout au long de l'histoire de ces deux nations
- un accueil séquencé, d'intensité variable en fonction des époques
- un accueil différencié, une sélection des migrants ayant été opérée dans les deux contextes
- une corrélation entre les déterminants économiques et politiques, lesquels conditionnent l'arsenal juridique
- des mécanismes d'inclusion et d'exclusion segmentés.

Puisque c'est « d'abord à ses frontières (...) que la République rencontre sa diversité »⁶³¹, nous nous attacherons à voir comment l'immigration a contribué à construire la nation en France et aux Etats-Unis. Comme le mentionnait H. Arendt, la souveraineté d'un Etat n'est jamais plus absolue que dans le domaine de l'immigration, la naturalisation, la nationalité et l'expulsion⁶³². Ainsi, bien que la puissance publique ne soit pas créditée du même rôle dans les deux contextes considérés⁶³³, ces deux Etats ont développé un arsenal légal en perpétuelle mutation. Il répond dans une certaine mesure au contexte international des migrations tout en se définissant en fonction de la situation économique et sociale interne aussi bien que par rapport aux enjeux et idéaux politiques en présence.

⁶³¹ WEIL, P., *La république et sa diversité, Immigration, intégration, discriminations*, La République des Idées, Seuil, 2005, 111p., p.13.

⁶³² ARENDT, H., *Les origines du totalitarisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1973, 289p.

⁶³³ Rappelons que l'on ne crédite pas la puissance publique du même rôle et partant, de la même ambition sociale en France et aux Etats-Unis. Si en France le poids de l'Etat dans l'espace public est très important et implique une intervention sur la question de l'immigration et de l'intégration, les Etats-Unis, en raison de leur construction avec un minimum d'Etat, s'en remettent davantage aux groupes et aux individus pour régler ces questions.

Ainsi nous verrons en premier lieu comment la France est devenue un pays d'immigration, situation à partir de laquelle s'est développée une gestion empirique de celle-ci par le droit (§1). En second lieu, nous analyserons le contexte des Etats-Unis, terre d'immigration, dans laquelle ont inégalement appréhendés les personnes venues s'y installer (§2).

§1- La France, une terre d'immigration à la gestion empirique

La France, au fil de son histoire, a connu une série d'évolutions juridiques concernant le droit des étrangers, que ce soit en référence aux conditions d'entrée et de séjour sur le territoire, en matière de droit d'asile et de regroupement familial ou encore relativement au droit de la nationalité. Néanmoins, ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle que l'on peut réellement parler de politique publique d'immigration. Jusqu'alors, il s'agissait plutôt d'une série de mesures visant à réguler de manière empirique et contextuelle des éléments, puis des problématiques⁶³⁴. D'ailleurs, les termes *immigration* et *immigrés* sont apparus tardivement dans le langage français. Selon G. Noriel⁶³⁵, ils sont utilisés pour la première fois lors de la révolution industrielle, période caractérisée par une immigration de masse.

Une brève lecture historique nous permet de distinguer plusieurs périodes dans la formation d'un corpus juridique rattaché à l'immigration. Une première s'étale du Moyen Age jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle et vise à gérer essentiellement les relations avec les étrangers, majoritairement sous la forme de mesures discriminatoires. Elle présente toutefois l'immigration comme un facteur de la construction de la nation (A). La deuxième part de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle et appréhende la problématique de l'immigration sous l'angle de la construction de la nation française, tendant à l'homogénéité. Elle fut envisagée contre les particularismes et le différentialisme et gérée en dehors de la nationalité (B). La troisième période qui prend naissance au tournant de la 1^{ère} guerre mondiale se caractérise par une hésitation entre ouverture et exclusion (C); La quatrième période commence au sortir du second conflit mondial et est marquée par la définition d'une politique publique, notamment de gestion des flux migratoires (D); A compter des années 70, dernière période étudiée,

⁶³⁴ L'immigration n'apparaît comme un « problème » dans le discours politique c'est-à-dire est identifié et dénoncé comme tel qu'à compter des années 1970.

⁶³⁵ NORIEL, G., *Le creuset Français*, op.cit, p-78-80.

l'immigration est de plus en plus envisagée comme un problème dont il convient de gérer les flux et les stocks dans un cadre sociétal global (E).

A- L'immigration, facteur de construction de la nation

Si l'on a coutume de considérer que l'immigration est un fait relativement nouveau en France en comparaison avec les Etats-Unis, on oublie trop souvent que le français n'est point une « race pure »⁶³⁶ et n'a pas une seule origine. La France fut marquée tout au long de son histoire par une série d'invasions qui ont laissé différentes strates de populations⁶³⁷. Cette immigration de voisinage concernait surtout les régions frontalières et les grandes villes comme Paris, Lyon et Marseille⁶³⁸. Aussi, depuis le XIII^{ème} siècle, la France est incontestablement un pays d'immigration⁶³⁹.

Le droit s'attachait alors à la gestion des stocks bien plus qu'à celle des flux. Aussi, le droit de l'Ancien régime opposait celui qui était né hors du royaume aux sujets du roi⁶⁴⁰. Durant la période monarchique, le droit du sol fut instauré en vertu d'une disposition du Parlement de Paris du 23 février 1515. Si l'arrêt *Mabile* du 7 septembre 1576 stipulait que le Parlement de Paris reconnaît que le lien de filiation confère la nationalité française lorsque les deux parents sont français, et ce, indépendamment du lieu de naissance⁶⁴¹, la condition de résidence restait un élément incontournable, en tant que preuve de l'allégeance au roi⁶⁴². Il fallut attendre le

⁶³⁶ Ce terme est utilisé entre guillemets car il vient parodier les écrits dénonçant les étrangers comme n'étant pas des « races pures ».

⁶³⁷ Les Francs, les Vandales, les Alamans, Les Wisigoths, les Burgondes, les Normands, les Bretons, Les Magyars, les Huns mais aussi les Sarrasins, les Hongrois, et les Vikings. BERNARD, P., *Immigration : le défi mondial*, Folio actuel inédit, 2002, 346p., p.64. A noter que Durant la période médiévale et moderne, la France a également accueilli un nombre relativement important d'artistes, de techniciens et de mercenaires en majorité italiens, hollandais, anglais, suisses, allemands ou irlandais.

⁶³⁸ Ainsi, la période du Moyen Âge, bien que connaissant une certaine unité de par le Christianisme, restait très divisée ethniquement et linguistiquement.

⁶³⁹ Voir sur ces questions LEQUIN, Y., (dir) *Histoire des étrangers et de l'immigration en France*, Paris, Larousse 1992, 544p.

⁶⁴⁰ Ces mesures qui avaient surtout des implications au niveau de l'exercice de certaines fonctions étaient cependant limitées, les frontières du royaume sans cesse modifiées en réduisant la portée. La principale discrimination résidait toutefois dans le droit d'aubaine qui confère au roi le droit de s'arroger l'héritage de tout étranger qui meurt sans héritier français. Voir notamment WEIL, P., *Qu'est-ce qu'un français*, Folio Histoire, Gallimard, 2004, 651p., p. 23.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p.24.

⁶⁴² *Ibid.*

code Napoléonien de 1804 pour que le droit du sang définisse la nationalité qui restait basée sur la filiation par le père⁶⁴³.

Un changement s'opéra avec la Révolution Française, où la nation, se fondant sur des éléments politiques et surtout sur une aspiration à la liberté et à l'égalité, commença à accueillir les étrangers qui partageaient ses principes pionniers. Avec la fin des conquêtes napoléoniennes, près d'un million de soldats alliés choisirent le sol français auxquels s'y ajoutèrent des réfugiés politiques qui ont afflué en masse. Dès les années 1830, l'immigration acquit alors un caractère d'exil politique⁶⁴⁴. A partir de là, la France connut une progression constante de l'immigration laquelle prit différentes formes. S'ouvrit d'abord une période de migration de travailleurs attirés par la révolution industrielle et celle des transports⁶⁴⁵. L'immigration économique liée à la quête de travail est née. Le flux d'étrangers se densifia car la main d'œuvre se fit de plus en plus nécessaire⁶⁴⁶. La France se présentait alors comme un territoire d'immigration et fit figure d'exception européenne caractérisés par un solde migratoire positif⁶⁴⁷. Cependant, elle hésitait déjà entre accueil et exclusion⁶⁴⁸.

B- La gestion de l'immigration en dehors de la nationalité

La différenciation du national et de l'étranger intervint en tant que telle à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle⁶⁴⁹ et se matérialisa par la création de la carte d'identité. Cette distinction étranger/national fut entérinée par l'apparition de nouveaux droits sociaux réservés

⁶⁴³ « La nationalité est désormais un attribut de la personne, elle se transmet comme le nom de famille, par la filiation. Elle est attribuée une fois pour toutes à la naissance, et ne dépend plus de la résidence sur le territoire de la France » mais conserve toutefois le droit du sol (*jus soli*) en obligeant l'individu né d'un étranger à réclamer la nationalité française dans l'année qui suit sa majorité ». Voir VIMBERT, C., *La tradition républicaine en droit public français*, Publication Univ Rouen Havre, 1992, p 34. Notons que la nationalité, définie pour la première fois dans la constitution à partir de 1791, relève des droits civils à compter de l'adoption du code civil. Ainsi donc, nationalité et citoyenneté se trouvent différenciées, les constitutions définissant les citoyens ainsi que le code civil réglementant la qualité de français. WEIL, P., *Qu'est-ce qu'un français*, op.cit., p. 26-48.

⁶⁴⁴ Ceci est particulièrement vrai pour les nationalistes polonais, les libéraux allemands ou espagnols et les exilés politiques italiens.

⁶⁴⁵ Au cours de cette ère, la France tout comme les Etats-Unis, vit arriver dans ses villes de nombreux paysans des campagnes françaises ou étrangères.

⁶⁴⁶ Le recensement de 1851 est le premier à les comptabiliser. Ainsi, de 380 000 étrangers en 1848 on passe à un million d'étrangers en 1881. Ces derniers viennent en grande majorité des pays voisins, et notamment de Belgique, d'Italie, d'Allemagne, de Suisse et d'Espagne.

⁶⁴⁷ Deux raisons principales: le premier est relatif à un taux de natalité plus réduit ; le second est attaché au fait que les paysans français, ayant vu l'accès à la propriété facilité avec la révolution française, sont moins disposés à quitter la terre et à nourrir la main d'œuvre manufacturière des villes.

⁶⁴⁸ Ainsi, sous la seconde République fut votée pour la première fois une loi concernant les étrangers permettant d'expulser sur un simple décret du ministère de l'intérieur toute personne étrangère menaçant l'ordre public. Cette mesure toujours en vigueur aujourd'hui, se justifia par les protestations xénophobes ouvrières de 1848.

⁶⁴⁹ NORIEL, G., *Le creuset Français*, op.cit., p.78-80. Il montre que la révolution industrielle génère une immigration de masse laquelle conduit à l'apparition des termes immigration et immigrés.

spécifiquement aux nationaux⁶⁵⁰. La loi de 1851 instaura par ailleurs le double droit du sol⁶⁵¹. Le renforcement de cette différenciation entre français et étrangers se fit au cours de la troisième République, notamment entre 1888 et 1893, où diverses dispositions furent prises conduisant à un plus grand contrôle de la domiciliation et des déplacements des étrangers sur le territoire⁶⁵².

Immigration économique et immigration de peuplement se combinèrent donc de manière relativement libre⁶⁵³ jusqu'à la veille de la première Guerre Mondiale et se caractérisaient par une mixité de genre⁶⁵⁴. L'intégration se réalisa de manière assez facile, favorisée par de nombreuses naturalisations et une similitude de condition au sein de la classe ouvrière. Pourtant, les pouvoirs publics ont accru leur contrôle sur les populations étrangères. Par exemple, la carte de séjour, instaurée par un décret du 2 avril 1917, répondait à la fois à la nécessité de compter avec une main-d'œuvre étrangère durant le premier conflit mondial et au besoin d'avoir une surveillance poussée de ces immigrants dans un contexte belliqueux. Ce double objectif se manifesta à travers l'octroi, pour la première fois, d'une carte de séjour pour les étrangers âgés de plus de 15 ans résidant en France. En outre, l'Etat œuvra pour connaître la situation de ses étrangers une fois sur son territoire⁶⁵⁵.

Les mesures précitées visaient davantage à réguler les stocks migratoires plutôt qu'à gérer la gestion des flux en tant que tels. En effet, l'arrivée des immigrants n'était alors pas à proprement parlé régie par le droit national mais par des conventions internationales institutionnalisant une relation entre Etat d'accueil et Etat d'origine. C'était par exemple le

⁶⁵⁰ WEIL, P., *La France et ses étrangers*, Folio Histoire, Gallimard, 2004, p. 23.

⁶⁵¹ Dans ce cadre, est français à la naissance, tout individu né en France d'un parent qui y est lui-même né.

⁶⁵² La loi de 1889 se présente comme la loi fondatrice, définit pour l'avenir les conditions de nationalité et de naturalisation. Elle dispose notamment que seront Français, les jeunes étrangers nés en France et qui à l'époque de leur majorité sont domiciliés en France à moins d'avoir décliné la nationalité française dans l'année précédant la majorité. Cette loi est consécutive à la défaite de 1871, et la perte de l'Alsace-Lorraine. Ainsi, dans un esprit de revanche à l'encontre de l'Allemagne il convient d'augmenter le nombre de Français et donc de soldats. En effet, seul un citoyen français peut être appelé à servir dans les corps réguliers de l'armée française en vertu de la loi du 27 juillet 1872, article 7, premier alinéa. A noter que la loi du 6 novembre 1875 rend celle du 27 juillet 1872 applicable à l'Algérie, tout en l'adaptant à ce territoire.

⁶⁵³ Cette liberté ne signifie pas absence d'hostilité. Voir par exemple NORIEL, G., *Le massacre des italiens. Aigues-Mortes, 17 août 1893*, Paris, Fayard, 2010, 294p.

⁶⁵⁴ Cela aura des conséquences importantes sur la capacité d'insertion de ces vagues d'immigrants.

⁶⁵⁵ Pour ce faire, il oblige dès 1887 à un recensement des étrangers nouvellement installés, à une déclaration de domicile à la mairie dès 1888 et en 1893, à un recensement spécifique des travailleurs étrangers qui doivent se déclarer à la municipalité de leur domicile. Voulant limiter puis interdire les déplacements de populations étrangères sur le territoire hexagonal, la loi du 11 août 1926 interdit l'emploi d'étrangers en dehors des professions pour lesquelles ils avaient une autorisation de même que l'embauche du salarié étranger par un autre employeur avant que son contrat ne soit arrivé à expiration.

cas des traités bilatéraux signés par la France avec la Belgique en 1906, la Pologne et l'Italie en 1919 et enfin la Tchécoslovaquie en 1920⁶⁵⁶.

C- Le tournant de la première guerre mondiale, l'immigration entre nécessité et xénophobie

La première guerre mondiale marqua un tournant dans l'histoire de l'immigration puisque enrôlement, immigration économique, immigration politique et immigration de peuplement se superposèrent. En effet, durant le conflit, des Juifs immigrés de Russie, des Polonais et des Italiens participèrent aux combats dans l'armée française. La différence avec les périodes précédentes se manifesta surtout dès 1915 du fait d'une politique de recrutement de travailleurs étrangers par l'Etat⁶⁵⁷. Aux côtés de cette immigration économique, se mit en place une politique « d'importation » de combattants et d'ouvriers venus des colonies. Ce recrutement forcé s'effectua majoritairement en Algérie, dans les territoires d'Outre-mer mais aussi dans le reste des colonies donnant lieu à une « spécialisation » reflétant les « aptitudes reconnues » à chaque groupe. Pour autant, l'application de ce racisme scientifique nia toute possibilité d'assimilation à ces groupes maintenus dans l'isolement. Une nouvelle identité apparut donc, caractérisant ces immigrés en marge, en grande partie noirs et asiatiques⁶⁵⁸. A côté de ce recrutement, on assista à un grand flux migratoire motivé par des raisons économiques⁶⁵⁹. Cette période se caractérisait aussi par une forte immigration politique⁶⁶⁰. Enfin, cette période s'inscrivait dans un contexte d'immigration de peuplement, comme en

⁶⁵⁶ WEIL, P., « Populations en mouvement, Etat inerte » in FAUROUX, R., SPITZ, B., (dir.), *Notre Etat, le livre vérité de la Fonction publique*, Paris, 2000, Robert Laffont, pp. 413-433, p 414. Ces conventions se bornaient cependant à établir un cadre pour les relations diplomatiques et l'élaboration de contrats types mais ne s'intéressent pas aux aspects pratiques notamment relatifs au recrutement, au transport ou encore à la répartition des immigrés dans les entreprises. C'est à cette époque que la Société générale de l'Immigration, la S.G.I., est créée.

⁶⁵⁷ Notamment du fait d'accords passés avec l'Espagne, l'Italie et le Portugal, principalement au service de l'armement et de l'agriculture.

⁶⁵⁸ Algériens, Marocains, Tunisiens, Africains de l'Ouest et du Centre, Malgaches, Indochinois et Chinois participent donc à la victoire de la France sans bénéficier d'une reconnaissance adéquate. A noter qu'en 1919, beaucoup sont rapatriés de force dans leur pays même si bon nombre de kabyles et autres migrants du Maghreb s'installent définitivement en France.

⁶⁵⁹ Les français répudiant de plus en plus à travailler dans les mines, les chantiers et les usines et préférant les emplois tertiaires, de « nouvelles » nationalités apparaissent, notamment les portugais et les ressortissants des pays africains.

⁶⁶⁰ Ainsi, les Russes « blancs » puis Mencheviki, Ukrainiens et Baltes, Arméniens rescapés du génocide, Grecs fuyant les Turcs, Turcs, Juifs Sépharades persécutés, Juifs Ashkénazes fuyant la Pologne, Hongrois chassés par les régimes communistes viennent trouver asile en France. BLANC CHALEARD, M.C., *Histoire de l'immigration*, Repères- la Découverte, p.26.

témoigne par exemple la situation des Polonais qui deviennent le second groupe d'immigrés⁶⁶¹.

En 1931, le nombre d'immigrés était de 2, 7 millions ce qui amène la part des étrangers à 6, 6 % de la population totale. Ainsi, la France représentait le pays qui comptait avec le plus fort taux d'étrangers soit 515 pour 100 000 contre 492 aux Etats-Unis⁶⁶². Les plus nombreux étaient alors les Italiens, viennent ensuite les Polonais, les Belges, les Espagnols⁶⁶³, les Suisses, les Européens méditerranéens, les Africains du Nord, les Allemands, les Russes, les Tchèques, les Britanniques, les Turcs et les autres⁶⁶⁴.

L'ouverture des frontières s'accompagna des premières tentatives d'organisation de l'immigration soit du fait d'organismes privés, soit du fait de l'Etat. Deux mouvements se succédèrent, l'exclusion succédant à une certaine souplesse. Dans ce cadre, le 10 août 1927, le Parlement vota la loi la plus libérale de l'histoire de l'immigration laquelle favorisait grandement l'accès à la condition de français⁶⁶⁵. Néanmoins, les années 1930 furent marquées par un mouvement xénophobe important, appuyé par un arsenal juridique qui confinait les étrangers dans une situation « d'indésirables »⁶⁶⁶. Désignés comme représentant une menace potentielle dans un contexte de pré-guerre, ils furent l'objet d'une relégation. Une série de lois votée à partir de 1932⁶⁶⁷ sous la pression des organisations syndicales et patronales réduisit considérablement l'accès aux étrangers à certaines professions, dont les professions libérales dès 1933⁶⁶⁸. En 1934, l'immigration officielle de travailleurs salariés fut entérinée puisque la

⁶⁶¹ Leur arrivée est fortement liée au travail entrepris par la Société Générale de l'Immigration, dont l'activité est tournée vers l'importation de main d'œuvre dans les régions houillères et agricoles. La SGI a été créé en 1924 pour contrôler le recrutement des travailleurs en fonction des nécessités de l'économie nationale. Ainsi, de nombreux travailleurs sans contrat de travail voient leur situation régularisée par l'obtention de titre de séjour et de travail délivrés par la S.G.I. WEIL, P., *La France et ses étrangers*, Folio Histoire, Gallimard, 2004, p. 27.

⁶⁶² NORIEL, G., *Le Seuil*, 1988, p.21 cité in Patrick Weil, *La France et ses étrangers*, op.cit., p.23.

⁶⁶³ Cette période s'illustre aussi par une forte immigration due à l'asile accordé à près de 500 000 espagnols après la défaite des républicains dans la guerre d'Espagne. 200 000 resteront sur le territoire français en dépit des négociations entre la France et Franco pour favoriser des retours dès l'année 1940.

⁶⁶⁴ La précarité et la méfiance font que les immigrés adoptent des attitudes de replis communautaires, soit de manière spontanée soit sous la pression de leur pays d'origine ce qui est le cas notamment des italiens et des polonais. Ces derniers instaurent un corpus communautaire très important au même titre que les Arméniens.

⁶⁶⁵ WEIL, P., *Qu'est-ce qu'un français ?*, *Histoire de la nationalité française depuis la révolution*, op.cit.

⁶⁶⁶ Dans ce contexte, plus précisément en 1934, des milliers de mineurs polonais sont expulsés avec leur famille.

⁶⁶⁷ La loi du 10 août 1932 permet notamment au gouvernement de fixer des quotas sur la proportion maximale de travailleurs étrangers dans les entreprises privées.

⁶⁶⁸ La loi dite Armbruster du 21 avril 1933 réserve l'accès des professions médicales aux français avec pour exception les ressortissants des pays placés sous protectorat français s'ils ont obtenus leur doctorat en France. La loi de juin 1934 limite l'exercice de professions publiques instituées par l'Etat et l'inscription au barreau au seul français de naissance, excluant ainsi les français naturalisés. Etaient en particulier visés les juristes réfugiés allemands. C'est ainsi que les artisans, commerçants, avocats, médecins, chirurgiens ferment les portes des étrangers à leurs corps de métier participant donc à une exclusion professionnelle et sociale de « l'Autre ».

loi prévoyait l'arrêt de délivrance de nouvelles cartes de travail aux nouveaux migrants⁶⁶⁹. Ce furent les décrets du 12 novembre 1938 et du 2 février 1939 qui posèrent l'obligation de possession d'une carte professionnelle spécifique pour les commerçants étrangers⁶⁷⁰. Dans ce contexte, l'administration procéda à une série de rapatriements contrôlés qui ont principalement concernés les polonais⁶⁷¹.

La période suivant la fin du Front populaire et la politique du gouvernement Daladier renforça l'exclusion par l'adoption de décrets lois contre les étrangers, en procédant à leur différenciation⁶⁷². Apparue alors la catégorie des « étrangers indésirables » pouvant être internés dans « des camps de concentration ». Les étrangers installés sur le territoire national furent alors l'objet d'un contrôle par exemple en matière de déplacement (décret du 2 mai 1938 précité) ou de mariage (décret du 12 novembre 1938). En outre, un mécanisme de déchéance de la nationalité française fut prévu pour les naturalisés qui ont commis des délits ou des crimes avec un minimum d'un an d'emprisonnement. En outre, le naturalisé qui se voyait interdire l'accès à des fonctions publiques pendant 5 ans s'est également trouvé dans l'impossibilité de voter pendant la même période. Seul le réfugié s'est vu assuré d'une protection particulière par la loi du 2 mai 1938.

Cependant, jusqu'en 1938, on ne peut parler de véritable politique publique de l'immigration. Il s'agissait plutôt d'une « action désordonnée »⁶⁷³. Nonobstant la nécessité de construire une véritable politique publique d'immigration, guidée par la rationalité et la coordination, il n'était guère évident de trancher entre les différentes logiques de valeurs, de démographie

⁶⁶⁹ Les mesures vont non seulement restreindre l'accès des étrangers au marché du travail, mais aussi remettre en cause leur droit au séjour. L'engrenage est en marche. En 1934, la décision est prise de ne plus accorder de carte de travail à de nouveaux migrants et de ne plus la renouveler à ceux résidant en France depuis moins de deux ans. Voir GISTI, *Rapport « Immigration, emploi et chômage » du CERC*, Chapitre III L'histoire des discriminations légales sur le marché du travail, <http://www.gisti.org/doc/presse/1999/cerc/chapitre-3-3.html>. En ce qui concerne les artisans et les commerçants étrangers, ils échappent pour un temps seulement aux restrictions, non pas en l'absence de textes mais plutôt du fait de l'absence de mesure de mise en œuvre du décret du 8 août 1935 alignant les artisans sur le régime de la loi de 1932.

⁶⁷⁰ L'article 1^{er} du décret du 12 novembre 1938 stipule : « (...) il est interdit à tout étranger d'exercer sur le territoire français une profession commerciale, industrielle ou artisanale sans justifier de la possession d'une carte d'identité spéciale portant la mention "commerçant", délivrée par le préfet du département où l'étranger doit exercer son activité ». Notons que le décret du 6 février 1935 autorise l'administration à ne pas renouveler des cartes d'identité aux étrangers qui séjournent en France depuis moins de 10 ans s'ils travaillent dans des secteurs touchés par le chômage.

⁶⁷¹ Voir notamment PONTY, J., *Polonais méconnus, histoire des travailleurs immigrés en France dans l'entre-deux guerres*, Paris, Publication de la Sorbonne, 1988, p.309-318.

⁶⁷² Par exemple, les décrets-lois du 2 mai, 14 mai, 17 juin, 12 novembre 1938, 2 février, 12 avril 1939.

⁶⁷³ WEIL, P., *La France et ses étrangers, l'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Folio histoire, Paris, 2004, p. 20.

politique et de considérations économiques⁶⁷⁴. Il fallut attendre presque une décennie et des orientations fâcheuses pour voir se dessiner une telle politique. En effet, à la suite de la publication des travaux de Georges Mauco⁶⁷⁵ en 1932 s'initia une période de propositions et de débats houleux⁶⁷⁶.

Le début de la seconde guerre mondiale combinait alors deux dynamiques opposées: la fuite d'un certain nombre d'étrangers, pour leur grande majorité italiens, et l'enrôlement forcé, principalement des apatrides et bénéficiaires du droit d'asile. Pour autant, l'attitude xénophobe ne prit toute son ampleur que sous le régime du Maréchal Pétain à travers la Révolution nationale. Cette dernière eut pour cible principale les Juifs mais aussi les Espagnols, les Italiens et les Africains du Nord qui furent enrôlés dans différents travaux. Les réfugiés Allemands et Italiens furent en outre livrés à l'ennemi⁶⁷⁷. Toutefois, avec le début des hostilités, le besoin de main d'œuvre étrangère se fit sentir à tel point qu'il fut permis l'embauche des personnes étrangères dans les administrations de défense nationale⁶⁷⁸. Un double mouvement contradictoire se mis en place. D'une part, le gouvernement opta pour la naturalisation d'un certain nombre⁶⁷⁹. D'autre part, au même moment, les français qui avaient bénéficié de procédure de naturalisation depuis 1927, soit 900 000 personnes, furent soumises à un processus de révision de leur statut⁶⁸⁰. En outre, les réfugiés politiques cessèrent de jouir d'une protection particulière et furent également persécutés. Le décret-loi Marchandreau du 21 avril 1939 instituant le délit d'injure et de discrimination raciale fut abrogé le 27 août 1940,

⁶⁷⁴ *Ibid.* p.31-32.

⁶⁷⁵ G. Mauco est auteur de nombreux articles et essais dont le texte raciste *L'immigration étrangère en France et le problème des réfugiés*, revue l'Ethnie Française, n°6, mars 1942, p6-15 ou encore son ouvrage *Les étrangers en France, leur rôle dans l'activité économique*, Paris, Armand Colin, 1932. Pour une biographie de Mauco, voir WEIL, P., *Georges Mauco, expert de l'immigration: ethnoracisme pratique et antisémitisme fielleux*, in *L'antisémitisme de plume 1949-1944, Etudes et documents*, dir. P.-A., TAGUIEFF, Paris Berg International Editeurs, 1999, PP.267-276.

⁶⁷⁶ G. Mauco, dit « premier expert des problèmes de l'immigration », fonde son analyse sur la difficulté pour les immigrés de s'assimiler et prêche pour une sélection ethnique tout autant que professionnelle et sanitaire ainsi que pour une intervention étatique accrue. Le projet du ministre d'Etat Philippe Serre est abandonné avec la chute du gouvernement Blum. Ce dernier prévoyait entre autre l'organisation et le contrôle d'une immigration utile ainsi que la création d'un statut juridique de l'étranger. WEIL, P., *La France et ses étrangers, l'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, op.cit., pp-36-41.

⁶⁷⁷ Notons qu'un grand nombre de personnes étrangères pris également part à la résistance, élément qui se révéla favorable à leur intégration.

⁶⁷⁸ Décret-loi le 20 janvier 1939. Dans ce sens, les réfugiés bénéficiant du droit d'asile sont tenus par les lois sur le recrutement, clause qui va concerner essentiellement les réfugiés politiques espagnols. Ce seront au total 100 000 étrangers de toutes nationalités qui se trouveront incorporés dans l'armée française sans compter les corps de combattants étrangers. WEIL, P., *La France et ses étrangers, l'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, , op.cit., p.46.

⁶⁷⁹ Cela concernera 73 000 personnes pour la seule année 1939.

⁶⁸⁰ Les juifs, principales cibles de cette politique, constituaient la majorité des personnes. Voir notamment LAGUERRE, B., « *Les dénaturalisés de Vichy, 1940-1944* », revue Vingtième siècle, Oct-Dec. 1988, n°20, p-3-15.

renforçant cette attitude nationale xénophobe. Par un décret en date du 3 octobre 1940 adoptant un « statut juif » applicable aussi à la zone libre, le gouvernement de Vichy ira jusqu'à donner une définition plus large du juif que celle dictée par les allemands⁶⁸¹. Instituant une « race juive », il donna pouvoir aux préfets, à travers une loi du 4 octobre 1940, pour les faire interner dans des camps. En outre, le besoin de main d'œuvre conduisit l'administration française sous pression des allemands à recenser les chômeurs étrangers afin de les envoyer en Allemagne pour travailler⁶⁸². Huit lois particulièrement marquantes ont donc été prises par le gouvernement de Vichy, après que les pleins pouvoirs aient été donnés au Maréchal Pétain⁶⁸³. Ainsi, comme le mentionne P. Weil, durant cette période noire « la hiérarchie des ethnies l'emporte sur la hiérarchie des valeurs et dissout les catégories de l'Etat de droit »⁶⁸⁴.

D- L'après-Guerre et la construction d'une politique publique

La libération apparue comme un mouvement fédérateur, de nombreux étrangers se fondant dans l'identité française à travers une grande vague de naturalisation⁶⁸⁵. Fortement ébranlée dans ses principes tout au long de ces années, la tradition républicaine s'imposa de nouveau.

⁶⁸¹ L'ordonnance du 27 septembre 1940 était applicable à la zone occupée. Ce statut prévoit en outre un certain nombre d'exclusions notamment de la fonction publique, de la presse, de la radio ou encore du théâtre.

⁶⁸² Sont principalement concernés les Slovaques, les Polonais, des Ukrainiens ou encore les Yougoslaves. Dans la zone occupée, les autorités allemandes cherchent à favoriser l'emploi d'étrangers en privilégiant les ressortissants des Etats alliés de l'Allemagne et ce, en dépit des réticences du gouvernement de Vichy. Ce dernier cherche au contraire d'une part à préserver un semblant de souveraineté et d'autre part à anticiper une situation de stabilité sur l'emploi une fois la démobilisation des soldats français effective. Pour autant, par une circulaire du 12 juillet 1943, le gouvernement de Vichy met à disposition, à la demande de l'Allemagne, les fichiers de tous les étrangers résidant en France en vue de leur incorporation dans le S.T.O.

⁶⁸³ La loi du 17 juillet 1940 limitant aux citoyens nés de père français l'accès aux emplois dans les administrations publiques; La loi du 22 juillet 1940 instituant une commission chargée de réviser toutes les naturalisations depuis 1927 et de retirer la nationalité française à tous les naturalisés jugés indésirables; La loi du 16 août 1940 instituant un Ordre national des médecins et réservant aux citoyens nés de père français l'accès aux professions médicales (loi préparant l'opinion publique à la mise à l'écart des praticiens juifs); La loi du 10 septembre 1940 réglementant de la même manière l'accès au barreau; La loi du 27 août 1940 visant, entre autres dispositions, à protéger la main-d'œuvre nationale; La loi du 27 septembre relative à la « situation des étrangers en surnombre dans l'économie nationale » (en zone non occupée, plus de quarante mille étrangers sont regroupés dans des pseudo-camps de travail sous la surveillance des gendarmes); La loi du 3 octobre portant « statut des Juifs » et énonçant toutes les interdictions à leur encontre; Et enfin, la loi du 4 octobre 1940 « sur les ressortissants étrangers de race juive » autorisant les préfets à les interner « dans des camps spéciaux ». GISTI, *Rapport « Immigration, emploi et chômage » du CERC*, Chapitre III L'histoire des discriminations légales sur le marché du travail, op.cit.

⁶⁸⁴ WEIL, P., *La France et ses étrangers*, op.cit., 2004, p. 48.

⁶⁸⁵ Cependant l'intégration se réalise surtout avec la reconstruction et la période de forte croissance économique qui lui est consubstantielle. Les trente glorieuses se caractérisent notamment par l'incorporation au monde ouvrier, par la politique associationniste du parti communiste, par la scolarisation des enfants ou encore à travers l'augmentation des mariages mixtes.

Sur un plan administratif, la circulaire Tixier⁶⁸⁶ du 21 décembre 1944 adressée aux préfets réhabilita les droits des réfugiés étrangers de l'avant-guerre. Elle garantissait en outre le statut des étrangers qui ont participé aux combats mais contrôla arduement ceux qui avaient collaboré avec l'ennemi, allant même jusqu'à interner les personnes étrangères jugées susceptibles de compromettre la sécurité interne. Les réfugiés politiques furent également réhabilités dans leurs droits et jouiront d'un statut plus protecteur encore avec la signature de la Convention de Genève de 1951 puis de son protocole additionnel du 31 janvier 1967⁶⁸⁷.

Face au besoin de main-d'œuvre étrangère, deux options sont présentées: le projet de G. Mauco se rapprochant du modèle de sélection ethnique par quotas organisé par les Etats-Unis avant-guerre⁶⁸⁸; celui défendu par Alexandre Parodi et Adrien Tixier, qui promouvait une approche républicaine favorisant le principe d'égalité. C'est cette dernière dynamique qui triompha et conduisit à l'adoption d'un début de politique publique concertée en matière d'immigration portant à la fois sur les flux mais aussi sur les stocks. La France se posa alors, d'un point de vue politique et institutionnel comme un véritable pays d'immigration. Ainsi, les deux ordonnances de 1945, du 19 octobre et du 2 novembre⁶⁸⁹, relatives aux conditions d'accès à la nationalité tout autant qu'à l'entrée et au séjour des étrangers en France représentaient le socle du code de l'immigration toujours en vigueur à ce jour. Se trouva pour la première fois posée la définition de l'immigré à l'article 6 de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Ces textes ayant force de loi instaurèrent trois types de cartes de séjour d'une durée variable, favorisèrent dans une certaine mesure l'immigration familiale en tant que facteur démographique et mirent en place un système de double peine permettant d'expulser les étrangers ayant commis un délit⁶⁹⁰. Ils créèrent en outre l'ONI, l'Office National de l'Immigration, devenu en 1988 l'OMI, Office des Migrations Internationales⁶⁹¹.

⁶⁸⁶ A. Tixier fut ministre de l'intérieur du gouvernement provisoire de la République Française.

⁶⁸⁷ En outre, par la loi du 25 juillet 1952, la France crée l'Office Français de Protection des Réfugiés, OFPRA, garantissant aux réfugiés une protection spécifique.

⁶⁸⁸ Voir développements *infra* p.180-182.

⁶⁸⁹ Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

⁶⁹⁰ Soulignons que l'ordonnance de 1945 ne prévoit aucune sanction spécifique à l'encontre du séjour irrégulier. Par conséquent, l'action de l'administration en matière d'expulsion se prend sans fondement légal en plus de s'avérer même souvent disproportionnée puisque elle engendre une interdiction de séjour sur le territoire français pendant 5 ans.

⁶⁹¹ Tributaire du monopole pour l'introduction de la main-d'œuvre étrangère, l'ONI a pour objectif politique de cibler l'origine des migrants. Néanmoins, la majorité des migrants viennent d'Algérie, immigration considérée comme une migration interne puisque le 20 septembre 1947 les musulmans algériens se sont vu reconnaître la nationalité française et de ce fait, conférer la liberté de circulation, à présent légalisée en France métropolitaine. En outre, apparaît une distinction entre une immigration juridique, impliquant la venue de personnes ne possédant pas la nationalité française et une immigration sociale et politique, illustrée par des personnes de la

Ainsi, durant les Trente Glorieuses, la France connut le deuxième grand flux d'étrangers de son histoire, résultant d'un besoin de main d'œuvre important⁶⁹². Toutefois, la vision politique n'était pas celle du « tout le monde et n'importe qui ». L'idée était au contraire d'« introduire de bons éléments d'immigration (...) avec méthode et intelligence »⁶⁹³. Mais cette immigration contrôlée se révéla en définitive trop rigide et l'immigration hors contrôle commença à grandir⁶⁹⁴. L'immigration s'accéléra du fait de la décolonisation tout autant que de la libre circulation des personnes en vertu du Traité de Rome entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958. Toutefois, la libre circulation des ressortissants français et algériens en vertu des accords d'Evian signés le 18 mars 1962, s'est trouvée contestée, puis limitée. Un accord annexe du 18 octobre 1968 priva en effet les travailleurs algériens de ce droit et les soumit à un contrôle de leur séjour en France⁶⁹⁵. La volonté de freiner l'immigration algérienne perdura et aboutit à la renégociation d'accords successifs portant sur le contingent de migrants admissibles annuellement. Parallèlement s'est développée une politique afin de favoriser l'immigration non-maghrébine. Celle-ci se structura à travers d'un double processus: d'une part, la régularisation de certaines nationalités et principalement des Portugais; d'autre part, la signature d'accords de main d'œuvre avec la Yougoslavie⁶⁹⁶ (25 janvier 1965) ou encore la Turquie (18 avril 1965), l'Espagne, le Portugal, la Tunisie ou encore le Maroc. Dans ce cadre, un afflux important d'immigrés se réalisa de 1956 à 1974 sur la base de ces mesures⁶⁹⁷.

France des colonies ou la France de l'Outre-mer, légalement français mais pas toujours reconnus comme tels par la société.

⁶⁹² En 1956, l'Etat créa la Sanctoral, qui devint en 1957 la Sanacotra. Cet organisme se mua en principal promoteur pour la construction de foyers pour immigrés de toutes origines confondues, accompagnant la politique nationale visant à favoriser l'arrivée d'autres nationalités.

⁶⁹³ Annonce du Général De Gaulle le 2 mars 1945, qui prévoit la mise en place d'un plan « afin d'introduire au cours des prochaines années, avec méthode et intelligence, de bons éléments d'immigration dans la collectivité française... des éléments sains, assimilables et prolifiques ».

⁶⁹⁴ De 1949 à 1955, 160 000 étrangers arrivent en France et 180 000 Algériens, qui ne sont pas étrangers mais immigrés, s'installent dans « l'hexagone ». Du fait de la prédominance institutionnelle de l'immigration algérienne, le gouvernement prit en 1956 une circulaire en vue d'officialiser le recrutement de travailleurs arrivés par leurs propres moyens. Cette mesure avait pour objectif de motiver l'arrivée « spontanée » d'autres nationalités et de leur conférer les mêmes droits qu'aux algériens dans l'optique de freiner la migration algérienne.

⁶⁹⁵ Est alors entériné un statut du résident algérien, certes plus favorable que le régime de droit commun mais qui tranche avec le statut antérieur. Il soumet en effet le ressortissant algérien arrivé en France depuis moins de trois ans à la possession d'un titre de résident valable 5 ans et de 10 ans pour celui arrivé depuis plus longtemps.

⁶⁹⁶ Aujourd'hui ce que l'on dénomme ex-Yougoslavie correspond à la Sloénie, la Croatie, la Bosnie Herzégovine, la Serbie.

⁶⁹⁷ Toutefois, ces mesures ne sont pas accompagnées de véritables politiques sociales. Le logement géré par la Sanacotra à destination des travailleurs musulmans algériens n'est conçu que pour des hommes célibataires dans le but d'exclure ou tout au moins de limiter le regroupement familial. C'est ainsi que les familles d'immigrés s'installent dans un premier temps dans les centres villes, dans des zones insalubres. Rejetés du fait de la rénovation des centres villes, ils optent pour des zones périphériques où ils se regroupent souvent par nationalité. Ce n'est qu'en 1964 que l'Etat commence timidement à mettre en place une politique de résorption des bidonvilles. En outre, il faudra attendre mai 1968 et les revendications des organisations d'extrême gauche pour

E- Le tournant des années 1970 ou la gestion d'une problématique sociétale

En 1973, la France comptait avec 3 millions d'étrangers. Toutefois, il faut mentionner que dans l'esprit de l'Etat français et des français eux-mêmes, cette immigration n'était que temporaire. Cet élément est essentiel car il explique en partie de nombreuses problématiques liées à l'intégration des premières et deuxième générations d'immigrés venus notamment d'Algérie⁶⁹⁸. Pour autant, des avancées législatives significatives ont favorisé l'insertion des étrangers. Ainsi par exemple, la loi du 27 juin 1972 autorisa l'élection et l'éligibilité des travailleurs étrangers en tant que membres des comités d'entreprises et délégués du personnel. De même, à la suite d'une série de violences contre les Algériens principalement, la loi dite Pleven en date du 1^{er} juillet 1972, fit du racisme un délit, le rendant condamnable judiciairement⁶⁹⁹. Néanmoins, ces prérogatives et protections ne furent que parcellaires. En effet, face à la diminution de la croissance économique et aux problématiques qu'elle généra furent prises deux circulaires dites « Marcellin- Fontanet » le 24 janvier et le 23 juin 1972⁷⁰⁰. Ces dernières instaurèrent une corrélation entre immigration de travail et situation de l'emploi en postulant que la perte de travail rimait avec la perte de la carte de séjour. En outre, elles interdisaient, sauf exception, toute régularisation et mirent en place un système de compensation⁷⁰¹.

que la prise en compte des conditions de vie des immigrés, et plus exactement des travailleurs immigrés deviennent un enjeu politique. Ils vont eux-mêmes commencer à jouer un rôle important dans le cadre de mouvements revendicatifs et notamment de grèves organisées au début des années 1970.

⁶⁹⁸ L'immigration algérienne est dès le départ assortie d'énormément de réticences: de la part des politiciens d'abord, lesquels estiment, dans un contexte de guerre d'Algérie, cette présence comme dangereuse; pour la population « autochtone » ensuite, qui note de trop grandes différences religieuses et culturelles. Pourtant, à la fin de la guerre d'Algérie et dès 1962, l'immigration algérienne est massive, puisqu'on dénombre 111 800 entrées en 1961, 180 000 en 1962 et 262 000 en 1963. Cette immigration en grande majorité masculine est orientée vers des métiers de basses qualifications dans les domaines de la chimie, de la métallurgie et du bâtiment. Elle suscite des tentatives d'enrayement de la part de la France mais aussi de la part du gouvernement algérien qui ne souhaite guère voir s'évaporer ses ressortissants et qui par conséquent n'hésite pas à s'associer aux attitudes discriminantes de la France.

⁶⁹⁹ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme. Elle pose dans son article 1^{er}: « Ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux publics, soit par des écrits, dessins ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués auront provoqué à la discrimination, la haine, la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 2 000 à 300 000 Francs ou de l'une de ces deux peines ».

⁷⁰⁰ Ces mesures ne sont pas sans susciter la désapprobation voire l'opposition farouche de nombreuses organisations, tout autant, mais pour d'autres considérations que du patronat. Par exemple le Groupe d'Information et de Soutien aux Travailleurs Etrangers (GISTI) crée en 1972 ou encore la C.F.D.T. ou la C.G.T.

⁷⁰¹ Par ce système, un employeur qui voudrait embaucher un travailleur étranger devra effectuer une demande préalable, couvrir les frais de voyage organisé par ses soins et trouver un logement au dit salarié.

La rupture des années 1970 vint à la suite de la décision du gouvernement algérien qui décida le 19 septembre 1973 de suspendre l'émigration de ses ressortissants vers la France⁷⁰². L'immigration fut alors suspendue par décision du conseil des ministres le 3 juillet 1974, concernant à la fois les nouveaux travailleurs mais également les familles extracommunautaires vivant à l'étranger des travailleurs installés en France. Dès lors, de 1974 à 1977, se mis en place une politique axée sur deux dynamiques complémentaires: le retour des étrangers qui souhaitent partir⁷⁰³, l'assimilation de ceux qui décidèrent de rester⁷⁰⁴. Cette période s'illustra également par un ancrage du droit à l'immigration familiale. Esquissé en 1974 et 1975, il s'est vu confirmé par un décret en date du 29 avril 1976⁷⁰⁵. Toutefois son application fut différenciée en fonction des pays considérés et fit l'objet d'un contrôle préalable de l'administration⁷⁰⁶. La pression autour de la gestion des flux se ressentit essentiellement à deux niveaux, tant en matière de retour et notamment d'aide monétaire au retour dès 1977⁷⁰⁷ que par rapport à la gestion de l'immigration familiale⁷⁰⁸. La fermeture

⁷⁰² WEIL, P., *La France et ses étrangers*, op.cit., p. 101-107.

⁷⁰³ Dans cette conjoncture de crise économique et de confrontation internationale fut créé un secrétariat d'Etat à l'immigration faisant de l'immigration une priorité de son gouvernement. Dans ce cadre, le décret du 21 novembre 1975 apporta une série de modifications substantielles dans la gestion administrative du statut des étrangers. Dans ce sens, une aide au rapatriement est créée et des stages de formation professionnelle organisés en vue de la préparation au retour. Cette politique vise à favoriser le départ d'immigrés et espère enrayer la progression du chômage dans un contexte d'aggravation de la crise économique.

⁷⁰⁴ En premier lieu, il est le premier décret depuis les ordonnances de 1945 à être publié au Journal Officiel ce qui tranche avec les circulaires prises pendant près de 30 ans. En second lieu, il apporte des modifications importantes. D'abord il réduit le nombre des titres de séjour à trois au lieu de sept. Ainsi la carte A est valable un an, la B trois ans et la C dix ans. En outre, toutes les professions sont concernées et non plus circonscrites à un secteur donné. Un projet de réforme du code de la nationalité est présenté et adopté par le parlement en avril 1975 mais sera finalement retiré sous la pression de la Communauté européenne. WEIL, P., *La France et ses étrangers*, op.cit., p.130-131.

⁷⁰⁵ L'article 2-1 postulait que « Dans le cas où des motifs légitimes le justifient, le conjoint et les enfants de moins de dix-huit ans d'un ressortissant étranger régulièrement autorisé à résider en France et qui se trouvent eux-mêmes en situation régulière sur le territoire national au titre de l'un ou l'autre des trois premiers alinéas de l'article 12 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée peuvent obtenir l'autorisation de séjour au titre du regroupement familial, (...) » en posant deux conditions. Décret n°76-383 du 29 avril 1976 relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à résider en France. Cet article 2-1 a été abrogé par le décret n°94-963 du 7 novembre 1994 - art. 20 (Ab) JORF 9 novembre 1994.

⁷⁰⁶ Des garanties sont notamment demandées à l'étranger, notamment en matière de logement.

⁷⁰⁷ En matière de retour, il s'agit jusqu'aux élections législatives de 1978 de retours volontaires qui deviendront après le début de la nouvelle législature des retours forcés. Sont néanmoins exclus de ce dispositif les ressortissants des communautés européennes et les réfugiés politiques. Ainsi donc, sont principalement concernés les ressortissants algériens qui, comme les autres nationalités cibles voient leur titre de séjour non renouvelé. Le Conseil d'Etat à travers quatre arrêts rendus les 7 juillet et 24 novembre 1978 a annulé plusieurs dispositions contenues dans des circulaires concernant les modalités de ces retours. L'idée du gouvernement était de légiférer en deux temps : d'abord en expulsant des étrangers qu'il n'était pas possible de refouler légalement, et notamment les étrangers résidents dont l'autorisation de travail ne serait pas renouvelée ; ensuite, en favorisant le non renouvellement des titres de travail et de séjour des étrangers résidents. Rencontrant de nombreuses réticences de la part des administrations centrales, le gouvernement s'est en outre heurté à la position effective ou supposée du Conseil d'Etat. En effet, la Haute juridiction administrative s'est posée durant cette période comme un garde-fou contre la politique d'immigration du gouvernement pour des raisons de principe ou de non-respect de la hiérarchie des normes. Notons que le Conseil est à même de donner des avis sur l'opportunité de la loi dans la phase d'élaboration législative de même qu'il statue au contentieux sur sa légalité. Dans ce cas précis, le Conseil opte pour amender le texte de proposition de loi après avoir signifié son opposition au projet même. Il

s'observa également par les mesures restrictives prises à l'encontre des étudiants afin de limiter le séjour de « faux étudiants »⁷⁰⁹, l'expulsion d'étrangers pour simple entrée ou séjour irrégulier, la légalisation du placement dans des centres de rétention des étrangers en instance d'éloignement⁷¹⁰, ou encore la légalisation des contrôles d'identité à titre préventif⁷¹¹.

Suspendue de façon temporaire, l'immigration fut cependant dans les faits davantage ralentie que stoppée. Elle a été en réalité complétée par l'augmentation des demandeurs d'asile et des personnes obtenant le statut de réfugiés, notamment les « Boat people », tout autant que par le regroupement familial, permettant ainsi aux enfants et au conjoint d'une personne travaillant ou bénéficiant de l'asile politique de le rejoindre sur le territoire français. Ainsi en 1975, 6,5 % de la population française était étrangère⁷¹².

Une nouvelle ouverture fut corrélée au changement de gouvernement en 1981⁷¹³. Des mesures législatives favorables furent prises dès le mois d'août 1981⁷¹⁴. L'immigration familiale fut de

pose ainsi un certain nombre de garanties attachées à l'étranger régulièrement installé en France, « parmi lesquelles un minimum de stabilité dans les situations individuelles et leur consolidation progressive ». Après que le texte et l'avis du conseil ont été soumis au conseil des ministres puis amendés pour être traités par un autre Conseil des ministres, Raymond Barre, alors premier ministre, finit par annoncer le 18 décembre 1979 l'abandon par la France des retours forcés. Voir WEIL, P., *La France et ses étrangers*, op.cit., p.157-1992.

⁷⁰⁸ La prise de conscience que l'immigration familiale implique à moyen et long terme un changement dans la population française et l'idée selon laquelle se « crée » ainsi une minorité musulmane aboutissent au renforcement de la fermeture des flux d'entrée. Toutefois, le gouvernement, après avoir annoncé la suspension pour trois années de l'immigration familiale et s'être heurtée à une série de protestations, se limite à interdire le travail aux familles de travailleurs. En effet, le 8 décembre 1978, la section sociale du Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt « GISTI » estime que le droit de mener une vie familiale normale et le droit au maintien de l'unité familiale relèvent des principes généraux du droit pour les étrangers comme pour les Français annulant ainsi le décret du 10 novembre 1977 sur l'immigration familiale. C.E. Ass. 8 déc. 1978, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (G.I.S.T.I.) C.F.D.T. et C.G.T., Rec 493. Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11^{ème} édition, Dalloz, 1996, pp. 681-692.

⁷⁰⁹ Circulaire en date du 12 décembre 1977.

⁷¹⁰ Loi « bonnet » de 1980.

⁷¹¹ Loi Peyrefitte de 1981. Cette période est en outre caractérisée par la construction des autoroutes, des HLM et par une période de forte croissance économique qui absorbe la main d'œuvre immigrée dans le secteur secondaire. Mais c'est aussi une époque de précarité, d'exploitation capitaliste, de crise du logement, de création ou de développement de bidonvilles pour les couches de la population les plus défavorisées et notamment pour les étrangers immigrés. Face à l'augmentation des contestations, l'Etat prend une série de mesures tendant à substituer aux bidonvilles des cités de transit. Il promulgue aussi des lois contre l'emploi clandestin, pour réguler l'immigration et met en place une politique de régularisation de 500 000 sans-papiers sous la pression des mobilisations des sans-papiers eux-mêmes et de l'extrême gauche.

⁷¹² La structuration des origines des étrangers est la suivante: Au niveau des européens, on trouve par ordre d'importance décroissante les Portugais (759 milliers), les Espagnols (497 milliers), les Italiens (463 milliers), les Polonais (94 milliers) et les Belges (56 milliers). Concernant les populations non européennes, on dénombre essentiellement les Algériens (711 milliers) et les Marocains (260 milliers). Avec l'installation de la crise, la présence des étrangers est perçue comme un des facteurs explicatifs du chômage. Le retour autoritaire est alors vu comme une solution qui engendre une augmentation du nombre d'expulsions. BLANC CHALEARD, M. C., *Histoire de l'immigration*, Repères- la Découverte p.65.

⁷¹³ Trois propositions du candidat Mitteran portaient directement sur la politique de l'immigration: la proposition 79 supprimait les discriminations à l'égard des travailleurs immigrés; la proposition 80 assurait l'égalité des droits avec les nationaux; et la proposition 81 prévoyait l'institution d'un nombre annuel de

nouveau ouverte, temporairement, et les familles en situation irrégulière régularisées. Par ailleurs, la situation des personnes en situation irrégulière change⁷¹⁵. Toutefois, à compter de mars 1983, dans un contexte de rigueur, l'immigration qui devint la compétence du Secrétaire chargé de la famille a revêtu l'objectif de la fermeture des frontières et l'insertion des populations présentes sur le territoire français. Aussi, la restriction de l'immigration familiale pris à nouveau place et dû composer avec la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt GISTI⁷¹⁶.

A la suite de la « marche des beurs », initiée le 15 octobre 1983 par les jeunes se revendiquant comme des arabes français du quartier des Minguettes de Venissieux, le pouvoir en place a été amené à modifier le régime des titres de séjour et de travail⁷¹⁷. Cette première manifestation publique nationale de la seconde génération en vue d'une demande de reconnaissance sociale est toutefois bien différente du mouvement des droits civils et politiques aux Etats Unis, de par son intensité, du fait de sa nature. Néanmoins, elle n'en reste

travailleurs étrangers admis en France. Un nouveau secrétariat d'Etat « chargé des immigrés » et rattaché au ministre de la « Solidarité Nationale » est créé, détachant ainsi l'immigré du travailleur. Il devient de fait « une personne comme une autre ».

⁷¹⁴ Par une circulaire du 25 novembre 1981, l'aide au retour est supprimée puisque le retour n'est plus un objectif. Dès le 29 mai 1981, des télégrammes circulaires sont adressés aux préfets afin de mettre fin aux expulsions de personnes en situation régulière ou irrégulière à l'exception des nécessités commandées par l'ordre public et appréciées par le ministre de l'Intérieur. De même, les étrangers nés en France ou arrivés en France avant l'âge de 10 ans deviennent inexpulsables. En outre, les étrangers mineurs ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement et ceux qui sont installés en France et ont des attaches, familiales ou personnelles, ne peuvent être expulsés que s'ils menacent l'ordre public.

⁷¹⁵ La loi du 29 octobre 1981 concernant fait de l'irrégularité de séjour un délit en tant que tel qui peut être assorti de ce que l'on appelle communément « une double peine », à savoir la reconduction à la frontière à sa sortie de prison. Toutefois, cette disposition ne s'applique que si l'étranger a été condamné à une peine de prison ferme au moins égale à un an. Il s'opère donc un transfert de l'autorité administrative vers l'autorité judiciaire du séjour irrégulier, laquelle ne sera pas sans poser des problèmes pratiques impliquant notamment la surpopulation des prisons. Ce changement de principe fait en outre que la « double peine », entendue comme une peine de prison et la reconduction à la frontière, devient incontournable. La loi du 10 juin 1983 viendra corriger l'irrationalité des dispositions concernant la double peine en permettant au juge de rendre possible la reconduite à la frontière sans que la peine de prison n'ait dû être purgée. Enfin, l'étranger en situation irrégulière jouira d'une indemnité lorsque son contrat de travail est rompu, au même titre que tout autre travailleur. La loi du 17 octobre 1981 prévoit quant à elle le renforcement des sanctions applicables à l'emploi irrégulier de main-d'œuvre étrangère. Sur ce dernier point, voir notamment MORINCE, A., « Précarisation de l'économie et clandestinité: une politique délibérée », *Plein Droit* n° 31, avril 96 — *A la sueur de leur front* <http://www.gisti.org/doc/plein-droit/31/precarisation.html>, Consulté le 01.01.2011.

⁷¹⁶ Rappelons que l'arrêt du 8 décembre 1978 dégage un nouveau principe général du droit, celui de mener une vie familiale normale. Ce dernier a pour conséquence d'autoriser un ressortissant étranger, régulièrement installé en France, à y faire venir sa famille. Cette dernière se voit alors conférer l'ensemble des droits des étrangers en situation régulière.

⁷¹⁷ C'est ainsi que la carte de 10 ans est créée par la loi du 17 juillet 1984. Cette dernière permet de jouer entre avancées et reculs puisqu'elle conjugue garanties de séjour et développement de l'aide au retour nouvellement dénommée « aide à la réinsertion ». Elle prévoit un titre unique de séjour et de travail. Loi 84-622 du 17 Juillet 1984 sur le titre unique de séjour et de travail portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et du code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titres uniques de séjour et de travail.

pas moins une étape marquante. Ainsi travers la création de cette carte de résident, ce fut une véritable reconnaissance de l'installation durable des immigrants en France⁷¹⁸.

Tout au long de la décennie, des débats sur l'immigration et toutes les problématiques qui lui étaient attendues se durcirent⁷¹⁹. L'immigration devint un thème prépondérant sur la scène politique et les différentes lois et décrets n'ont fait que souligner la complexité de sa gestion tant en termes de flux que de stocks⁷²⁰. Ces deux dimensions s'appréhendèrent de plus en plus comme un tout, l'immigration posant la question de l'intégration qui devint au cœur des préoccupations. La création du Haut Conseil de l'intégration en 1989⁷²¹ puis d'un ministère des Affaires sociales et de l'intégration en mai 1991 illustra cette institutionnalisation de la problématique.

Il est intéressant de noter que comme aux Etats-Unis, l'immigration est une thématique qui concerne tous les partis politiques et tous les gouvernements. Ainsi, gouvernements de gauche⁷²² et de droite ont pu développer des mesures restrictives. Néanmoins, le retour de la

⁷¹⁸ Loi 84-622 du 17 juillet 1984 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et du code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titres uniques de séjour et de travail.

⁷¹⁹ C'est aussi à cette période que le Front National, lequel fait de la stigmatisation de l'immigré son cheval de bataille, va commencer à jouer un rôle important dans la vie politique française. Dès 1983 le parti de Jean Marie Le Pen va recueillir plus de 10 % des suffrages exprimés au cours des élections nationales, chiffres qui ne descendront jamais en deçà. Cette orientation politique et politicienne s'appuie sur un contexte social de plus en plus emprunt à des difficultés économiques. Elle s'enracine aussi ou plus exactement stigmatise la situation de peur. Cette dernière est notamment animée par la vague d'attentats terroristes de 1994 qui crée un climat de psychose et de peur face à l'immigré et principalement face à l'immigré « islamiste », les personnes musulmanes étant assimilées et confondues avec les islamistes en période de peur. En outre, une autre catégorie est de plus en plus identifiée comme un « problème »: le sans-papier. Non-expulsables, non régularisables, les sans-papiers vont développer une série de mouvements revendicatifs en 1996.

⁷²⁰ Avec l'arrivée de la droite au pouvoir en 1986, s'opère un renforcement du contrôle de l'immigration. Ainsi, en 1986, la première loi Pasqua facilite les expulsions en revenant sur la loi du 29 octobre 1981. Loi n°86-1025 du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. A noter que c'est dans ce contexte que naît le conflit autour du foulard islamique que nous aborderons ultérieurement. Ces mesures seront abrogées par la « loi Joxe » de 1989. Loi n°89-548 du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France.

⁷²¹ Le Haut Conseil de l'intégration a été créé par le premier ministre de l'époque, Michel Rocard, le 19 décembre 1989. Dans le rapport du HCI remis au Premier ministre en 1991, la définition de l'intégration est la suivante: « (...) une sorte de voie moyenne entre l'assimilation et l'insertion, mais comme un processus spécifique : par ce processus il s'agit de susciter la participation active à la société nationale d'éléments variés et différents, tout en acceptant la subsistance de spécificités culturelles, sociales et morales et en tenant pour vrai que l'ensemble s'enrichit de cette variété, de cette complexité. Sans nier les différences, en sachant les prendre en compte sans les exalter, c'est sur les ressemblances et les convergences qu'une politique d'intégration met l'accent afin, dans l'égalité des droits et des obligations, de rendre solidaires les différentes composantes ethniques et culturelles de notre société et de donner à chacun, quelle que soit son origine, la possibilité de vivre dans cette société dont il a accepté les règles et dont il devient un élément constituant ». Voir ALEXIS, S., « De l'étranger à l'immigré », *In Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 129, septembre 1999. Délits d'immigration. pp. 50-56.

⁷²² Parmi-elles, la circulaire du 26 septembre 1991 stipule que les demandeurs d'asile ne peuvent pas travailler en attendant que leur cas soit réglé, mesure qui contribue à créer de la précarité en supprimant l'autorisation de travail, jusqu'alors automatiquement délivrée aux demandeurs d'asile en attente d'une réponse de l'OFPPA

droite au pouvoir en mars 1993 marqua la fin du consensus droite-gauche, à travers l'adoption de quatre lois⁷²³ et d'une révision constitutionnelle. Ce durcissement de la maîtrise de l'immigration se concrétisa, d'une part à travers la publication de la loi du 30 décembre 1993 qui facilita les contrôles d'identité aux abords des frontières intérieures de l'espace Schengen⁷²⁴, et d'autre part par la création d'une Direction Centrale du Contrôle de l'Immigration et de la Lutte contre les Emplois Clandestins⁷²⁵. Par ailleurs, l'entrée en vigueur des accords de Schengen le 26 mars 1995, qui impliquaient la création d'une frontière commune et garantissaient pour les citoyens de l'Union la liberté de circulation dans le cadre de cette frontière, modifia quelque peu la politique migratoire française⁷²⁶. De même, à l'issue des manifestations en faveur des sans-papiers qui ont secoué la France en juin 1996, un nouveau dispositif d'éloignement des étrangers vu le jour⁷²⁷ qui fut suivie par une

Circulaire du Premier Ministre NOR/PRM/X/91/00102/60/D du 26 septembre 1991 (*JO* du 27 septembre 1991) relative à la situation des demandeurs d'asile au regard du marché du travail. Autre exemple la mise en place des accords de Schengen. Ainsi, à travers la loi de juillet 1992 dite « loi Quilès », des zones d'attente sont créées et les compagnies de transports, notamment aériennes, se voient confier le contrôle de la régularité de leurs passagers. Loi 92-625 du 2 juillet 1992, dite loi Quilès, relative aux zones d'attente dans les ports et aéroports.

⁷²³ Notamment la seconde « loi Pasqua » de 1993. Celle-ci multiplie les obstacles à la régularisation des étrangers en plus de soumettre les étrangers à un contrôle préventif d'identité, et ce quel que soit leur comportement. Elle envisage aussi de renforcer les dispositifs de lutte contre l'immigration illégale notamment en utilisant la répression systématique. Le regroupement familial polygame est interdit et le droit pour les étudiants à bénéficier d'un titre de séjour de 10 ans est limité. Le droit au regroupement familial est également durci, se heurtant à la condition de résider depuis 2 ans et non plus 1 an en France. En matière de mariage, des mesures pour lutter contre les mariages blancs sont instaurées et l'illégalité de séjour avant le mariage peut porter obstacle à la délivrance d'un titre de séjour après celui-ci. En outre, le code de la nationalité institué dès 1927 est abandonné et la législation relative à la nationalité est réincorporée dans le Code civil par la « loi Méhaignerie » de juillet 1993. La nationalité ne sera plus attribuée automatiquement à sa majorité au jeune né en France de parents étrangers. Il devra pour ce faire manifester sa volonté d'être français entre 16 et 21 ans. Enfin, l'enfant né en France d'un parent né en Algérie avant 1962 ne pourra se voir octroyer la nationalité française à la naissance que si le parent concerné prouve qu'il réside en France depuis au moins 5 ans.

⁷²⁴ Loi n°93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le code civil.

⁷²⁵ Dit le DICCILEC. Décret no 94-886 du 14 octobre 1994 portant création des services de police déconcentrés chargés du contrôle de l'immigration et de la lutte contre l'emploi des clandestins.

⁷²⁶ Toutefois, la suppression des postes de frontières ne rime en rien avec l'abandon des contrôles qui, comme nous venons de l'évoquer, se voient même renforcés. En outre, il convient de mentionner la décision du Conseil de l'UE, en date du 7 juin 2012 portant sur le rétablissement temporaire des frontières intra-Schengen en cas de circonstances exceptionnelles. Cette mesure de dernier ressort résultant d'un processus d'évaluation, se justifie en cas de pression migratoire incontrôlable à une des frontières extérieures de l'espace. La commission avait proposé dans un rapport intitulé « Proposal for a regulation of the european parliament and of the council amending Regulation (EC) No 562/2006 in order to provide for common rules on the temporary reintroduction of border control at internal borders in exceptional circumstances ». Ainsi, les États membres pourraient toujours prendre des décisions unilatérales pour réintroduire les contrôles lorsqu'ils sont confrontés à des urgences imprévues nécessitant une réaction immédiate, mais seulement pour une période ne dépassant pas 5 jours, après laquelle une décision au niveau de l'UE serait prise afin d'autoriser une éventuelle prolongation. Voir EUROPEAN COMMISSION Brussels, 16.9.2011 COM(2011) 560 final, 2011/0242 (COD) http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/borders/docs/schengen/560%20en.pdf, Consulté le 21.08.2012.

⁷²⁷ En effet, la « loi Debré » du 24 avril 1997, relative à l'entrée et au séjour des étrangers est adoptée après que le Conseil Constitutionnel a déclaré contraire à la constitution deux dispositions du projet de loi : la consultation par la police du fichier de demandeurs d'asile et le non renouvellement de plein droit de la carte de résident de 10 ans. Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration parue au *JO* n°97 du 25 avril 1997.

régularisation massive⁷²⁸. Le gouvernement français se fit aussi le promoteur du co-développement au cours du Conseil européen de Tampère les 15 et 16 octobre 1999, l'instituant comme un des 4 piliers de la politique européenne en matière d'immigration⁷²⁹.

La population de plus en plus envisagée dans sa diversité⁷³⁰ requiert toujours plus un système juridique régulateur, toutefois modulé dans la pratique par des considérations politiques.

F- L'ancrage de l'idée « étranger immigré sous condition »

Le retour de la droite au pouvoir en mai 2002⁷³¹ constitua une nouvelle étape dans l'appréhension de la sécurité intérieure qui focalisa son action sur la lutte contre l'immigration clandestine. Notons qu'à cette époque les immigrés sont catégorisés et répertoriés en trois groupes auxquels sont attachés différentes possibilités. Il y a d'abord ceux qui, d'un côté, ne sont pas membre de l'Union européenne et sont travailleurs non qualifiés. Pour eux les possibilités d'immigration sont réduites. De l'autre côté, les ressortissants citoyens de l'Union européenne pour qui la liberté de circulation est garantie. Entre les deux, se trouvent trois catégories de personnes: les réfugiés, les familles de français ou de résidents

⁷²⁸ La victoire des élections législatives en juin 1997 par la gauche dite plurielle, aboutit à une régularisation importante d'étrangers en situation irrégulière. Par exemple avec la « loi Guigou » sur la nationalité permet en outre la régularisation de 80 000 personnes. Elle modifie par ailleurs le droit de la nationalité et fait, à sa majorité, du jeune né en France un français sauf s'il manifeste une volonté contraire. Cette décision peut être anticipée dès l'âge de 13 ans par une déclaration. Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, parue au JO du 12 mai 1998. A noter que la « loi Chevènement » dite R.E.S.E.D.A. du 11 mai 1998 créa plusieurs nouveaux titres de séjour dont la carte temporaire mention « vie privée et familiale » qui facilita le regroupement des conjoints et des familles et la carte retraité. Cet assouplissement fut accompagné de la mise en place d'une lutte contre les discriminations et d'intégration des personnes, notamment avec la création des CODAC, Commissions Départementales d'Accès à la Citoyenneté.

⁷²⁹ Sur cette question du lien entre maîtrise de l'immigration et politique de co-développement, voir par exemple Le rapport présenté à l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, La politique de co-développement comme mesure positive de régulation des flux migratoires, Rapport, 2 août 2005, Doc. 10654.

⁷³⁰ En 1999, la France se présentait comme une mosaïque, dans laquelle 3 263 000 personnes étaient étrangères et 4 310 000 personnes sont immigrées. A ces chiffres il fallait ajouter toutes les personnes d'origine étrangère qui avaient la nationalité française et qui étaient statistiquement répertoriées comme françaises. Le métissage, qui ne figure dans aucune statistique se réalise pourtant comme en témoigne l'augmentation des mariages mixtes et des naissances d'enfants. Notons que l'une des grandes spécificités de la figure sociale de l'immigration française est d'avoir combiné la classe sociale, en l'occurrence la classe ouvrière et « l'expérience d'étranger ». Cette situation constitue un héritage particulier pour la seconde génération, qui privée de l'accès au monde du travail, a du mal à se définir entre appartenance sociale et appartenance culturelle. La deuxième génération est en effet confrontée à une crise identitaire aiguë qui pourrait s'expliquer principalement, mais pas exclusivement, par l'opposition entre la culture familiale, culture d'origine étrangère et la culture de la société d'accueil, qui est en définitive la culture du pays dans lequel ils sont nés, dont ils ont la nationalité et dans lequel ils sont pourtant discriminés. Ce dernier aspect est un second facteur explicatif de la crise identitaire susmentionnée, puisque bien que français, ces jeunes sont stéréotypés, souvent victimes de racisme et présentent de nombreuses difficultés d'intégration dans leur propre pays.

⁷³¹ Réélection de Jacques Chirac à la Présidence de la République en mai 2002 et fin de la cohabitation.

étrangers et enfin les travailleurs qualifiés ou saisonniers. La loi relative à l'immigration et à l'intégration du 24 juillet 2006⁷³² se présentait elle-même comme une loi volontariste privilégiant le pilotage des flux migratoires et non plus la simple maîtrise des flux. Elle eut pour ambition affichée, selon les propres termes du promoteur de la loi, de « promouvoir une immigration choisie et non subie ». Se focalisant sur la lutte contre l'immigration illégale, cette loi fit de l'intégration un de ses thèmes principaux en généralisant un contrat d'accueil et d'intégration lequel prévoit une formation civique⁷³³. Elle posa également l'intégration comme une condition pour l'obtention de la carte de résident puisque l'étranger doit assurer par un engagement personnel de respecter les principes de la République, de les respecter effectivement et d'avoir une maîtrise suffisante de la langue française. Elle supprima la régularisation automatique des étrangers en situation irrégulière qui justifiaient de 10 ans de résidence habituelle en France en lui substituant l'obligation d'apporter la preuve de son insertion dans la société française en plus de son ancienneté sur le territoire et de la stabilité tout autant que de l'intensité de liens personnels et familiaux en France⁷³⁴. Dans ce sens, la polygamie, l'excision ou encore les violences conjugales furent encadrées afin de « mieux protéger les femmes immigrées ». Enfin, une cérémonie dite d'accueil dans la citoyenneté française fut instituée lors de l'accession à la citoyenneté⁷³⁵. L'accession à la présidence de la République de Nicolas Sarkozy eu notamment pour effet la création d'un ministère très contesté, celui « de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement »⁷³⁶, liant des problématiques sans explicité leurs relations et liens de causalité. La loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile adoptée le

⁷³² Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 parue au JO n° 170 du 25 juillet 2006.

⁷³³ Voir *infra* p. 360. Voir également Contrat d'accueil et d'intégration, Annexe n°12.

⁷³⁴ Le titre III de la loi durcissait les mesures d'éloignement du territoire en couplant les décisions de refus d'un titre de séjour avec l'obligation de quitter le territoire. La lutte contre le travail illégal fut par ailleurs renforcée et se focalisa sur les employeurs. La loi dans son titre VI renforça en outre les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en Outre-mer. Le regroupement familial fut également touché par la loi qui en modifiait les conditions en allongeant les délais pour présenter une demande et en limitant les éléments de calculs des ressources du demandeur à des ressources directes, excluant ainsi les *minima* sociaux et les allocations logement. Fut par ailleurs prévu un encadrement plus strict des mariages mixtes. Entre autres dispositions il faut noter que l'immigration de travail s'est trouvé à nouveau ouverte et qu'il existe à présent la possibilité d'octroyer des cartes de séjour temporaires pour l'exercice de métiers dans des zones géographiques où le recrutement est rendu difficile. Par ailleurs, une carte de compétences et talents est créée visant à privilégier les étrangers ayant des compétences particulières ou étant hautement qualifiés. De même, les étudiants font l'objet d'une sélection multicritère.

⁷³⁵ Voir les développements sur les cérémonies et contrat d'accueil à l'intégration, voir *infra* p. 360-361. Voir également: Contrat d'accueil et d'intégration France, Annexe n° 12.

⁷³⁶ Il a été créé par le décret du 18 mai 2007. Décret du 18 mai 2007 relatif à la composition du Gouvernement Ses attributions sont régies par le décret n°2007-999 du 31 mai 2007 relatif aux attributions du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement. Il a été supprimé dans sa forme actuelle et intégré au ministère de l'intérieur. Décret no 2010-1444 du 25 novembre 2010 relatif aux attributions du ministre de l'intérieur de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration. Voir notamment l'Article 4. Avec l'accession à la Présidence de la République de François Hollande, le 6 mai 2012, la thématique de l'immigration reste intégrée au ministère de l'intérieur.

mardi 23 octobre 2007 et validée sous réserve par le Conseil Constitutionnel⁷³⁷ entérina une nouvelle approche de l'immigration et de l'intégration⁷³⁸. Cette nouvelle loi adoptée vise d'une part de renforcer l'immigration professionnelle, ainsi que la politique d'intégration des étrangers séjournant régulièrement sur le territoire français, et d'autre part à lutter contre l'immigration irrégulière grâce à une réforme des procédures d'éloignement des étrangers en situation de séjour irrégulier, et, dans cette même perspective, de lutter contre l'emploi d'étrangers sans titre⁷³⁹. Sixième texte en huit ans sur l'immigration⁷⁴⁰, révélateur de la crise durable de la législation française⁷⁴¹, cet « arbre empoisonné »⁷⁴² transpose trois directives européennes⁷⁴³, durcit notamment la politique française envers les étrangers en situation irrégulière et renforce la notion d'assimilation⁷⁴⁴.

Dans ce contexte, on relève une importance croissante du cadre européen. La politique française en matière d'immigration, comme nous l'avons déjà suggéré dans nos

⁷³⁷ Le Conseil Constitutionnel par sa décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 a déclaré valide sous réserves la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. L'article 13 qui lui était soumis a ainsi été déclaré constitutionnel sous réserves d'une part que la loi personnelle de la mère étrangère détermine la filiation de l'enfant de manière à assurer « l'égalité entre tous les modes d'établissement de la filiation » (considérant 9) et d'autre part que les autorités diplomatiques ou consulaires vérifient au cas par cas les actes civils produits de manière à ne pas systématiser le recours aux tests ADN. (Considérant 16). Soulignons que l'article 63 de la loi, relatif à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines, lui aussi déféré au conseil constitutionnel a été déclaré contraire à la constitution en tant qu'il méconnaît l'article I^{er} de la Constitution en plus d'être dépourvu de tout lien avec la loi (Considérant 29). <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2007/2007-557-dc/decision-n-2007-557-dc-du-15-novembre-2007.1183.html>, Consulté le 01.03.2011.

⁷³⁸ Durcissant les conditions du regroupement familial, la loi instaure d'une part le recours à des tests ADN facultatifs et gratuits limités à la mère et soumis à l'autorisation d'un juge afin de lutter contre le regroupement. D'autre part, le montant des ressources exigé pour bénéficier d'un tel regroupement est maintenu au SMIC pour les familles de 5 personnes. L'évaluation des connaissances linguistiques des candidats à l'immigration est confirmée, rendue obligatoire pour les personnes âgées de 16 à 65 ans et leurs conjoints. Un contrat d'accueil et d'intégration est étendu à la famille. Notons que la tutelle de l'OFPPA est confiée au ministre des affaires étrangères. Voir Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile publiée au Journal Officiel du 21 novembre 2007.

⁷³⁹ Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité: Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 parue au JO n° 139 du 17 juin 2011, Décision du Conseil constitutionnel n° 2011-631 DC du 9 juin 2011. Les sages ont déclaré contraire à la Constitution, à l'article 56 de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, la dernière phrase du quatrième alinéa de l'article L. 552-7 du même code. Ils ont par ailleurs décidés que les articles 44 et 51 de la même loi, ainsi que le surplus de l'article 56 sont déclarés conformes à la Constitution sous les réserves énoncées aux considérants 73 et 75.

⁷⁴⁰ Voir par exemple LOCHAK, D., « Rupture ou engrenage », *Plein droit*, n°88, mars 2011, p.3.

⁷⁴¹ LABAYLE, H., « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné », *RFDA*, septembre-octobre 2011, pp. 934-950, p.934.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ La directive 2008/115, du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en situation « irrégulière, dite « directive retour » (JOUE L. 348, 24 déc. 2008, p.98). La directive 2009/50 du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, dite directive « carte bleue » (JOUE, L. 155, 18 juin 2009, p. 17). La directive 2009/52 du 18 juin 2009, prévoyant les normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs et des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite directive « sanction » (JOUE L. 168, 30 juin 2009, p.24.)

⁷⁴⁴ La loi a en effet 4 axes: la lutte contre l'immigration irrégulière ; le durcissement des sanctions contre les abus ; Le durcissement des sanctions contre les employeurs ; la création d'une carte bleue européenne.

développements antérieurs, devient de moins en moins une prérogative nationale. Dans le cadre de l'Union Européenne ou du Conseil de l'Europe, le Parlement européen, le Conseil de l'Europe, la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour Européenne des Droits de l'Homme sont autant d'institutions habilitées à avoir une certaine incidence dans le domaine de la gestion de l'immigration, de la détermination du droit de séjour temporaire et permanent et de la reconnaissance des droits inhérents à ce droit de séjour. Pour autant, on note un déficit de cohérence entre ces institutions qui ne reconnaissent pas les mêmes droits aux mêmes personnes. Cette situation regrettable tend aujourd'hui à se modifier au vu d'une certaine communautarisation des droits des étrangers et des politiques migratoires. Ainsi, une plus grande uniformité se fait jour dans le traitement des étrangers en situation irrégulière. Cette uniformisation concerne les demandes d'asile et les déboutés de ce droit⁷⁴⁵ et touche également les droits familiaux et sociaux des étrangers qui se rapprochent des droits des nationaux.

Ainsi, si l'Union Européenne ne dispose pas actuellement d'une législation commune en matière de droit d'asile⁷⁴⁶, ni dans le domaine de l'acquisition de la nationalité⁷⁴⁷ et ne tient pas de registre des flux migratoires, on recense de sérieuses avancées en matière de politique d'immigration⁷⁴⁸. Le traité de Maastricht révéla l'importance de la thématique en intégrant

⁷⁴⁵ Au niveau institutionnel, l'Union a créé le fond européen pour les réfugiés en septembre 2000. Décision 2000/596/CE du Conseil, du 28 septembre 2000, portant sur la création d'un Fonds européen pour les réfugiés. Cette institutionnalisation s'intègre dans la perspective de systématiser les règles en matière d'intégration tout autant que celles relatives à l'accueil et au rapatriement volontaire des demandeurs d'asile, des réfugiés et des personnes déplacées. En se fondant sur le Traité d'Amsterdam, cette création satisfait les attentes exprimées lors du Conseil européen de Tampere en octobre 1999 concernant la création d'un dispositif adapté aux situations d'urgence. Le fond européen pour les réfugiés se fonde sur un programme pluriannuel qui a déjà fait l'objet d'une reconduction. Initialement établi pour cinq ans (2000-2004), il a été renouvelé pour la période 2005-2010. Décision du Conseil, du 2 décembre 2004, établissant le Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2005-2010 [Journal officiel L 381 du 28.12.2004]. Premier pas vers un régime d'asile commun, ses normes sont principalement destinées aux bénéficiaires du statut de réfugié ou d'une autre forme de protection internationale et aux personnes déplacées bénéficiant d'un régime de protection temporaire. Les personnes qui demandent ce statut peuvent aussi en bénéficier sous certaines conditions.

⁷⁴⁶ La situation des demandeurs d'asile, traitée par la Convention de Genève, fera l'objet d'une convention, dite de Dublin, signée en 1990 mais entrée en vigueur en 1997. Celle-ci réaffirme les dispositions de la convention de Genève en y ajoutant cependant qu'une demande d'asile ne puisse être examinée que dans un seul Etat. Elle sera complétée en 1997 puis remplacée en 2003 par un règlement européen auquel ont adhéré l'Islande, la Norvège et la Suisse. Protocole n°6 au Traité d'Amsterdam.

⁷⁴⁷ GOUREVITCH, J. P., *Les migrations en Europe, Les réalités du présent, les défis du futur*, Acropole, 2007, p.21.

⁷⁴⁸ En effet, les pays européens ont, au sortir de la guerre, en 1944, favorisé leur immigration afin d'une part d'augmenter leur population et d'autre part de reconstruire le pays. Dans ce cadre, chaque Etat a développé sa propre politique en matière de condition d'entrée et de séjour, la coopération se limitant à quelques accords bilatéraux. Le point de départ d'un embryon de politique migratoire est constitué par l'adoption du principe de libre circulation des travailleurs en 1960. Mais il faudra réellement attendre la mise en application des accords de Schengen en 1995 pour voir apparaître une véritable coopération entre police et justice des différents pays afin de surveiller les frontières de l'Europe qui se substituent aux frontières nationales. De fait, il devient nécessaire d'harmoniser la politique des visas et des mesures d'éloignement. Notons qu'en 1995, seuls 7 Etats les avaient

les questions d'immigration et de droit d'asile dans le troisième pilier. L'obstacle de l'unanimité fut dépassé avec le traité d'Amsterdam signé en 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999⁷⁴⁹. Ces dispositions visait à maîtriser les flux d'entrée de même qu'à faciliter l'intégration des travailleurs étrangers entrés légalement. La conférence euro-méditerranéenne de Barcelone en 1995 constitua un nouvel espace de coopération entre l'UE et douze autres pays du littoral et introduisit le principe de réadmission⁷⁵⁰ concernant l'immigration illégale. Cette idée de coopération avec les pays d'émigration se renforça et se matérialisa à partir de 1999 par un partenariat fondé sur le co-développement tendant à prendre en compte les causes de l'immigration et non plus se cantonner à ses seules conséquences. Cette volonté de maîtrise des flux fut réaffirmée au sommet de Nice en 2000⁷⁵¹. Le sommet de Rabat de juillet 2006 combine d'ailleurs explicitement la lutte contre l'immigration clandestine et le co-développement⁷⁵². Sur le plan des outils communautaires, le système Eurodac constitua une avancée dans la mesure où il permet la comparaison des empreintes digitales pour les migrants en situation irrégulière et les demandeurs d'asile⁷⁵³. L'implication européenne en matière d'immigration se poursuivit en 2002 lors du conseil européen de Séville tenu les 21 et 22 juin 2002. La question de l'immigration fut ainsi mise au centre de l'action européenne. En 2005, un Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques a été présenté⁷⁵⁴ proposant à la fois de développer des règles communes à tous les membres de l'UE et de moduler ces règles en fonction des domaines économiques⁷⁵⁵. Ainsi, si une véritable politique de l'immigration fait défaut⁷⁵⁶, la volonté communautaire

ratifié, la France, l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal et les trois pays du Bénélux ; en 1997, ils sont 9 avec l'Italie et l'Autriche; en 2000 la Grèce les rejoint, et le Danemark, la Suède et la Finlande en 2001.

⁷⁴⁹ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, Journal officiel n° C 340 du 10 Novembre 1997. Les décisions en matière d'immigration, de visa et de demande d'asile relèvent à présent du premier pilier, la règle de l'unanimité devant alors être abandonnée au bout de 5 ans.

⁷⁵⁰ Le principe de réadmission visent à garantir la réadmission rapide et en toute sécurité des personnes en situation irrégulière en réglementant clairement les modalités d'exécution, la procédure et les délais applicables à la Suisse et à l'Etat de provenance concerné.

⁷⁵¹ Traité de Nice, publié le 10.3.2001 au Journal officiel des Communautés européennes, n° C80/1.

⁷⁵² L'idée développée est en effet celle d'œuvrer dans les pays d'émigration afin d'encourager les populations à rester à travers des projets de développement ciblés. Il s'agit aussi, pour ces pays, de coopérer en matière de police et de mise en place de législation afin de lutter contre l'immigration illégale et les réseaux mafieux. En dernier lieu, la mise en place d'une immigration de travail doit être favorisée.

⁷⁵³ Règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin.

⁷⁵⁴ Livre vert présenté le nouveau commissaire Justice Liberté Sécurité. Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, E2813 - COM (2004) 811 final du 11/01/2005.

⁷⁵⁵ Dès 2003, la Commission européenne adopte une «communication sur l'immigration, l'intégration et l'emploi» présentée au Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003. Dans ce cadre, la Commission propose de présenter un rapport annuel sur les politiques d'immigration dans le but de renforcer la coopération.

⁷⁵⁶ J.-P. GOUREVITCH, fait état de 8 textes sur l'immigration, 6 textes sur l'asile et 3 dispositions réglementaires en matière de visas entre 1999 et 2004. GOUREVITCH, J. P., op.cit., p. 206

existe notamment en matière d'immigration clandestine, d'ouverture du marché du travail et relative à la notion de réfugié.

Ce bref aperçu nous amène à considérer que la France, incontestable pays d'immigration, n'a pas considéré tout au long de son histoire nationale l'immigration comme un pilier de son identité alors même que la réalité migratoire fait partie de l'histoire de la France façonnant la diversité sociologique. L'appréhension de l'immigration et de tous les phénomènes qui lui sont associés s'est réalisée de manière empirique au gré des idéologies dominantes à une période donnée. Ainsi en France, bien que non explicitement reconnue, l'immigration fait partie de la construction identitaire nationale. Le développement du corpus légal, fortement inspiré par des considérations politiques et économiques, démontre même le caractère sensible de la question migratoire. La construction juridique désarticulée traduit la difficulté de gérer tout autant l'ouverture des frontières à la diversité ethnoculturelle que son appréhension statutaire, une fois que les personnes se trouvent sur le territoire français.

Nous verrons à présent qu'aux Etats-Unis, l'immigration est au cœur même de l'expérience historique puisque le peuple américain n'a pas ses racines ethniques dans le pays qu'il habite, exceptions faites des populations autochtones. Toutefois, les Etats-Unis ne sont véritablement devenus une nation d'immigrants que près d'un demi-siècle après leur indépendance.

§2. Les Etats-Unis, une terre peuplée d'immigrants inégalement appréhendés

Traditionnelle terre d'immigration, les Etats-Unis ont accueilli des millions d'immigrants avant d'instaurer des politiques restrictives. Comme le souligne A. R. Zolberg, l'absence de législation fédérale en matière d'immigration ne doit pas laisser penser à un désintérêt pour la gestion des flux migratoires mais traduit seulement le fait que les politiques d'immigration étaient le fait des Etats fédérés qui avaient en charge la gestion de l'esclavage. En outre, tel que le mentionne P. H. Schuck « *patterns of migration were shaped by economic, political, ethnic and religious developments, not by legal rules* »⁷⁵⁷.

⁷⁵⁷ Les modèles de la migration ont été régis par des considérations économiques, politiques, ethniques et religieux, et non pas par des normes juridiques (Notre traduction), SCHUCK, P. H., *Immigration, refugee and*

Ainsi, la gestion des flux, la législation sur la nationalité et la question des réfugiés n'ont pas été envisagées de façon identique. Dès le début de l'histoire des Etats-Unis, les frontières étaient relativement ouvertes. Il fallut attendre 1875 mais surtout 1917 pour voir se dessiner un schéma cohérent de gestion des flux migratoires. En ce qui concerne la loi relative à l'obtention de la nationalité ou citoyenneté, l'étude législative révéla une grande stabilité et ce dès la constitution de l'Etat républicain américain. Enfin, la loi américaine en matière de réfugiés est un phénomène récent puisque ce n'est qu'en 1980 que la situation des demandeurs d'asiles fut appréhendée de manière spécifique et intégrale.

Comme en France, nous distinguerons cinq moments: L'ouverture des frontières et la construction de la nation (A), la sélection des migrants par l'instauration de quotas dès le XIX^{ème} (B), la réouverture des frontières après le premier conflit mondial (C) les hésitations de l'après 1945 (D) et l'après 11 septembre 2001, ancrage d'une immigration conditionnée (E).

A- L'ouverture des frontières et la construction de la nation

Plus encore qu'en France, l'immigration a été facteur de construction de la nation. Lorsque arrivent les premiers colons au XIV^{ème} siècle, ce territoire était habité par des autochtones, qualifiés d'indiens par méprise. Ils seraient entre 2 et 5 millions quand hollandais, anglais, espagnols et français commencèrent à peupler le territoire que l'on nomme aujourd'hui les Etats-Unis d'Amérique⁷⁵⁸. Ainsi, à la fin du XVII^{ème} siècle la population était estimée à seulement 250 000 habitants.

L'immigration a été légalement favorisée dès cette époque afin de garantir le peuplement. Dès 1740, la loi de naturalisation britannique, *The British Naturalisation Law* eut en effet pour objectif de systématiser les procédures de naturalisation et d'encourager l'immigration⁷⁵⁹.

citizenship law in United States, in HOROWITZ, D.L., *Immigration and group relations in France and America*, op.cit, pp. 333-355, p.334.

⁷⁵⁸ Le nombre d'autochtones déclinera très rapidement au contact des européens en raison de nombreux facteurs sanitaires, culturels mais également du fait de la violence sans nom exercée par les colons Voir notamment SNIPP, C. M., *American Indians: The first of this land*, New York Russell Sage Foundation, 1991.

⁷⁵⁹ Il était en effet intitulé: « An Act for Naturalizing such foreign Protestants, and others therein mentioned, as are settled or shall settle in any of His Majesty's Colonies in America». The 1740 Act of Parliament [13 George

Dans ce cadre, une partie des gouverneurs des colonies favorisaient l'immigration et concédaient aisément la citoyenneté et la nationalité aux nouveaux arrivants. Pour autant, cette attitude fut finalement critiquée et entravée par l'Angleterre⁷⁶⁰ qui y voyait une atteinte à sa souveraineté. Cela la conduisit en 1773 à interdire de donner à tout nouvel arrivant la naturalisation.

Ces vagues d'immigrants qui affluaient tout au long du XVI^{ème}, XVII^{ème} et surtout XVIII^{ème} siècle, se caractérisaient par une insertion importante notamment basée sur une grande mobilité sociale⁷⁶¹. Cette situation a conduit dès le début des années 1780 à la constitution d'une citoyenneté « américaine »⁷⁶² créée par le Congrès de la Confédération⁷⁶³. Indépendante de la citoyenneté des Etats, celle-ci se révéla inclusive en ce sens qu'elle fut ouverte notamment aux étrangers, aux noirs libres et aux aborigènes.

Par ailleurs, la transformation des colonies en République généra une importante vague de naturalisation, traduction de la manifestation d'un volontarisme de construction nationale. Dans ce cadre, le droit du sol s'est imposé. Le fait de motiver la citoyenneté et de favoriser le sentiment d'appartenance par le rattachement au territoire en raison de la naissance visait à conférer une vision politique à cette nation américaine en devenir. Dans ce contexte relativement ouvert, la question « raciale » de la diversité se posait déjà, notamment en référence à la question noire. Ainsi par exemple Jefferson évoquait la possibilité de les renvoyer en Afrique⁷⁶⁴. L'analyse des motivations des fondateurs de la République

II, c.7]. Voir par exemple Giuseppi, M. S., *Naturalizations of Foreign Protestants in the American and West Indian Colonies (Pursuant to Statute 13 George II, c.7)* (Baltimore: Genealogical Publishing Co., 1979).

⁷⁶⁰ ZOLBERG, A. R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, op.cit, p.39.

⁷⁶¹ Celle-ci est notamment basée sur la reconnaissance du mérite personnel qui se juxtapose avec une certaine égalité de fait étant donné que les conditions de vies très rudes eurent tendance à mettre tous les hommes et les femmes sur un pied d'égalité. Cette immigration de peuplement et de travail a été favorisée par la découverte progressive du potentiel agricole et industriel du pays en plein développement.

⁷⁶² VERGNOLLE DE CHANTAL, F., « La Convention de Philadelphie : les fondements du modèle américain », *Critique internationale* n°21 - octobre 2003, pp. 121-134.

www.cerisciencespo.com/publica/critique/article/ci21p121-134.pdf. Consulté le 01.03.2011.

⁷⁶³ Dès 1778 la Confédération concède une citoyenneté commune aux Etats-Unis.

⁷⁶⁴ Dès 1788, la *Negro Association of Newport* se mit à militer en faveur d'une réinstallation massive de tous les esclaves noirs en Afrique. Le Président Jefferson dans son discours de 1784 devant l'assemblée de Virginie et en 1787 dans ses *Notes on the state of Virginie*, se fit le relai de cette idée de déportation des noirs sur le continent africain. Le relais fut pris par l'*American Colonization Society*, qui se heurta cependant à l'opposition des Noirs eux-mêmes lesquels souhaitaient plutôt être intégrés comme des citoyens libres dans la société américaine. Furent alors transférés en Afrique des esclaves abandonnés ou libérés par leurs maîtres, et, plus tard, des captifs libérés en mer par la chasse aux navires négriers en vertu de la loi *An Act in addition to tile Acts prohibiting the Slave Trade* de mars 1819. Cette dernière ouvrait un crédit pour l'établissement d'une agence gouvernementale sur la côte Afrique dont le rôle serait de réinstaller les victimes de la traite libérées par l'escadre américaine. NARDIN, J-C., « Le Libéria et l'opinion publique en France - 1821-1847 », in *Cahiers d'études africaines*. Vol. 5 N°17. . pp. 96-144.et surtout 97-105.

américaine montra que la construction nationale basée sur l'immigration s'appuyait sur une incontestable optique économique⁷⁶⁵. Il s'agissait en effet de valoriser les terres tout autant que de fournir de la main d'œuvre manufacturière. Au plan interne, l'objectif était de développer le pays, de garantir l'ordre mais aussi de fomenter une forte implication des citoyens dans la construction pratique et concrète de leur patrie. Puisque la nation républicaine était basée sur des valeurs et référents civiques, il était important que les nouveaux arrivants soient socialisables sur ce nouveau territoire lequel se voulait inclusif pour cette « *anglo caste* »⁷⁶⁶.

Avec la Constitution de 1789, on a assisté au début d'une prise en charge fédérale de la gestion des stocks migratoires. Dans son article 1 Section 8, le pouvoir fut donné au Congrès d'établir des règles de naturalisation uniformes. Cette disposition sera rendue effective le 26 mars 1790 par *The Naturalization Act*⁷⁶⁷, première loi fédérale sur la naturalisation. Toutefois, les mesures qu'il contenait étaient éminemment restrictives. Elles n'autorisaient la nationalisation que pour les personnes blanches présentant des caractéristiques satisfaisantes et ayant vécu aux Etats-Unis pendant deux ans⁷⁶⁸. Se trouvaient donc exclues les « personnes de couleur » et notamment les noirs mais aussi les métisses, les *mulâtres*⁷⁶⁹, et les *natives américains* qui ne pouvaient devenir citoyens que par traité. Ainsi, l'universalisme républicain était racialement déterminé puisqu'il ne valait que pour les européens libres. Pour eux, peu importait leur nationalité, ni leur religion, langue ou encore leur sexe⁷⁷⁰. Par contre, la loi de 1790 exigeait un renoncement à toute allégeance et fidélité aux autres pouvoirs

⁷⁶⁵ T. COXE dans une allocution en date du 20 avril 1787 s'exprimait ainsi: « The United States neither encouraged immigration nor erected barriers against it ». Les Etats-Unis n'ont jamais encouragé l'immigration ni édifiés de barrière contre. (Notre traduction). COXE, T., « An Enquiry into the best means of encouraging emigration from abroad, Consistently with happiness and safety of the original citizens », Read before the society for political enquiries, at the house of Dr. Franklin, April 20th, 1787, *American Museum* 10 (september 1791), p.114, cité in A. ZOLDBERG, R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, op.cit, p. 58.

⁷⁶⁶ En 1790, lors du premier recensement fédéral, 60,9% des 4 millions d'habitants sont d'origine anglaise⁷⁶⁶, 9,7% irlandaise, 8,7% allemande, 8,3% écossaise. Les autres sont des Français, des Suédois, des Hollandais, des Afro-Américains et des Indiens. Cette vague d'immigration est donc animée essentiellement par des raisons religieuses, politiques et économiques, les Etats-Unis devenant les premiers producteurs mondiaux de biens manufacturés. Ainsi, plus l'immigration se développait et plus le pays accroissait ses potentialités, requérant toujours plus de main d'œuvre.

⁷⁶⁷ Le durcissement des conditions de naturalisation s'effectue à travers la révision, en 1802, du *Naturalization Act* de 1790. L'obligation de résidence passe de 2 à 5 ans, ce qui sera réaffirmé en 1813 par le *Five-year residence Act*. Sur cette période voir NEWMAN'S, J.J., *American Naturalization Processes and Procedures 1790-1985* (Indiana Historical Society, 1985).

⁷⁶⁸ La loi exigeait deux ans de résidence aux Etats-Unis et un an dans l'Etat où la naturalisation était demandée. Aucune déclaration d'intention n'était demandée contrairement aux lois ultérieures, notamment la loi du 29 janvier 1795 qui par ailleurs étend à 5 ans l'exigence de résidence. A noter qu'il faudra attendre le *Naturalization* pour que la naturalisation soit possible pour les descendants d'africains nés aux Etats-Unis

⁷⁶⁹ Mulâtre est le nom donné aux personnes nées d'un parent blanc et d'un parent noir.

⁷⁷⁰ ZOLBERG, A. R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, op.cit, p.87.

étrangers. L'*Alien and Sedition Acts* de 1798⁷⁷¹ poursuit cette logique de méfiance sélective en instaurant une surveillance des étrangers et des américains avec qui ils étaient en relation. Cette politique qui conféra des prérogatives importantes au président⁷⁷² se situait dans une perspective internationale tout autant qu'en raison de l'influence des nativistes⁷⁷³. Notons que la première crise liée à l'immigration eut lieu en 1818, liée, comme ce fut le cas dans l'histoire migratoire française à une crise économique⁷⁷⁴. Cette crise poussa les principaux Etats concernés, notamment l'Etat du Maine, de Floride et de New York, à prendre des mesures fortes dont la déportation des étrangers indigents.

Jusqu'à là marquée par la gestion des stocks migratoires, la politique d'immigration américaine appréhendée en termes de gestion des flux semblait avoir son fondement dans le *Regulating passenger ships and vessels act* du 2 mars 1819. En effet, il permettait la venue contrôlée des européens de toute nationalité confondue, en réduisant les dangers liés à la traversée de l'Atlantique⁷⁷⁵. Première loi de régulation pour ne pas dire de restriction et de contrôle de l'immigration⁷⁷⁶, ses dispositions interdisaient à chaque bateau, quelle que soit leur nationalité, d'entrer dans un port américain en transportant plus deux personnes par tonne de marchandise. En outre, la loi les obligeait à fournir au département d'Etat une liste des passagers à bord. De ce fait, elle favorisait implicitement l'immigration des classes moyennes voire supérieures qui avaient les moyens de voyager sur des embarcations différentes⁷⁷⁷.

Peu abondante jusqu'alors, la législation en matière d'immigration ou plus exactement son absence ne doit pas faire penser à une absence de régulation fédérale. La Cour Suprême l'a

⁷⁷¹ L'*Alien Act* fut signé le 25 juin 1798 et le *Sedition Act* signée le 14 juillet 1798. Ces deux lois ont expiré en 1801.

⁷⁷² Le président acquiert ainsi la faculté de renvoyer des étrangers ennemis en cas d'urgence ou en cas de guerre. Voir ZOLBERG, A. R., *Ibid*, p.93.

⁷⁷³ Nativiste est le nom donné au groupe qui lutte pour favoriser les habitants des Etats-Unis contre les immigrants.

⁷⁷⁴ Les immigrants déjà sur le territoire furent les premiers à perdre leur travail. Les nouveaux arrivants se retrouvèrent confrontés à une économie dévastée les contraignant à demeurer aux portes des villes et à vivre de la charité.

⁷⁷⁵ Paradoxalement, les principaux obstacles à l'immigration ne se trouvaient pas dans le pays de réception mais dans les pays de départ, au sein des nations européennes elles-mêmes. Ces dernières agissaient en effet à la fois sur un plan psychologique (décrivant les mauvaises conditions de vie aux Etats-Unis, interdisant la propagande pour l'émigration, etc...) et pratique (rendant l'embarcation fluviale difficile, etc...). Voir ZOLBERG, A. R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, op.cit, p.99.

⁷⁷⁶ Voir par exemple FILBY, P. W., *Passenger and Immigration Lists Bibliography 1538-1900: Being a Guide to Published Lists of Arrivals in the United States and Canada*. 2nd ed. (Detroit: Gale Research Co, 1988).

⁷⁷⁷ Cette nouvelle loi intervient après la première grande crise de l'immigration américaine de 1818 qui oblige le gouvernement national à se positionner de manière plus forte pour défendre ses intérêts. Cette passation de responsabilités des Etats fédérés vers l'Etat fédéral se note également à travers la loi qui complète les actes d'interdiction du commerce d'esclave signé par le Président Monroe et qui autorise le gouvernement fédéral à renvoyer en Afrique des esclaves trouvés et capturés par les Etats fédéraux.

rappelé lorsqu'elle a eu à se prononcer à deux reprises sur des questions liées à l'immigration⁷⁷⁸. Par une décision de 1834, *City of New York v. Miln* la Cour disposait en effet qu'un système fédéral de régulation repose sur la formulation d'une politique migratoire nationale qui concerte et concilie les mesures spécifiques des Etats⁷⁷⁹. En outre, dans deux décisions, *Smith v. Turner* et *Norris v. City of Boston*, rendues le 7 février 1849, elle déclarait que les lois des Etats de New York et du Massachusetts contrevenaient aux lois sur l'immigration définies dans le cadre fédéral⁷⁸⁰.

Ainsi, en 1862, le congrès adopta l'*Homestead Act* lequel permit l'établissement et la libre disposition de terres pour cinq ans. De même, la condition des étrangers s'améliora puisque la ratification du 14^{ème} amendement en 1868, garantissait la citoyenneté à toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis, et de ce fait, la jouissance de la règle du *due process* et de l'égalité des droits. Cet amendement notoire permit l'inclusion des noirs dans la citoyenneté américaine, ce qui fut confirmé en 1870 par le congrès⁷⁸¹.

Pour autant, ce contexte juridique favorable, tant pour l'arrivé de nouveaux venus que pour l'intégration des migrants dans la société, se heurta à la fin du XIX^{ème} siècle aux nativistes. Inspirés d'une conception blanche, anglo-saxonne et protestante, ces derniers revendiquaient la mise en place d'un filtrage migratoire plus important estimant que des races différentes ne pourraient être assimilées. Ils militaient pour une régulation plus importante⁷⁸². Cette idée fut notamment véhiculée par le parti du *Know nothing*⁷⁸³. Cette fermeture se matérialisa par exemple par le vote du congrès du *Page Act* le 3 mars 1875, lequel interdit l'immigration des travailleurs asiatiques « sous contrat » ainsi que celle des femmes célibataires. Cette prise de

⁷⁷⁸ Ce rappel de la Cour Suprême intervient alors même que les décisions ne portaient pas en tant que tel sur ce sujet mais plutôt sur le commerce et les relations entre les Etats.

⁷⁷⁹ C.S., *City of New York v. Miln*, 33 U.S. (8 Pet.) 120 (1834).

⁷⁸⁰ C.S., *Smith v. Turner*, 48 U.S. 283 (1849).

⁷⁸¹ Notons que par le traité de *Guadalupe Hidalgo*, signé le 2 février 1848, confère la citoyenneté aux Mexicains résidant sur les territoires du Nouveau-Mexique cédés par Mexico aux Etats-Unis. Il place la frontière au Rio Grande del Norte, annexant au Texas les portions des Etats de Tamaulipas, Cohahuila et Chihuahua sises sur la rive gauche du fleuve; il octroie aux États-Unis le Nouveau-Mexique et la Nouvelle-Californie en échange d'une indemnité « dérisoire » de 15 millions de dollars. Voir *infra* p. 564.

⁷⁸² En effet, l'immigration s'organisait d'elle-même, sans intervention spécifique de l'Etat. Cette « politique par défaut » n'est pas complètement assimilable à une politique du laissez-faire. Elle s'explique par le libéralisme politique aussi bien en matière économique que sociale et du fait que les mouvements migratoires s'autorégulaient par eux-mêmes, se développant en période de croissance et se freinant en période de récession économique. Voir notamment LACORNE, D., 2006, op.cit, p.109.

⁷⁸³ « Ceux qui ne savent rien » (Traduction). Surnom du parti américain xénophobe et ultra nationaliste, nativiste et anti-catholique. Leur nom découle du fait que lorsque les membres étaient interrogés sur l'existence de ce mouvement politique, ils répondaient invariablement "Je ne sais rien" ("*I Know Nothing*"). Ils eurent plusieurs victoires électorales en 1854 et 1856 notamment dans le Masschusetts, la Pennsylvanie, l'Etat de New York et le Maryland. Aussi appelé « Ordre suprême de la bannière étoilée », le parti disparu en 1858.

position de l'Etat fédéral marqua une étape importante dans la répartition des compétences entre Etat fédéral et Etats fédérés puisque ce premier s'arrogeait un domaine de compétence appartenant jusque-là aux Etats. Il fut ainsi de la question de l'immigration une politique nationale, instaurant la première mesure fédérale de contrôle de l'immigration. Cette situation s'intensifia en 1882, où le Congrès vota une loi qui excluait les personnes jugées indésirables sur le sol américain pour des raisons morales ou sanitaires⁷⁸⁴. D'autre part, le Congrès prit le *Chinese Exclusion Act*, mesure qui suspendit pendant 10 ans l'entrée aux Etats-Unis de tout travailleur chinois⁷⁸⁵. Se trouva alors initiée la réglementation sélective, définie sur des bases ethniques⁷⁸⁶. Cette mutation fut entérinée en 1884 par la Cour Suprême qui interdit aux résidents chinois légalement installés aux Etats-Unis de faire venir leur famille et leurs épouses⁷⁸⁷.

Ces mesures allant dans le sens d'une sélection plus poussée concernaient surtout les populations asiatiques, notamment en raison de l'« extranéité essentielle »⁷⁸⁸ qui leur était attachée. Considérés comme incapables de s'assimiler⁷⁸⁹, ils étaient perçus comme ne le souhaitant pas⁷⁹⁰, et donc constituant une potentielle menace à l'ordre public. Ainsi, le congrès interdit jusqu'en 1898 la naturalisation des immigrants asiatiques et de leurs enfants nés sur le sol américain alors même que le principe était celui du droit du sol. Les japonais bénéficiaient par contre d'un *Gentlemen's Agreement* négocié en 1908 et 1909, lequel réduisit l'immigration des travailleurs japonais sans pour autant l'interdire de manière draconienne. En 1891 le congrès a étendu les catégories d'individus exclus de l'admission et interdit la sollicitation d'immigrants. Afin de parfaire son dispositif de contrôle, il créa un

⁷⁸⁴ Ont ainsi été inscrits dans cette catégorie les criminels, les prostituées, les infirmes, les malades mentaux ou les indigents.

⁷⁸⁵ Le *Chinese Exclusion Act* sera étendu en 1894. Cette interdiction est entérinée par le *Geary Acts* de 1892 et se pérennise en 1904.

⁷⁸⁶ Voir SABBAGH, D., « Le statut des « Asiatiques » aux Etats-Unis, L'identité américaine dans un miroir », *Critique internationale* n°20 - juillet 2003, pp. 69-92.

⁷⁸⁷ C.S., *Chew Heong v. United States*, 112 U.S. 536 (1884).

⁷⁸⁸ SABBAGH, D., « Le statut des « Asiatiques » aux Etats-Unis, L'identité américaine dans un miroir », op.cit., p. 75.

⁷⁸⁹ Opinion du juge Horace Gray, C.S., *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1892) : 717, Cité in *Ibid.* p. 77.

⁷⁹⁰ « [Les Chinois] résident parmi nous comme un peuple séparé, gardant leurs particularités de costume, de manières, d'habitudes et de modes de vie, qui sont aussi marquées que leur teint ou leur langue. Ils vivent entre eux; ils constituent une organisation distincte, avec des lois et des coutumes venues de Chine, qu'ils ont apportées avec eux. [...] Ils ne s'assimilent pas à notre peuple et ne le désirent pas ; leur volonté est qu'après leur mort leur corps soit ramené en Chine », opinion du juge Stephen Field, C.S., *Chew Heong v. United States*, 112 U.S. 536 (1884) : 566-567. Cité in *Ibid.* p. 75.

superintendant de l'immigration⁷⁹¹. En 1892 le site d'Ellis Island fut créé et devint la porte d'entrée principale des Etats-Unis pour des millions de personnes⁷⁹².

Pourtant, la Cour Suprême, dans son arrêt de 1898 *Wong Kim Ark v. United States* se positionna dans le sens d'une protection des personnes asiatiques qui étaient déjà sur le territoire⁷⁹³. Dans sa décision, la cour établit qu'une personne née aux Etats-Unis est citoyenne américaine même si elle est descendante d'asiatiques résidents étrangers, pourtant inéligibles à la naturalisation. Elle réaffirma ainsi la citoyenneté par droit de naissance, « sans condition de race ou d'origine nationale » en vertu du 14^{ème} amendement. Ainsi, la position novatrice du Juge Gray porteur de l'opinion majoritaire eut une importance pratique indéniable dans la mesure où elle a permis aux enfants de tous les immigrants de bénéficier des droits et des avantages des citoyens, même lorsque leurs parents en étaient exclus⁷⁹⁴.

Ainsi, du début du XVII^{ème} aux années 1880, se sont au total plus de 10 millions d'européens qui ont traversé l'Atlantique à la recherche d'un mieux-être économique et identitaire. Même si une certaine homogénéité prédominait, 80% des « américains des colonies » étaient blancs, venant pour l'essentiel de l'Europe⁷⁹⁵. L'anglicisation de la société s'est réalisée progressivement conduisant à ce qu'Arthur Mann considérait comme « l'injection d'un élément d'ethno-nationalisme dans un modèle civique »⁷⁹⁶. De ce fait, à la fin du XIX^{ème} siècle, les Etats-Unis comptent 63 millions d'habitants, ayant des origines de plus en plus diversifiées. Les « nouveaux » migrants venaient pour l'essentiel d'Europe et d'Asie, et plus

⁷⁹¹ En 1889 avait été mis en place un Comité de l'Immigration et de la Naturalisation. Le Bureau de l'immigration sera instauré en 1894.

⁷⁹² Ellis Island est le nom donné à l'île située face à la ville de New York dans l'État du New Jersey aux États-Unis. Proche de la Statue de la Liberté elle est devenue un lieu où les nouveaux immigrants débarquaient entre 1892 et 1954. Le site de réception fut fermé en 1954. Aujourd'hui, il a été aménagé en musée de la migration.

⁷⁹³ C.S., *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898).

⁷⁹⁴ Wong Kim Ark est né en 1873, à San Francisco, Californie, et y a vécu depuis sa naissance. S'applique ainsi le 14^e amendement de la Constitution lequel stipule que « toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis et soumise à leur juridiction est citoyenne des Etats-Unis et de l'Etat de sa résidence ». Dans ce sens, le juge Gray pose en préalable qu'il faut non seulement examiner l'ensemble de l'amendement et de la Constitution, mais aussi en retracer les conditions d'élaboration et revoir l'histoire de la législation qui permet d'interpréter la nouvelle loi. FOUCRIER, A., « Immigration et citoyenneté aux Etats-Unis: la dialectique de l'inclusion et de l'exclusion, » *Revue de l'AFEA*, 75, 1998, 5-22. FOUCRIER, A., « Immigration et tensions raciales aux Etats-Unis: la Californie, un laboratoire, » *Amérique sans frontière. Les Etats-Unis dans l'espace nord-américain*, COLLOMP, C., MENENDEZ, M., (dir.), (St Denis: Presses Universitaires de Vincennes, 1996) 149-176. FOUCRIER, A., « La législation en matière d'immigration et l'image de l'immigrant aux Etats-Unis », *Hérodote*, 85, 1997, 133-142.

⁷⁹⁵ Les résultats du recensement de 1850 montrent par ailleurs que parmi la population blanche, 11,5 % sont nés à l'étranger. Face à la croissance exponentielle de l'immigration, ce recensement introduit d'ailleurs pour la première fois une distinction entre nés aux Etats-Unis et nés à l'étranger.

⁷⁹⁶ MANN, A., *The One and the Many: Reflections on the American Identity*, University of Chicago Press, Chicago, 1979 cité dans Aristide Zolberg, 2006, op.cit. p.433.

particulièrement de l'empire Austro-hongrois, de l'Empire Russe, de l'Italie du Sud, du pourtour oriental du bassin méditerranéen, des Balkans, de Chine et du Japon⁷⁹⁷. Cette tendance « de- waspisée » ne se s'inversera plus.

B- La sélection des migrants par l'instauration de quotas

La diversification des origines, sous l'impulsion des nativistes du « *Know Nothing* » favorisa l'instauration de politiques de quotas sévères restreignant l'immigration. Le nativisme anglo-protestant, caractéristique des années 1850, s'est vu remplacé par un nativisme eugénique qui se basait sur la notion de race et qui tendait à élever une hiérarchie raciale. Ce « darwinisme social » aboutit au vote de lois restrictives⁷⁹⁸.

Dans ce contexte, l'approche assimilationniste exprimée à travers l'idée de *Melting pot* commanda la reformulation de la construction de la nation. Ainsi, une différence est à opérer entre les frontières physiques de la nation, instaurées sur un territoire par des limites administratives et entre ses frontières symboliques ou identitaires. En effet, ces dernières furent la résultante d'une déclaration d'allégeance ajoutée à une obligation de se fondre dans un certain moule notamment à travers des rites de passage. Ainsi, la nation inclusive pour ceux qui sont entrés sur le territoire était en réalité une nation *WASP*, dont les valeurs et principes furent définis à partir d'éléments appartenant à la culture dominante blanche, anglo-saxonne, protestante, qui se caractérisait par un certain esprit de tolérance. Cette américanisation progressive passa en premier lieu par le *Basis Naturalization Law* voté en 1906. Cette loi imposa aux candidats à la naturalisation de parler et comprendre l'anglais⁷⁹⁹. Pour autant, la première campagne d'américanisation dite *100 percentism* a été instituée en

⁷⁹⁷ Cette nouvelle vague est davantage motivée par des raisons économiques, sauf à considérer les socialistes allemands (1848) et les exilés français de la commune (1871), qui sont des migrants politiques. Parmi les immigrants d'Europe du Nord et de l'Ouest, les Allemands et les Scandinaves cèdent de plus en plus le pas aux Irlandais, qui, chassés de leur pays par la grande famine de la pomme de terre arrivent en nombre conséquent. Pour la première fois, les latins et les slaves deviennent plus nombreux parmi les nouveaux arrivants que les migrants des pays du Nord de l'Europe.

⁷⁹⁸ Ces mesures favorisent en définitive l'immigration illégale. Cette idée de restriction motive à la constitution de lobby de défense des immigrés ciblés, notamment du lobby juif. Notons en outre que En 1903, le congrès légifère pour faire passer le champ de l'immigration sous la responsabilité du département d'Etat du commerce et du travail. Ce déplacement des responsabilités démontrent ainsi l'intérêt économique affiché suscité par l'immigration.

⁷⁹⁹ En outre, *the Basic Naturalization Act* prévoit un processus standardisé au travers du *federal Bureau of Immigration and Naturalization*. Les agents fédéraux enquêtent sur chaque cas et un juge fédéral décide d'octroyer ou non la naturalisation. Dans ce cadre, un test de lecture fut imposé impliquant de savoir lire quarante mots dans cette langue.

1915. Elle visait à encourager l'assimilation forcée à travers l'adoption de l'anglais comme langue et l'adhésion à la culture anglo-saxonne. Cette campagne, associée aux travaux de la commission dite *The Dillingham Commission* a servi de base pour la politique de quotas instituée en 1920. Dans cette même logique, le congrès vota en 1917, une disposition qui instaurait un test de littérature pour tous les immigrants et parallèlement, stoppait l'immigration asiatique. La même année, le département d'Etat du commerce et du travail exigeait que chaque immigrant possède un passeport et soit détenteur d'un visa concédé par les consulats dans leur pays d'origine.

Après le premier conflit mondial qui a incontestablement participé au renforcement de la cohésion identitaire de toute une génération⁸⁰⁰, les Etats-Unis manifestèrent clairement leur volonté de ne plus être une nation d'immigrants. L'ambition nouvellement affichée était d'être « une nation comme une autre »⁸⁰¹. Cette idée participait au mouvement de radicalisation de la société et à son rattachement à une nation dite blanche. Ainsi la politique restrictive mise en place se dotait d'arguments culturels. En découle le fait que la législation sur l'immigration se radicalisa. C'est ce dont témoignait par exemple la loi de 1921 qui imposait un quota annuel égal à 3 % du nombre des immigrés originaires d'un pays donné vivant aux Etats-Unis et dénombrés par le recensement de 1910⁸⁰². Ces modalités de calcul favorisaient ainsi les Anglais, les Ecossais, les Hollandais et les Irlandais. Par voie de conséquence, les mesures précitées visaient et desservaient sciemment les Slaves, les Juifs et les migrants méditerranéens. De plus, elles interdisaient l'immigration définitive d'« étrangers reconnus inaptes à la citoyenneté », dispositions qui visaient en premier lieu les chinois et les japonais⁸⁰³.

La sélection ethnique se para d'un nouvel instrument, les quotas, définis exclusivement en terme « politiques » indépendants des besoins de main d'œuvre économique. L'idée qui sous-tendait cette politique était double: d'une part, privilégier un axe isolationniste; d'autre part, écarter les ouvriers des régions d'Europe centrale et méridionale et les ouvriers asiatiques

⁸⁰⁰ Notons dans ce cadre que le Congrès établit une loi en 1919 qui conférait la citoyenneté américaine aux Natifs américains pour leur service rendu pendant la première guerre mondiale.

⁸⁰¹ ZOLBERG, A.R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, op.cit, p. 243

⁸⁰² WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., « *Immigration Law and Procedure* », 5^{ème} ed, Saint Paul Minn., Thomson, West, 2005, 656 p., p.11. La loi d'immigration de 1924, dite loi *Johnson Reed*, réduit davantage encore ce pallier en changeant la source du calcul et en postulant que chaque pays originaire n'a droit qu'à 2 % de ses nationaux recensés sur le sol américain en 1890. *Ibid.*, pp.11-13.

⁸⁰³ En outre, un examen de lecture est mis en place et complète le système des quotas, visant à exclure principalement les immigrants juifs, polonais, italiens et slovaques lesquels présentent un fort taux d'illettrisme. En effet, selon la loi ne peuvent entrer aux Etats-Unis que les immigrés capables de lire un texte court dans la langue de leur choix.

alors même que les élites (intellectuelles, artistiques, commerciales ou encore culturelles) étaient admises « hors quotas »⁸⁰⁴. La Cour Suprême s'est elle-même inscrite dans cette conception restrictive. Dans la décision *United States v. Bhagat Singh Thind*, elle disposait en effet qu'étaient considérés comme blancs les personnes qui étaient communément vues comme telles⁸⁰⁵. Dans ce cas, les personnes d'Asie ou d'Inde de l'est, n'étaient pas considérées comme étant blanches et ne pouvaient donc prétendre à la citoyenneté. Cependant, ces considérations racistes se heurtèrent rapidement à des intérêts plus rationnels, commandés par des logiques économiques. C'est ainsi que les Mexicains et les Portoricains ont été des travailleurs invités, « *wanted but not welcome* »⁸⁰⁶. Leur venue correspondait à une stratégie d'exploitation économique mais sans aucune perspective d'intégration, comme ce fut le cas quelques décennies plus tard des maghrébins en France⁸⁰⁷.

C- De la limitation à l'ouverture

Soumis aux intérêts économiques, l'Etat fédéral est intervenu pour la première fois pour freiner l'immigration en raison de la crise d'octobre noir 1929. Ainsi, les différents décrets eurent pour conséquence d'abaisser de 10 % les quotas précédemment institués afin de ne pas risquer d'augmenter le taux de chômage touchant déjà un tiers de la population. Ces mesures servirent d'ailleurs à prétexter et opposer des quotas stricts et « justifiés » aux opposants et victimes du nazisme. Néanmoins, les concernant, le congrès finit par adopter en 1948 la loi *Displaced Persons Act* en vertu de laquelle 400 000 personnes, en grande partie juives, ont été accueillies sur le sol américain⁸⁰⁸. L'accueil des Juifs sur le territoire américain en tant que

⁸⁰⁴ Au total 250 000 auraient bénéficié de cette opportunité réciproque. Puisque des migrants y trouvaient leur compte car c'était leur volonté, les Etats-Unis ont largement bénéficié des compétences accueillies, devenant durant la première moitié du XX^e siècle le leader mondial de la modernité tant sur le plan des arts que des sciences ou des lettres.

⁸⁰⁵ C.S., *United States v. Bhagat Singh Thind*, 261 U.S. 204 (1923). Voir également *infra* p.263.

⁸⁰⁶ ZOLBERG, A.R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, op.cit, p 436.

⁸⁰⁷ La comparaison entre immigration mexicaine et maghrébine a été faite par plusieurs auteurs. Voir notamment BODY-GENDROT S., Les immigrants dans la vie politique aux Etats-Unis et en France. In *Revue européenne de migrations internationales*. Vol. 4 N°3. pp. 7-22. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/remi_0765-0752_1988_num_4_3_1176m, Consulté 10.10.2011.

⁸⁰⁸ Notons qu'à cette époque le droit américain ne faisait pas de distinction entre les immigrants et les réfugiés ce qui fait dire à C. COLLOMP que c'est « signe que dans la mentalité, d'une certaine manière, tous les immigrants étaient des réfugiés qui avaient choisi l'Amérique pour la liberté qu'elle offrait ». COLLOMP, C., « *Politiques d'immigration et citoyenneté* », in LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit., p.113.

politique d'accueil des réfugiés ne fut pourtant effectif qu'après le dépassement des ambivalences du gouvernement américain durant la shoah⁸⁰⁹.

Avec le second conflit mondial, le contrôle sur les non citoyens sera accru⁸¹⁰. L'exclusion sélective se poursuivit, notamment avec l'*Executive Order 90666* de 1942, permettant l'évacuation ou l'internement des Japonais, y compris des Japonais américains dans des camps. Ces mesures furent jugées constitutionnelles par l'arrêt de la Cour Suprême *Hirabayashi v. United States*, qui stipulait que de telles dispositions se plaçaient sur la base des nécessités militaires⁸¹¹. Cette idée fut renforcée par un second arrêt plus célèbre, *Korematsu v. United States*⁸¹² lequel déclarait conforme à la constitution les mesures d'internement décidées à l'encontre du requérant⁸¹³. Le parallélisme avec les mesures prises par le gouvernement de Vichy outre atlantique est éloquent.

Néanmoins, dénotant un certain parallélisme avec le contexte français, on relève des signes d'ouverture dès 1946, puisque le congrès vota une loi autorisant les philippins et les indiens d'Asie à être candidats à la naturalisation. En outre, avec le *Displaced persons Act* de 1948 précité, le congrès commença à modifier le système des quotas par une série d'exceptions, permettant ainsi d'augmenter substantiellement le nombre d'immigrants. L'Etat fédéral américain est en outre intervenu sur la gestion des flux pour des motifs économiques grâce à la signature d'une convention bilatérale avec le Mexique: le programme *Bracero* mis en œuvre à partir de 1943. Participant de la même logique de gestion de la migration algérienne dans le secteur secondaire par la France, fut entériné par le congrès en 1949 à travers le *Agricultural Act*, l'appel à la main d'œuvre mexicaine pour pallier au déficit de population active nationale dans le domaine de l'agriculture⁸¹⁴. En dépit de l'ouverture internationale et

⁸⁰⁹ Il faut attendre juin 1944, pour que soient acceptés les juifs réfugiés d'Italie. Cette mesure concernait 1 000 personnes.

⁸¹⁰ En 1940, le congrès, par le vote du *Registration law*, oblige les non-citoyens à faire enregistrer leur adresse chaque année. Cette mesure ne sera abandonnée qu'en 1980. En outre, le président Franklin D. Roosevelt reprend les dispositifs du *first War Power Act* de 1918 afin de contrôler l'entrée et la sortie des personnes des Etats-Unis.

⁸¹¹ C.S., *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

⁸¹² C.S., *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Voir ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp.507-520.

⁸¹³ Soulignons que l'arrêt est resté très célèbre dans le sens où il est le premier à parler du caractère suspect de toute classification raciale entre les individus. Dans ce cadre, le juge est tenu d'exercer un contrôle des plus sévères. Or, en l'espèce, même si la mesure incriminée était explicitement fondée sur la race, la conformité à la constitution a été reconnue.

⁸¹⁴ Cette démarche déjà initiée de façon peu formelle durant le premier conflit mondial s'est développée jusqu'en 1964. Elle a favorisé l'immigration de millions de travailleurs, ouvriers temporaires ou saisonniers. Supprimé de manière unilatérale par les Etats-Unis, cet accord qui avait fait des émules aux conséquences moins importantes, à savoir un accord signé avec les Antilles anglaises en 1951, a généré une culture de l'immigration mexicaine,

de modérations susmentionnées, les Etats-Unis n'ont pas pour autant assoupli leur législation interne⁸¹⁵.

La révolution sociologique des années 1960 induit une modification substantielle du régime sélectif qui prédominait alors. L'arrivée de milliers d'immigrants originaires d'Asie du Sud Est, surtout du Vietnam et du Cambodge, ainsi que des personnes venues d'Amérique Latine a conduit à une remise en question du régime migratoire établi dans les années 1920. La nation s'est ainsi redéfinie comme une nation non plus *WASP* mais paneuropéenne dans laquelle l'intégration des protestants, des Juifs et des Catholiques paraissaient réalisée⁸¹⁶. D'un point de vue législatif, cette mutation s'exprima principalement par la loi *Immigration and Naturalization Act* de 1965⁸¹⁷. Par cette disposition, le congrès supprima le système des quotas en raison, d'une part de sa difficile justification dans un contexte politique ouvert et d'autre part, du fait de son inadéquation criante et grandissante avec la réalité des flux migratoires. Ainsi, la nouvelle loi se proposait de sélectionner différemment l'immigration en instituant des plafonds annuels⁸¹⁸. La loi spécifiait que ceux-ci devaient être appréciés en fonction de catégories hiérarchiques de regroupement familial, de compétences professionnelles ou d'orientations politiques. Ainsi, les visas octroyés par pays répondaient à un système complexe de préférences, ordonnées en sept catégories. La dernière d'entre elle fut à partir de 1980 appréciée séparément en raison du *Refugee Act*⁸¹⁹. Mentionnons que ce texte séparait le traitement des réfugiés de celui des immigrants, dissociant le traitement de l'accueil des réfugiés de la politique extérieure des Etats-Unis. Cette nouvelle législation permit une mise en conformité avec la Convention de Genève de 1951 notamment en

alimentée à la fois par les Mexicains désireux de se rendre aux Etats-Unis et par les propriétaires heureux de compter avec une main d'œuvre bon marché. L'arrêt de cette politique contractuelle eu pour conséquence un accroissement des migrations illégales entre ces deux pays.

⁸¹⁵ Ainsi, en 1952, le vote par le congrès du *Immigration and Nationality Act*, connu également sous le nom de *Mc Carran-Walter Act*, recodifie les lois en matière d'immigration et de naturalisation tout en maintenant le système des quotas. Il instaure en outre des quotas pour les personnes du triangle asiatique pacifique et déplace les barrières raciales et nationales pour l'accès à la citoyenneté. Ces dispositions furent vivement critiquées et donnèrent lieu à une série d'aménagements, dont celui de 1959 qui permet aux enfants d'un citoyen américain d'entrer sur le territoire comme un *non quota immigrant*.

⁸¹⁶ Voir ALBA, R. D., and NEE, V., *Remaking the American Mainstream :Assimilation and contemporary Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, 2003 cité in ZOLBERG, A. R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, op.cit, p. 436.

⁸¹⁷ WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., *Immigration Law and Procedure*, op.cit., p.17.

⁸¹⁸ Ces plafonds étaient définis à hauteur de 120 000 immigrants par an pour le continent américain, de 170 000 immigrants européens et asiatiques avec un maximum de 20 000 visas par année et par pays d'immigration. Ces chiffres seront corrigés en 1976. Voir *Ibid.* p.18-19.

⁸¹⁹ Sur les mesures concernant les réfugiés et l'asile, voir WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., *Immigration Law and Procedure*, op.cit., pp.319-365..

adoptant une même définition du terme réfugié et en établissant un droit de « non refoulement »⁸²⁰.

Ainsi dans les années 1970, 4,5 millions d'immigrants ont légalement foulé le sol américain, chiffre porté à 7,5 millions dans les années 1980 et à 9 millions dans les années 1990. Les Etats-Unis redevenaient alors une nation d'immigrants. Les migrations de ces dernières décennies se caractérisaient à la fois par leur ampleur et par l'origine des migrants lesquels étaient majoritairement mexicains, des Caraïbes ou d'Asie. Ce processus fut largement favorisé par le système de la réunification familiale qui privilégiait aussi bien la parenté de la famille nucléaire que celle des collatéraux permettant ainsi une croissance exponentielle⁸²¹. Ainsi, il fut estimé qu' « en moins de douze ans un seul immigrant peut susciter vingt-cinq visas pour ses collatéraux, leurs ascendants, leurs descendants et ainsi de suite »⁸²².

L'immigration en dehors des quotas qui se développa résultait en grande partie des *non quotas admissions*⁸²³. Elle a ainsi favorisé la diversité de l'immigration américaine en reléguant le *prima* des migrations européennes. Cette vague, notamment hispanique, a contribué à une modification profonde de la démographie américaine qui en plus du solde migratoire a vu se développer son solde naturel résultant des taux de fertilité élevés des nouveaux arrivants. En outre, elle a transformé à la fois les institutions sociales américaines et leurs pratiques. Dans ce sens, certains Etats ont décrété l'anglais comme langue officielle (en Californie par exemple) et d'autres ont développé un système scolaire bilingue⁸²⁴. L'intérêt croissant des Etats fédérés s'explique notamment par le fait que de nombreuses personnes d'origine asiatique ou hispanique deviennent des électeurs. Ce phénomène se matérialisa entre

⁸²⁰ La loi instaure un système qui définit le nombre de réfugiés par zone géographique qui peuvent être admis avec ce statut, sachant toutefois qu'en fonction des circonstances, ce chiffre peut évoluer. Elle met également en place un système de service social pour les réfugiés qui se sont vus conférer un statut légal. En outre, the *1980 Act*, crée un statut légal de réfugié lequel est similaire à celui de résident permanent et qui permet de solliciter la citoyenneté américaine. Notons qu'au terme de cette loi, un réfugié est considéré comme localisé en dehors du territoire des Etats-Unis au moment de sa requête auprès des autorités américaines. Lorsque ces mêmes personnes sont à la frontière des Etats-Unis ou sur le territoire américain elles sont considérées comme *asylees*, c'est-à-dire demandeur d'asile.

⁸²¹ En effet, comme ce fut le cas en France une politique de regroupement familial a été instituée, les asiatiques et les hispaniques en étant les principaux bénéficiaires.

⁸²² LACORNE, D., 2006, op.cit., p.117.

⁸²³ Durant la décennie 1980 plus de 6, 3 millions de personnes ont en effet été admises comme des résidents permanents et un certain nombre, environ 2,5 millions, pour la plupart immigrants illégaux. Voir SCHUCK, P. H., *Immigration, Refugee and citizenship law in the United States*, op.cit, p.335.

⁸²⁴ Cette pratique revient sur la tradition réaffirmée dans les années 1970 par la Cour Suprême de laisser les questions relatives à la politique d'immigration à la discrétion du Congrès.

autre par l'implication des cours fédérales dans le contrôle de l'administration *INS*, en charge de l'application des lois relatives à l'immigration⁸²⁵.

Ce mouvement en faveur d'une mise en adéquation du droit avec les réalités des populations prendra une nouvelle forme en 1986 par le vote de l'*Immigration Reform and Control Act* (IRCA), fruit d'une longue période de discussion et controverses⁸²⁶. L'IRCA a eu pour effet, à côté du renforcement du contrôle de l'immigration illégale, de permettre d'amnistier et par la même occasion de régulariser des milliers d'immigrants illégaux⁸²⁷. En outre, la loi a eu une incidence importante en matière de travail agricole, au moins à deux niveaux.⁸²⁸ Le troisième volet de l'IRCA a développé un vaste programme de sanction à l'encontre des employeurs dans le but de réduire l'immigration illégale⁸²⁹. Le quatrième pilier a favorisé la mise en place d'un dispositif antidiscriminatoire à l'encontre des employeurs afin de protéger les personnes qui, comme les hispaniques, se retrouvaient souvent assimilés à des clandestins en raison de leur origine nationale⁸³⁰. Cette ouverture se poursuivit en 1990 lorsque le congrès pris une des réformes majeures en matière d'immigration légale. La loi cadre, *the Immigration Act* de 1990, dite « loi Bush » a eu pour premier effet de relever à 675 000 le plafond d'immigrants

⁸²⁵ L'administration s'enrichit en 1978 d'une nouvelle institution, *the Select Commission on Immigration and Refugee Policy* SCIRP qui débuta ses activités en 1979. Ses travaux furent remis le 1er mars 1980 et appelaient à des changements dans la politique d'immigration, lesquels se manifesteront dans le *Immigration Reform and Control Act*, dit IRCA de 1980.

⁸²⁶ WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., *Immigration Law and Procedure*, op.cit., pp.21-28.

⁸²⁷ Le premier volet de cette loi se réfère en effet à une légalisation générale des personnes illégalement entrées depuis le 1^{er} janvier 1982. Plus de 2, 7 millions de personnes ayant pu prouver leur résidence sur le territoire américain depuis 1982 ont ainsi pu jouir de cette réforme. Voir Ibid. p.25.

⁸²⁸ D'une part en étendant le programme et en augmentant les admissions des travailleurs temporaire agricoles, d'autre part en conférant un statut de résident à des *Special agricultural workers*. Ce programme autorise par ailleurs l'entrée de travailleurs additionnels, dits RAWs, sous certaines conditions, sachant qu'ils pourront eux aussi prétendre, par la suite, à une résidence permanente. Voir, SCHUCK, P., *Immigration, Refugee and citizenship law in the United States*, op.cit, p.340-341.

⁸²⁹ En dépit de ce dispositif et des réformes légales qui lui ont succédées, telles que le *Reform and Control Act* de 1990, le flux des immigrants illégaux n'a cessé d'augmenter, ceux-ci devenant de plus en plus nombreux à partir des années 1970. Ainsi, en 2000, la population en situation d'irrégularité était estimée à 7 millions. Notons que si leur régularisation est lente, leurs enfants nés sur le territoire américain sont citoyens des Etats-Unis.

⁸³⁰ Dans ce cadre, une nouvelle institution fut créée, *Special Counsel for Immigration-Related Unfair Employment Practices* dépendant du département de justice.

autorisés à entrer sur le territoire américain⁸³¹. La partie 3 de la loi, intitulée *Diversity Immigrants* visait par ailleurs à garantir une diversification des immigrants légaux⁸³².

En 1996, la législation américaine marqua un tournant, entérinant au niveau fédéral la dissociation des droits des citoyens et celui des immigrants, légaux ou non⁸³³. Cette mesure intervint dans le cadre du *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act*, réforme portant sur le système des prestations sociales. Elle se doubla de *l'Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* qui renforça les mesures destinées à limiter l'immigration clandestine notamment en doublant les patrouilles frontalières et en expulsant les immigrants condamnés par la justice américaine. Ce renforcement du contrôle des immigrants par l'Etat fédéral reflétait alors l'idée selon laquelle « l'immigrant est appelé à devenir citoyen ». Un des effets immédiats de ces législations fut précisément une déferlante de naturalisation, phénomène aujourd'hui encore perceptible. L'Amérique de la fin du XXème siècle se construisit donc toujours par l'immigration, facteur de diversité⁸³⁴.

D- L'après « september 11' »

Les événements du 11 septembre 2001 ont modifié l'appréhension de l'immigration aux Etats-Unis en ce sens que la donnée sécuritaire est devenue un argument primordial⁸³⁵. Les affiches aux frontières des Etats-Unis parlant des gardes-frontières sont plus que révélatrices

⁸³¹ La réunification familiale des membres proches restait privilégiée avec 465 000 immigrants acceptés mais c'était surtout l'immigration économique qui fut bénéficiaire avec 140 000 visas délivrés. Cette dernière s'est diversifiée, favorisant néanmoins certaines élites puisque 40 000 travailleurs dits prioritaires sont accueillis s'ils bénéficient de talents exceptionnels dans les domaines culturels, scientifiques, économiques ou encore sportifs. A ceux-ci s'ajoutent les membres des professions libérales, 40 000 visas, les travailleurs qualifiés, 40 000 visas, et enfin les personnes qui disposent d'un capital important et qui sont prêts à investir une somme minimale, correspondant à un million de dollars et garantissant la création d'au moins 10 emplois occupés par des Américains.

⁸³² Cette loi constitue également un tournant en ce sens qu'elle modifie les procédures pour l'exclusion et la déportation des étrangers. Elle établit en outre un statut spécifique qui confère une protection temporaire pour les Salvadoriens et autres personnes se trouvant en situation de péril sans pour autant satisfaire les conditions nécessaires à l'obtention du statut de réfugiés. De plus, the *1990 Act* autorise la naturalisation administrative et adopte des procédures spécifiques pour la déportation de certains étrangers criminels.

⁸³³ Voir développements *infra* pp. 220-222.

⁸³⁴ Le recensement de 1999 nous offre une photographie des origines nationales dominantes des Américains. Pour ce qui est des Européens, on recense par ordre d'importance décroissant des Allemands, Irlandais, Anglais, Italiens, Français, Polonais, Hollandais, Ecossais, Irlandais, Suédois, Norvégiens, Russes, Gallois, Espagnols, Slovaques et Danois. En ce qui concerne les « Hispaniques » on trouve des Mexicains, Portoricains, autres latino-américains, Cubains, Dominicains, Salvadoriens, et Jamaïcains. Pour ce qui est des asiatiques, on compte principalement selon la même logique décroissante des Chinois, des Philippins, des Japonais, des Coréens, des Indiens, et des Vietnamiens.

⁸³⁵ WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., *Immigration Law and Procedure*, op.cit., pp.45-48.

de cette mutation de l'idée de nation. « *We are the face of our nation* »⁸³⁶. Par ces quelques mots il est plus que clair que la volonté nationale affichée est de préserver la sûreté, la sécurité mais aussi la cohésion nationale contre l'extérieur et ses ennemis. Le « nous » se définit donc plus que jamais par rapport à « eux » et la nation américaine, tout en restant ouverte à l'immigration, en limite la portée à certaines générations et certains pays⁸³⁷.

Ainsi, en vertu de l'*US Patriot Act* en date du 24 octobre 2001, l'accueil des migrants aux Etats-Unis est marqué par un durcissement des conditions d'entrée⁸³⁸. Cette mesure autorise par exemple que le département d'Etat soumette à une procédure spéciale les demandes de visa des hommes âgés de 16 ans à 45 ans et provenant de 26 pays du Moyen Orient, d'Asie du Sud Est et de l'Afrique. En outre, elle durcit la législation en matière de regroupement familial limitant ce dernier au conjoint marié et aux enfants de moins de 21 ans⁸³⁹.

Comme en France, l'immigration polarise les débats aux Etats-Unis entre une Amérique qui juge à 90 % l'afflux des clandestins comme étant un « sérieux problème »⁸⁴⁰ et la force politique de plus en plus présente constituée par 12 millions de personnes illégales présentes sur le territoire américain auxquels s'ajoutent les 28 millions de citoyens américains d'origines latino-américaine⁸⁴¹. En décembre 2005, une loi⁸⁴² fut votée par la chambre des représentants criminalisant les immigrés illégaux tout autant que les personnes qui leur venaient en aide notamment par le fait de les héberger ou de les aider⁸⁴³. Au début de l'année

⁸³⁶ Mention écrite aux postes frontières.

⁸³⁷ Dans ce cadre l'*US Patriot* signé par le président Bush le 26 octobre 2001 autorise entre autre chose que le département d'Etat soumettent à une procédure spéciale les demande de visas des hommes âgés de 16 à 45 ans et provenant de 26 pays du Moyen Orient, d'Asie du Sud Est et de l'Afrique.

⁸³⁸ Voir ZOLBERG, A.R., « Huarding the gates », in CALHOUN, G., PRISE, P., TIMMER, A., *Understanding September 11*, New York, The new Press, 2002, pp. 285-289.

⁸³⁹ Concernant l'immigration économique, les 140 000 travailleurs sélectionnés ne sont recevables que s'ils présentent un requête de l'employeur et que ce dernier justifie qu'il n'a pas trouvé de candidat américain correspondant à ses recherches.

⁸⁴⁰ GELIE, P., *La communauté latino se réveille aux Etats-Unis*, Le figaro Magazine, Rubrique international, 11 avril, 2006, http://www.lefigaro.fr/internatioanl/20060411.FIG00000063_la_communauté_, Consulté le 01.10.2011.

⁸⁴¹ Dès le début de son second mandat, le président Bush a plaidé pour une réforme de l'immigration renforçant les contrôles des frontières, favorisant la régularisation des immigrés clandestins et corrélant les flux migratoires au besoin de main-d'œuvre de l'économie américaine.

⁸⁴² Projet de loi HR 4437.

⁸⁴³ En outre, celle-ci prévoyait la construction d'un mur long de plus de 1 000 km sur la frontière mexicaine afin de lutter contre l'arrivée des immigrants illégaux. Les contestations se sont manifestées et intensifiées au fil des mois et furent relayées par de nombreuses organisations ainsi que par l'Eglise Catholique. Au printemps 2006, ces protestations contre les projets de loi sur l'immigration alors en discussion au Congrès ont donné lieu à des manifestations sans précédent notamment à Los Angeles, à Détroit, à Houston ou encore à Dallas et New York. Répressif à l'encontre des sans-papiers, ce projet de loi a vu s'opposer Chambre des représentants et Sénat. Ce dernier cherchait en effet à faire voter une loi de compromis sur l'immigration en adoptant la loi de la chambre des députés mais en y ajoutant la régularisation de plusieurs millions de clandestins résidant depuis plus de 5 ans

2007, il semblait que démocrates et républicains s'étaient enfin entendus sur ce projet de loi sur l'immigration qui aurait pu devenir « la première réforme du système d'immigration des Etats-Unis depuis quatre décennies ». Pour autant, le texte a été retiré de l'ordre du jour du Sénat américain, faute de consensus⁸⁴⁴. A l'heure actuelle, la législation fédérale reste inchangée. Pour autant, les Etats agissent et réagissent⁸⁴⁵. Décriée comme une légalisation du délit de faciès, cette loi a fait l'objet d'une action en justice, par le Président Obama, afin d'invalider ce texte⁸⁴⁶. Tout en ne dénonçant pas le risque de profilage racial, le recours relève le caractère inconstitutionnel de la nouvelle mesure. La décision rendue le 25 juin 2012 invalide 3 dispositions de la loi mais la Cour suprême en confirmant la position de l'Etat d'Arizona sur ce point, autorise le contrôle au faciès en Arizona⁸⁴⁷.

Ainsi, le journal *New Republic* annonçait en 1993 que l'immigration constituerait « le prochain débat majeur de l'après-guerre froide ». Il est vrai que l'immigration est actuellement un sujet sensible, notamment sous la pression des réactions des nativistes. L'immigration illégale et plus spécifiquement celle provenant du sud du pays amène les plus réticents à parler de véritable invasion. Plus généralement, les coûts imposés au système

sur le territoire. L'échec du débat entre les deux chambres a conduit à un abandon partiel de toute adoption législative. Notons qu'il n'y a pas eu de polarisation républicains-démocrates. La question a en effet divisé les partis en leur sein, opposant ceux qui dénoncent les capacités à s'intégrer des immigrés et mettent en lumière les menaces sécuritaires et ceux qui se posent en défenseurs des électeurs fragilisés par cette présence d'illégaux. Cela démontre aussi un glissement à droite dans les deux camps.

⁸⁴⁴ Le texte s'articulait autour d'un programme de régularisation de masse pour les sans-papiers et mettait l'accent sur une immigration basée sur le mérite, en rapport avec les besoins de main d'œuvre de l'économie. Ce dernier volet visait à la création de 400 000 visas de travailleurs temporaires annuels en même temps qu'il privilégiait des critères de formation professionnelle au détriment de liens familiaux. Le programme concernant les sans-papiers visait à la création d'un visa dit « Z ». La procédure impliquait que la personne immigrée illégalement se déclare aux autorités, paye une amende de l'ordre de 5 000 dollars et sorte du territoire afin d'obtenir depuis son pays d'origine la *green card*. Ainsi, une fois le permis de séjour établi, une naturalisation définitive aurait été envisagée. En parallèle, le renforcement des frontières serait effectif à travers l'embauche de 18 000 gardes-frontières supplémentaires, la construction non plus d'un mur en tant que tel mais de barrières entre le Mexique et les Etats-Unis. En outre, est prévu un durcissement des sanctions à l'encontre des clandestins. Disparaîtraient ainsi les programmes de loterie lesquels favorisaient pourtant la diversité des immigrés. Enfin, seraient supprimées les cartes de séjour permanent pour les membres de la famille proche, à savoir frères et sœurs mais aussi enfants adultes de citoyens américains.

⁸⁴⁵ Tel est le cas de l'Etat de l'Arizona, qui a pris le 19 avril 2010 une mesure visant à conférer le droit à la police de contrôler les résidents dès lors qu'elle a un « soupçon raisonnable » sur leur statut. Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act dite loi Arizona SB 1070. Voir <http://www.ncsl.org/?tabid=20263>, Consulté le 10.10.2011.

⁸⁴⁶ Action déposée le 6 juillet 2010.

⁸⁴⁷ *C.S. Arizona Et Al. V. United-States*, 567 US (2012). Pour les opinions sur la décision, voir <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-182b5e1.pdf>, Consulté le 01.10.2012. Voir également le commentaire de J., MORRI qui rappelle que l'argumentation de la Cour repose essentiellement sur des considérations liées aux répartitions des compétences entre les Etats fédérés et le pouvoir fédéral et notamment sur le rappel du fondement constitutionnel du pouvoir fédéral en matière d'immigration. Elle ne porte pas sur la question de la discrimination contre les minorités. MORRI, J., « Suspension partielle de la très contestée législation sur l'immigration irrégulière adoptée par l'Arizona », in *Lettre «Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 31 juillet 2012. <http://revdh.files.wordpress.com/2012/07/lettre-adl-du-credof-31-juillet-2012.pdf>, Consulté le 01.10.2012.

d'assistance et notamment les coûts qui pèsent sur les Etats fédérés et les gouvernements locaux qui ont tous deux en charge la responsabilité de l'éducation conduisent à une remise en cause de l'immigration telle qu'elle est actuellement gérée par l'Etat fédéral. Par ailleurs, les questionnements relatifs à la « brunification » ou « aurification » des Etats-Unis⁸⁴⁸ révèlent le fait que comme en France, l'immigration n'est pas toujours perçue par ses contemporains comme un élément constitutif de la nation entendu de manière voulue et appréhendé positivement. La place numérique mais également sociale et politique occupée par les latinos et dans une moindre mesure, tout au moins d'un point de vue quantitatif, par les asiatiques, est révélatrice tout autant qu'annonciatrice de leur rôle clef dans la société américaine. Dans le cas des mexicains, la politique en construction dans le cadre de l'ALENA, s'inspirant du modèle européen, s'avère primordiale.

L'immigration constitue donc un enjeu de taille, d'un point de vue économique, certes, mais aussi politique. En effet, si les immigrés sont souvent sous-représentés chez les électeurs étant donné qu'il faut jouir de la citoyenneté pour être à même de voter, leurs influences directe et indirecte sur les élections est incontestable. En outre, en vertu de l'article 1. Section 1. al.3 de la constitution, les districts législatifs sont déterminés en fonction de l'ensemble de la population, incluant les immigrés et même les immigrés illégaux.

Au regard de ce développement, on note une convergence entre les deux contextes d'analyse. Chacun des deux Etats a donc eu à s'adapter devant l'accroissement de leur population, cette dernière résultant en partie de grandes vagues d'immigration. L'articulation subséquente entre nation/immigration se situe alors dans deux mouvements complémentaires. Le premier vise à appréhender l'immigration comme un facteur de transformation de la nation. Le second entend envisager la manière dont la nation a façonné la politique migratoire de manière, d'une part à stimuler sa richesse et, d'autre part, à maintenir sa cohésion et à garantir, au-delà de la diversité, une foi commune et explicite dans l'idéal national.

Les Etats-Unis ont toujours été un pays notoire d'immigration, principalement construit et développé au gré des flux migratoires. Ils se présentent comme un véritable pays

⁸⁴⁸ K. M. MOORE parle de *Browning and yellowing america*, MOORE, K.M., *U.S. Immigration Reform and the Meaning of Responsibility*, Studies in law, Politics and society 20, 2000, p.126.

d'immigrants sans toutefois que cela ne soit le pays de « n'importe quels immigrants ». Car si l'immigration a toujours été un facteur de formation de la nation et envisagée par les politiques publiques comme tel, cet élément fut quelque peu remis en cause au cours du XX^{ème} siècle où une sélection des nationalités a entaché l'idéal d'ouverture. A l'inverse, la France, et plus généralement les pays d'Europe, ont longtemps été des pays où l'émigration était dominante. Cette situation s'est trouvée modifiée au cours du XX^{ème} siècle, révélant de plus en plus de corrélations entre la situation française et américaine puisque la France est devenue le premier pays Européen en matière d'accueil des populations étrangères⁸⁴⁹. Pour autant, cette immigration massive développée dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle était vue comme temporaire, transitoire, les immigrés étant sensés retourner dans leur pays d'origine ou alors être assimilés. Dans ce sens, l'immigration n'a pas toujours constitué un problème même si elle était envisagée comme une problématique, en ce sens appréhendée et régulée. Contrairement à ce que l'on pourrait *a priori* penser, ces politiques d'accueil ou de gestion des stocks migratoires ne sont pas plus laxistes aux Etats-Unis qu'en France.

C'est précisément en fonction de ses diverses considérations que les pouvoirs publics se sont souvent montrés restrictifs en matière de gestion des flux et exclusifs dans le domaine de l'accueil et l'insertion des personnes. Parfois, l'évolution législative a pu même être la traduction d'un certain racisme. Souvent, sous couvert de facteurs économiques, dits rationnels, les politiques se sont en réalité basées sur des considérations culturelles⁸⁵⁰ pour ne pas dire ethno-raciales afin de « rationaliser » les flux migratoires. En découlent alors une catégorisation des migrants et l'adoption de mesures particulières notamment pour les personnes réfugiées. En outre, de part et d'autre de l'Atlantique, la constitution d'une politique migratoire a souvent tenté de trouver un équilibre entre des considérations divergentes: d'une part motivées par des intérêts économiques et partant, alimentées par le besoin d'une main d'œuvre de basse qualification et donc de faible rémunération ; d'autre part, animées par la volonté de maintenir l'unité identitaire du pays. Cette dernière fut longtemps envisagée aux Etats-Unis comme l'*American Northwest European Identity*⁸⁵¹, et en France, à travers la figure du français de « souche ». Enfin, l'importance de la régulation de l'immigration dans les deux contextes reflète l'enjeu politique que représente l'immigration, caractérisé notamment par la constitution de nouvelles forces politiques.

⁸⁴⁹ ZOLBERG, A. R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2006, 477p., p.2.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p.8.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p.9.

Ainsi, les processus coloniaux et de conquête ont, dans les deux pays considérés, participé à la diversification de la population. Celle-ci a été appréhendée de manière différente, aux portes de la nation, ou une fois qu'elles y étaient établies. Au fil du temps, les nations française et américaine ont fait évoluer leur corpus juridique, afin d'adapter les normes en vigueur aux contraintes et enjeux économiques, aux exigences démographiques, mais aussi et surtout, à une vision politique du développement de la nation. De ce fait, le positionnement par rapport à la colonisation et le développement du droit de l'immigration se sont réalisés en rapport à une vision de la société, à des moments donnés, et des objectifs définis afin de maintenir l'homogénéité nationale. Par conséquent, la diversification croissante de la population aboutissait parallèlement à la préservation de l'unité nationale, en limitant et/ou sélectionnant cette diversification, et en conditionnant les modalités d'intégration à la société nationale.

Les deux Etats-nation ont donc géré la diversification croissante de leur population. Ils ne se sont pas fondés sur des idéologies constructivistes. Ils ont agi en fonction de leurs principes fondateurs et des opportunités contextuelles. On peut dès lors interpréter leurs actions comme leur permettant de tendre vers ce qu'elles veulent être. Nous devons à présent nous demander comment cette situation factuelle s'est ancrée dans le cadre de la nation. Nous tenterons de comprendre comment cette diversification de la population a obligé la nation à appréhender la diversité de ses populations.

TITRE II

LA TRADUCTION JURIDIQUE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE DANS LE CADRE DE LA NATION

La nation française d'une part et la nation étasunienne d'autre part, sont bien des nations construites sur la base d'une diversité sociologique de leur population, résultant de mouvements migratoires, de la conquête de certains territoires ou encore de la venue de personnes en état de servitude. Cette diversité a conduit les systèmes juridiques à prendre en compte, parfois à reconnaître et dans tous les cas à gérer cette diversité ethnoculturelle.

L'analyse des deux contextes montre une certaine « racialisation » des sociétés construite autour d'une « normalité »⁸⁵². Les migrations croissantes ont conduit ces deux Etats à privilégier une logique assimilationniste, dans la droite lignée des principes universalistes et égalitaristes, fondateurs des deux sociétés. Toutefois, la diversité sociologique de la France et des Etats-Unis, les a amenées à reconnaître des particularismes afin de continuer à garantir leurs principes fondamentaux. Cette situation a engendré la prise en compte accrue de la diversité ethnoculturelle par le droit. Ainsi, l'homogénéité voulue et prétendue a fait place dans les deux contextes à un patchwork de mesures et de statuts. Une catégorisation statutaire explicite et revendiquée coexiste donc avec une catégorisation identitaire, plus implicite, axée sur une appréhension ethnoculturelle de la société.

D'un point de vue des statuts, la France et les Etats-Unis ont donc envisagé des positionnements particuliers de certaines catégories de populations, leur conférant des droits et des devoirs spécifiques ou limitant leur accès aux prérogatives conférées par les normes⁸⁵³ générales. (Chapitre I)

⁸⁵² La blancheur, la masculinité, la chrétienté et l'hétérosexualité ont été institués *de facto* en référence de « normalité », caractéristiques de la nation. Voir *supra* p.72.

⁸⁵³ Une norme est définie par « la signification d'un énoncé prescriptif, elle rend obligatoire, permet ou interdit un certain nombre de comportement humain », FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit des libertés fondamentales*, op.cit., p.88.

La diversité ethnoculturelle telle qu'appréhendée en France et aux Etats-Unis suggère de manière relativement implicite mais néanmoins notable une catégorisation identitaire. Cette dernière s'appuie sur une lecture sociologique des sociétés française et américaine, différemment envisagée dans les deux contextes. Elle se traduit juridiquement par une construction de catégories de la diversité ainsi que de statuts définis en fonction d'éléments ethnoculturels. (Chapitre II)

CHAPITRE I- Une diversité emportant explicitement une catégorisation statutaire

A l'instar de D. Lochak, nous pouvons définir les catégories juridiques comme « des classes ou ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques »⁸⁵⁴. L'auteur relève que le fait qu'une notion devienne une catégorie juridique n'est donc jamais neutre, et ce, pour deux raisons essentielles. D'abord, la décision qui préside à la catégorisation ou non d'une notion s'appuie sur un certain nombre de considérations importantes à un moment donné, dans un contexte donné, pour une société donnée. Ainsi, considérations pratiques, valeurs et/ou projets politiques s'imbriquent. Ensuite, les effets de la catégorisation sont importants puisqu'ils ont pour résultat en premier lieu, de reconnaître juridiquement une situation ou un comportement et en second lieu d'institutionnaliser cette reconnaissance. Ainsi, les conséquences de la catégorisation d'une notion relèvent à la fois de l'ordre pratique et du symbolique. En outre, la qualification juridique peut aboutir à une réglementation positive ou à une réglementation négative, ce qui va dans les deux cas servir à légitimer l'existence de cette notion ou conduite, ou tout au moins à l'ancrer dans les faits.

Des statuts différenciés dans chaque contexte d'analyse ont d'abord été forgés sur la base d'un critère ethnoculturel, parfois territorialisé. En France, ces catégorisations historiques ont concerné les populations dites indigènes. Aux Etats-Unis, la racialisation des statuts a conduit à extraire de la catégorie de citoyens américains puis de citoyens « comme les autres » les personnes définies sur la base d'un critère mélanique, *les noirs* et sur la base de critères ethnoculturels, les populations indiennes. La nationalité des personnes a également servi d'élément de différenciation pour l'appréhension de leur statut et par conséquent, de leurs droits et devoirs. Par ailleurs, les deux Etats ont envisagé différemment la catégorie d'immigré pour l'articuler avec la définition de la nationalité. Les droits des étrangers et des nationaux ont donné lieu à une différenciation dans les deux contextes.

⁸⁵⁴ LOCHAK, D., *La race: une catégorie juridique ?*, in Actes du colloque *Sans distinction de...race* (27 et 28 mars 1992) publiés par les Presses de la FNSP, Revue Mots n° 33, 1992, p.291. Notons qu'une norme est défini comme étant « la signification d'un énoncé prescriptif ». A ce titre « elle rend obligatoire, permis ou interdit un certain comportement humain ». FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PENA-SOLER, A.-M., PFRESMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J., *Droits des libertés fondamentales*, op.cit., p. 88.

Ainsi en France comme aux Etats-Unis, nous pouvons identifier plusieurs catégorisations: d'abord, celles dites historiques, établies essentiellement sur la base d'un double critère, territorial et culturel (Section 1); Ensuite, une catégorisation qui se fonde sur la distinction entre nationaux et étrangers (Section 2).

Section 1- Les catégorisations historiques établies sur la base du double critère territorial et culturel

C. Taubira, dans le préambule de la réédition des codes noirs énonçait : « Nous savons que le renoncement à soi s'il est volontaire mène à l'aliénation, s'il est imposé force à l'assimilation, deux pathologies inhibitrices ou chargées de fureur différée. Deux impasses»⁸⁵⁵. Dans nos deux contextes d'étude, les nations républicaines ont choisi le chemin de l'assimilation en institutionnalisant des catégorisations sur la base des processus coloniaux et de conquête. Aussi, sous couvert d'intégration nationale, des différences statutaires ont été opérées en France (§1) comme aux Etats-Unis (§2).

§1- En France, des différentiations statutaires contextualisées

Les éléments du peuple français, pourtant composé « d'individus indifférenciés »⁸⁵⁶ n'ont pas toujours fait l'objet d'un traitement égal et donc égalitaire. La constituante soulevait pourtant cette contradiction en énonçant « tout en considérant les colonies comme une partie de l'Empire français et en désirant les faire jouir des fruits de l'heureuse régénération qui s'y est opérée, elle n'a cependant jamais entendu les comprendre dans la constitution qu'elle a décrétée pour le royaume, et les assujettir à des lois qui pourraient être incompatibles avec leur convenances locales et particulières »⁸⁵⁷. Les situations des « indigènes de la République »⁸⁵⁸ jusqu'en 1958 (A), puis la situation des personnes habitants dans les COM⁸⁵⁹ (B) témoignent de cette ambivalence de position perpétuée.

A- Les indigènes dans la République, des sous-citoyens

⁸⁵⁵ CASTALDO, A., Préface de C. Taubira, *Codes noirs, de l'esclavage aux abolitions*, Paris, Éditions Dalloz, 2006, 150p.

⁸⁵⁶ FAVOREU, L., note sous C.const. 91-290 DC du 9 mai 191, RFDC 1991-6, p.307.

⁸⁵⁷ GIRAULT, A., *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Larose, Paris, 1895, p.179. Cité in LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République*, op.cit., p.119.

⁸⁵⁸ Le statut de l'indigène est contenu dans le code de l'indigénat du 28 juin 1881. Voir *infra* p.195. et 279. Le terme « indigène de la République » découle des écrits de R., GALLISSOT, in GALLISSOT, R., *La République française et les indigènes : Algérie colonisée, Algérie algérienne, 1870-1962*, Editions de l'Atelier, 2007, 271p. Ce terme a été récupéré par un mouvement politique de protestation antiraciste dès 2005.

⁸⁵⁹ Communautés d'Outre Mer.

Selon Aristote, la citoyenneté se rattache à l'octroi de prérogatives à la fois dans la sphère publique et dans l'espace privé, notamment au travers des droits politiques, du droit de vote ou encore des mesures pénales applicables. Ainsi, tous les citoyens jouissent du même statut, statut qui découle en principe de leur commune nationalité. Or ce principe valable en métropole a souffert d'exceptions jusqu'en 1946 puisque dans les colonies, nationalité et citoyenneté n'ont pas été systématiquement corrélées. Cette situation particulière a induit une différenciation entre les nationaux, scindant la catégorie de citoyens pour en faire dans un cas des citoyens français et dans l'autre, des « non citoyens » aussi dénommés sujets français⁸⁶⁰.

Sous l'ancien régime, la faiblesse de la population des colonies induisait une politique de l'assimilation relativement ouverte⁸⁶¹, fondée sur la conversion des indigènes au catholicisme⁸⁶². Tout comme aux Etats-Unis au moment de la définition de la composition des assemblées, et par conséquent de la prise en compte ou non des esclaves et des indiens dans la définition de la population d'un territoire, la question de la représentation des colonies dans les assemblées révolutionnaires va conduire à une série de débats et de statuts différentiels. Ainsi, avec l'abolition de l'esclavage par le décret du 16 pluviôse an II⁸⁶³ fut prônée l'égalité entre les citoyens français⁸⁶⁴. Quel que soit leur lieu de résidence, il leur a été garanti la jouissance des mêmes droits. Cette politique assimilationniste a été renforcée par la division des colonies en départements⁸⁶⁵, garantissant l'application des normes de manière uniforme sur l'ensemble du territoire. En fait, il nous faut différencier d'une part le « fédéralisme colonial »⁸⁶⁶ qui prévalait en 1791 avec la reconnaissance pour les colonies d'un pouvoir normatif propre, et d'autre part, l'assimilationnisme découlant de l'indivisibilité républicaine de 1793, qui confondait pour mieux les amalgamer colonies et départements. Ce système fut temporairement remis en question avec l'arrivée de Bonaparte⁸⁶⁷, la Monarchie de Juillet instaurant une politique dite d'autonomie administrative basée sur l'égalité civile au profit des

⁸⁶⁰ BRUSCHI, C., « La nationalité dans le droit colonial », Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique n° 18, 1987/88, p. 29.

⁸⁶¹ Il n'existait pas de citoyenneté française à proprement parlé.

⁸⁶² Edits de 1635 et de 1642.

⁸⁶³ Décret de la Convention 16 pluviôse an II.

⁸⁶⁴ Voir SCHMIDT, N., *Abolitionnistes de l'esclavage et réformateurs des colonies : 1820-1851: analyse et documents*, Karthala, Paris, 2001, 1196p.

⁸⁶⁵ Les colonies furent organisées en départements par la Constitution de l'an III.

⁸⁶⁶ BENOT, Y., « Y a-t-il un fédéralisme colonial ? », in *Les fédéralismes, Réalités et représentations 1789-1874*, Actes du colloque de Marseille de septembre 1993, PUAM, p.281.

⁸⁶⁷ La loi du 30 floréal an V rétablit l'esclavage et la traite. De même Bonaparte revient sur la représentation coloniale au sein du parlement et supprime même les assemblées coloniales.

hommes de couleur⁸⁶⁸ permettant l'institution de conseils coloniaux⁸⁶⁹. Même si le suffrage censitaire limitait en réalité le nombre de personnes de couleur, cette évolution fut importante. Celle-ci rompait avec le système censitaire pour conférer à tous les habitants des vieilles colonies le statut d'électeur.

Les contradictions républicaines seront plus criantes encore sous la III^{ème} République. Ainsi, le système en place dès 1871 connu différentes catégories: des citoyens français (d'origine métropolitaine, étrangers naturalisés, les indigènes devenus citoyens et tous les descendants de ces catégories) et des sujets français, nationaux sans citoyenneté. Cette situation impliqua de nombreuses différences entre les colonies, notamment entre les plus anciennes où toutes les personnes de nationalité française sont citoyennes et les autres⁸⁷⁰. Dans ce cadre, l'indigène, pour accéder à la catégorie de citoyens, dû abandonner son statut personnel sauf si un décret individuel lui était délivré ou si un statut civil français lui était imposé. Ce fut par exemple le cas pour les noirs des Antilles, de la Guyane, de la Réunion ou encore pour les indigènes israélites en vertu du décret Crémieux du 24 octobre 1870⁸⁷¹. Si l'acquisition de la citoyenneté sans perte du statut personnel était donc possible, ces situations étaient circonscrites à des cas très particuliers ou à des démarches spécifiques. Quant à la renonciation au statut personnel, elle était rare, qui plus est pour les personnes musulmanes ou Hindoues. Cette non-intégration des hommes, reposant sur une distinction des droits par rapport aux métropolitains, était notamment révélée par le code de l'indigénat du 28 juin 1881. Elle reposait sur l'idée de différenciation raciale reflétée dans les discours de J. Ferry⁸⁷², alors même que l'intégration territoriale était prônée⁸⁷³.

Il fallut attendre la loi Lamine Gueye du 17 mai 1946 pour qu'il soit mis fin au statut de l'indigénat, et que le principe d'application du droit commun de la métropole soit posé⁸⁷⁴. La situation évolua quelque peu avec la constitution du 27 octobre 1946 mais demeura confuse, instaurant un système hybride. En effet, par l'article 80 du titre VIII, intitulé « De l'Union

⁸⁶⁸ Ordonnance du 24 février 1831 complétée par l'article 1 de la loi de 1833.

⁸⁶⁹ Loi du 24 avril 1833.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p.129.

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² Dans un discours, J. Ferry s'exprimait de la sorte: « Si nous avons le droit d'aller chez ces barbares, c'est parce que nous avons le devoir de les civiliser (...) Il faut non pas les traiter en égaux, mais se placer au point de vue d'une race supérieure qui conquiert ». Discours à la chambre des députés le 27 mars 1884, cité in LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République*, op.cit., p. 122-123.

⁸⁷³ A titre d'exemple la loi du 13 juin 1886 qui désigne sous territoire de la République, la France, l'Algérie et les colonies, « France de cent millions d'hommes », dont ma métropole ne représente que la vingt-troisième partie sur la totalité de l'ensemble répartie sur cinq continents. *Ibid.*, p. 122.

⁸⁷⁴ A noter que la loi du 19 mars 1946 de départementalisation donne corps à l'assimilation.

Française », la citoyenneté fut octroyée à tous les nationaux de métropole et d'outre-mer⁸⁷⁵. De ce fait, nationalité et citoyenneté ont été et sont toujours aujourd'hui encore largement corrélées. Toutefois, si tous les nationaux sont citoyens, une nouvelle distinction fut opérée entre eux, à savoir ceux qui ont la citoyenneté française et ceux qui ont la citoyenneté de l'Union Française. Soulignons que cette différenciation semble ne pas avoir conféré de caractère fédéral à l'Union puisqu'il n'y avait notamment pas de citoyenneté propre à chaque territoire⁸⁷⁶. L'ambiguïté vient néanmoins du fait que les citoyens de l'Union Française se caractérisaient par la conservation de leur statut personnel indigène⁸⁷⁷. Dans ce cas de figure, cette catégorisation ne devait se rattacher qu'à une appréhension distincte de la sphère privée, ce qui aurait dû avoir pour conséquence une similitude des prérogatives conférées dans l'espace public⁸⁷⁸. Or il n'en était rien puisque la création d'un double collège avec une assemblée de l'Union française sans pouvoir décisionnel a anéanti l'idée d'assimilation, et dénota les mécanismes destinés à amputer la loi du nombre. Cette situation peut s'expliquer par le fait qu'il était impossible d'admettre que la France devienne la colonie de ses anciennes colonies⁸⁷⁹ !

⁸⁷⁵ L'article 80 mentionne que « Tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyen, au même titre que les nationaux français de la métropole ou des territoires d'outre-mer. Des lois particulières établiront les conditions ils exercent leurs droits de citoyens ». L'article 81 dispose que : « Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution. ».

<http://www.elysee.fr/president/la-presidence/les-textes-fondateurs/les-constitutions-depuis-1791/les-textes-constitutionnels-anterieurs/la-constitution-du-27-octobre-1946.8886.html>, Consulté le 01.10.2011.

⁸⁷⁶ Sans nous lancer dans une analyse constitutionnelle de l'Union Française, nous pouvons toutefois mentionner les propos de L., SENGHOR qui dans le texte remis au président du conseil en juillet 1955 évoquait les ambiguïtés constitutionnelles de l'Union française. Il évoquait par exemple : « Si l'État français doit prendre, dans son ensemble, une structure fédérale, les rapports entre cet État et des États associés ne constituent plus qu'une « confédération » assez souple à laquelle sera désormais réservée l'appellation d'Union Française au sens strict. Cette position ne découle pas seulement de la structure fédérale de l'État français, mais également de l'évolution qui s'est produite dans les rapports entre la France et les États associés telle que certains traités l'ont déjà solennellement consacrée. (...) Le caractère « confédéral » de l'Union Française entraîne une conséquence juridique importante : l'Union doit être fondée sur des traités et non sur la Constitution de l'État français. » SENGHOR, L., « Pour une République fédérale » *In* *Politique étrangère* N°2 - 1956 - 21^e année pp. 165-174., p.166, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/polit_0032-342x_1956_num_21_2_2544, Consulté le 03.01.2012.

⁸⁷⁷ L'article 22 de la constitution du 27 octobre 1946 disposait que « les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ».

⁸⁷⁸ Notons que cette différenciation entre sphère publique et sphère privée est essentiellement occidentale. Si la charia codifiée à la fois les aspects publics et privés de la vie d'un musulman, les frontières sont plus poreuses que dans l'espace étatique laïque que représentent la France et les États-Unis.

⁸⁷⁹ La phrase originale est : « la France deviendrait ainsi la colonie de ses anciennes colonies ». Propos tenus par Edouard Herriot lors du débat constituant de 1946, relatant les mots d'un de ses amis, Jo, débats Assemblée nationale constituante, 2^{ème} séance du 27 août 1946, p.3334, cité *in* LEMAIRE, F, *Le principe d'indivisibilité de la République*, op.cit., p. 123.

Par conséquent, sous couvert d'assimilation, le système instaura une double citoyenneté. Ce fut pourtant une double nationalité puisque la métropole tout autant que les départements et territoires d'outre-mer possédaient la nationalité de l'Union Française. De même, la nationalité de l'Union fut conférée aux Etats associés et aux territoires associés. Son institution répondait ainsi à une gestion pragmatique du désir d'émancipation des territoires, revendications s'insérant dans un contexte international d'idéologie anticolonialiste et de développement du principe de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁸⁸⁰. Cette territorialisation du droit se caractérisait alors par un aménagement du droit du fait des particularismes géographiques. Les DOM firent ainsi l'objet d'adaptations législatives tandis que les TOM jouissaient d'une organisation particulière, entérinée par la constitution de 1958⁸⁸¹.

Notons que la citoyenneté a été octroyée aux musulmans d'Algérie par l'ordonnance du 7 mars 1944, et ce sans renonciation du statut personnel. Il nous faut relever le caractère ambigu et complexe de la nationalité pour les algériens de la décolonisation. Depuis 1848 et jusqu'à la décolonisation, les Algériens étaient français. Devenus pour la plupart algériens au moment des indépendances, leurs enfants nés en France furent toutefois français en vertu des dispositions relatives au double droit du sol. En effet, étaient automatiquement de nationalité française les enfants nés en France d'un parent né en France. De ce fait, étant donné que l'Algérie était française avant 1962, les personnes nées en France après 1962 de parents algériens étaient françaises. Ce système conféra alors en métropole, une égalité des droits et des devoirs entre Français musulmans et non musulmans⁸⁸². Toutefois, en Algérie le système

⁸⁸⁰ Par exemple la Charte des Nations unies de 1945 qui dans son article 1, alinéa 2 mentionne parmi « *les buts des Nations Unies* », celui de « *développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes* ». Le principe sera réaffirmé par l'Assemblée générale de l'ONU le 14 décembre 1960 par le vote de la Résolution 1514 (XV), intitulée « *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* ». Elle fut complétée par la résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960, laquelle précise les modalités d'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à savoir Indépendance et souveraineté ; Libre association avec un État indépendant ; Intégration à un État indépendant. Par ailleurs, la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, y rajoute un quatrième élément : « l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple ». Le Pacte sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966 mentionne par ailleurs dans son article 1^{er} al.1 et 2 : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

⁸⁸¹ Le principe de spécialité législative suppose alors que les lois ne sont applicables à ces territoires que sur mention expresses. Par contre, les lois de la souveraineté restent applicables de plein droit : lois constitutionnelles, lois organiques relatives aux organes de l'Etat, lois relatives au statut civil de droit commun.

⁸⁸² Cette égalité ne sera toutefois que de principes comme le démontre A. SPIRE qui révèle trois pôles de contradictions avec le principe égalitariste : d'abord l'accès aux emplois publics ; ensuite les pratiques administratives d'identification ; enfin l'accès aux prestations garanties par l'État social. SPIRE, A., « *Semblables et pourtant différents. La citoyenneté paradoxale des « Français musulman d'Algérie » en métropole* » in Dossier SAADA, E., *Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale*, Genèses 53, déc. 2003, 176p., pp. 48-68, p.

est autre puisque l'ordonnance du 17 août 1945 rétablissait une séparation entre deux collèges électoraux, consacrant alors une citoyenneté à deux vitesses⁸⁸³. Pour autant, les personnes qui « se sont particulièrement distinguées » se sont vu reconnaître certaines prérogatives, mesure qui rencontra de fortes réticences, tant de la part des colons que des nationalistes musulmans. Cette différenciation faite entre « le bon musulman » et l'« autre », instaura donc, une fois encore, un certain ordonnancement statutaire de la société⁸⁸⁴.

Le traitement particulier des personnes n'a pas pris fin avec l'avènement de la V^{ème} République. La différenciation des statuts a perduré pour les populations d'Outre-mer, en dépit de l'intégration de celles-ci dans le peuple français, indivisible.

B- Peuple français et populations d'outre-mer aujourd'hui, une indifférenciation encore nuancée

L'unicité du peuple français a longtemps cohabité avec une pluralité de populations. Ainsi, comme le souligne G. Koubi, « le système juridique français doit manœuvrer le kaléidoscope culturel qu'engendre l'administration des collectivités locales et périphériques »⁸⁸⁵. L'auteure se réfère à la multiculturalité en expliquant que les collectivités périphériques « bénéficient de mesures propres spécifiques concernant soit la langue, soit les traditions culturelles, soit les fêtes; et à l'intérieur de chaque collectivité périphérique, chacune des autoréférences culturelles peut être l'objet de dérogation ou dispense, d'adaptation ou d'exception, en retenant les usages locaux, les statuts de droit civils de même que les croyances collectives et les rites »⁸⁸⁶. Dès lors, la reconnaissance de la diversité des statuts fit l'objet d'une normalisation constitutionnelle⁸⁸⁷ et a induit une « reconnaissance de droits particuliers aux populations d'outre-mer⁸⁸⁸ ».

En effet, en vertu des articles 73, 74 et 75 de la constitution de 1958, il existe des spécificités pour appréhender la singularité de ces territoires. Ce *corpus* constitutionnel conçu comme un

⁸⁸³ Voir par exemple BLEVIS, L., « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et Société*, n° 48, 2001, pp. 557-580.

⁸⁸⁴ BARRIERE, L.A., *Le statut personnel des Musulmans d'Algérie de 1834 à 1862*, Édition universitaire de Dijon, 1993.

⁸⁸⁵ KOUBI, G., « *Droit et minorités dans la république française* », in *Le droit des minorités*, FENET, A., (dir.), Paris, Bruylant, 1996, 461p., p.231.

⁸⁸⁶ *Ibid.* p.332.

⁸⁸⁷ Voir LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République*, op.cit., p.153.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p.154.

mode d'assimilation semble pourtant connaître une mutation de ses objectifs. Ainsi, les articles 73 et 74 expriment l'idée d'une législation plurielle⁸⁸⁹, alors que l'article 75 implique la reconnaissance d'un droit des groupes⁸⁹⁰. En définitive, si les premiers proposent une reconnaissance indirecte⁸⁹¹ l'article 75 semble même conférer une reconnaissance directe des spécificités des populations autochtones, confirmant le particularisme des droits individuels dans certains territoires ultra-marins⁸⁹².

Ainsi, les départements d'Outre-mer, à savoir la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion peuvent bénéficier de mesures d'adaptation à leur situation particulière. Les Territoires d'Outre-mer disposent quant à eux d'une organisation particulière, sur la base d'une conciliation entre leurs intérêts propres et les intérêts de la République⁸⁹³. Le système posé par l'article 74 reconnaît alors la spécificité des territoires, et donc implicitement des populations de ces territoires. De ce fait, les collectivités périphériques⁸⁹⁴ dites d'Outre-mer, se trouvent dans une spécificité institutionnelle et normative différentes les unes des autres et pour partie dérogoire au droit commun métropolitain. En effet, les territoires peuvent participer à la fonction législative ce qui engendre une répartition des compétences loi-règlement qui est propre à chacun ainsi que l'inapplicabilité de plein droit des lois. Dès lors, s'il n'existe pas de peuples autres que le peuple français (peuple corse, peuple polynésien etc.) puisque seule la mention de peuple français est un concept juridique à valeur constitutionnelle⁸⁹⁵, il est certain que les populations des territoires d'Outre-mer se trouvent dans une situation différente des populations métropolitaines⁸⁹⁶. Le principe de spécialité législative accompagne de fait une certaine reconnaissance des particularismes. L'article

⁸⁸⁹ GARDE, F. « Les autochtones et la République », RFDA, 1999, p.1 et s.

⁸⁹⁰ BELKACEMI, N., « Les autochtones français : populations ou peuples ? », in *Les Autochtones de L'outre-mer Français*, Droit et Culture n°37, Paris, l'Hermtan 1999/1, 316p.

⁸⁹¹ BOYER, A., « *Les autochtones français : populations, peuples ?, les données constitutionnelles* », op.cit., p.15.

⁸⁹² L'article 75 dispose en effet: « 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. » Voir annexe n°1.

⁸⁹³ L'article 74 de la Constitution mentionne expressément: « Les territoires d'Outre-Mer ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble de la République ». Voir Constitution française, Annexe n°1.

⁸⁹⁴ J.- F., AUBY définit les collectivités périphériques comme « un territoire appartenant à la nation mais dont les caractéristiques historiques, géographiques, économiques et politiques justifient qu'il soit doté d'une organisation institutionnelle particulière dérogoire à l'organisation des collectivités locales ». AUBY, J.F., *Droit des collectivités périphériques françaises*, éd. PUF, coll. Droit fondamental, 1992, 283p., p.10

⁸⁹⁵ Cons.Const., D.C., 91-290 du 9 mai 1991, à propos de la loi portant statut de collectivité territoriale de Corse JO, 14 mai 1991. Voir aussi CELERIER, T., « Peuple et peuples en droit français », Les petites affiches, 1er avril 1991, n°39, p.13.

⁸⁹⁶ Voir par exemple Boyer, A., « Le statut constitutionnel des territoires d'Outre-mer et l'état unitaire ». *Contribution à l'étude des articles 74, 75 et 76 de la constitution du 4 octobre 1958*, coll. droit public positif, Economica 1998, p.155.

75⁸⁹⁷, dont les effets ne sont pas encore tous connus en raison de l'évolution des Territoires d'Outre-mer⁸⁹⁸, peut être lu sous différents angles. Norme de transition traduisant un principe de tolérance culturelle tout autant que d'adaptation à la fois dans le temps et l'espace, il induit tout autant une reconnaissance des identités particulières de certaines populations et une certaine asymétrie entre les populations d'Outre-mer. D'une « importance résiduelle »⁸⁹⁹ dans certains contextes, il n'en reste pas moins important notamment à Mayotte⁹⁰⁰ ou en Nouvelle-Calédonie⁹⁰¹.

La prise en considération du statut local et sa combinaison avec le statut de droit commun s'inscrit alors dans la différenciation coloniale. Il s'appuie sur la reconnaissance des autochtones, des indigènes ou encore des sujets français de la colonisation. L'opposition du statut civil⁹⁰² de droit commun et du statut personnel dans la constitution de 1958 fait émerger le domaine matériel du statut personnel lequel repose sur le droit traditionnel⁹⁰³. Son champ couvre l'état des personnes, le droit des obligations et le droit foncier. Pourtant, en Nouvelle-Calédonie, la loi organique du 19 mars 1999 intègre tous les rapports de nature civile à la norme coutumière applicable pour les citoyens de statut local⁹⁰⁴. Ainsi, dans les Territoires d'Outre-mer, les personnes qui n'ont pas le statut de droit commun peuvent conserver leur statut personnel. Elles peuvent aussi y renoncer par une déclaration⁹⁰⁵, exprimée de façon « expresse, libre et éclairée »⁹⁰⁶. Par contre, une fois le statut civil commun adopté, ils ne peuvent plus revendiquer un statut de droit local. Ce principe est à tempérer pour les habitants de Nouvelle-Calédonie qui ont la possibilité de retour ou d'accession au statut particulier en

⁸⁹⁷ Article 75 de la constitution: « 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. ». Voir Constitution Française, annexe n°1.

⁸⁹⁸ S., PIERRE-CAPS écrivait : « l'article 75 de la Constitution ne nous paraît pas avoir épuisé ses effets avec l'évolution des territoires d'Outre-Mer ». PIERRE-CAPS, S., « Les nouveaux cultes et le droit public », *Revue de Droit Public*, 1990, p.1112.

⁸⁹⁹ CARCASSONNE, G., *La Constitution*, op.cit., p. 363.

⁹⁰⁰ A Mayotte, l'intérêt réside essentiellement dans le maintien du système de propriété foncière qui est essentiellement collectif, et du système de propriété immobilière, basé sur un système matriarcal. *Ibid.*

⁹⁰¹ En Nouvelle-Calédonie, l'intérêt essentiel est également en matière de propriété foncière, défini de manière collective. *Ibid.*

⁹⁰² Notons que le statut civil diffère du statut civique. En dépit des différenciations du statut civil et le maintien du droit traditionnel, toutes les personnes sont des citoyens français.

⁹⁰³ LAMPUE, P., *Droit d'Outre-mer et de la coopération*, Paris, Précis Dalloz, 4^{ème} édition Dalloz, 1969, 240p., p.126.

⁹⁰⁴ Loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁹⁰⁵ Voir Avis du Conseil d'Etat n° 262-176, du 22 novembre 1955, *Revue juridique et Politique de l'Union française*, 1958, p.350, note Pautrat. Pour la situation spécifique de Mayotte, voir Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, *JORF*, 13 juillet 2001, p.11199.

⁹⁰⁶ LAFARGUE, R., « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution », in *Droits et cultures*, 2003, n° 46 (221 p.).

vertu de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1988⁹⁰⁷. La loi organique du 19 mars 1999, complètera cette évolution en modifiant le mécanisme de changement de statut. Dès lors, il fut possible d'opter pour le statut le plus respectueux du mode de vie de la personne⁹⁰⁸. Ces mutations semblent traduire une certaine mise en échec du processus d'assimilation.

A la lecture de l'article 75 il ne fait nul doute que ce statut s'applique à certaines personnes et n'est pas circonscrit à certains territoires. Toutefois, la notion de territorialité ne peut être évincée puisque l'« attache territoriale originaire constitue la condition *sine qua non* d'applicabilité du statut personnel à un citoyen de la république »⁹⁰⁹. Notons dès à présent que l'article 75 ne concerne ni la Polynésie⁹¹⁰, ni la Guyane.

Enfin, ce statut particulier des populations d'Outre-mer, en l'occurrence des populations de Nouvelle Calédonie et de la Guyane, est révélé par la reconnaissance d'un ordre juridique dual, assurant la coexistence du droit coutumier aux côtés du droit commun. Si l'ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982 ne confère qu'une existence implicite du droit coutumier⁹¹¹, la loi du 9 novembre 1988, au contraire consacre expressément la reconnaissance du droit coutumier de Nouvelle Calédonie, notamment à travers la création d'un Conseil Consultatif Coutumier⁹¹². A Mayotte, les juridictions sont habilitées à dire un droit coutumier reposant essentiellement sur un rite Chaféite musulman. Ainsi par exemple, à travers la reconnaissance du droit coutumier, on peut relever une reconnaissance d'un droit des groupes en matière foncière dans certains territoires, puisque le système foncier repose sur une approche collective des droits.

Peuple autochtone ou minorités, les populations d'Outre-mer ont donc hérité de statuts différenciés comme ce fut le cas aux Etats-Unis pour les populations noires et indiennes.

⁹⁰⁷ Loi constitutionnelle n°98-610 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF, 21 juillet 1998, p.11143. Cette loi révisé l'article 75 et intègre l'article 77 en constitutionnalisant l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998. Voir également Annexe n°15.

⁹⁰⁸ Article 13 et 13 alinéa 2 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 pour la Nouvelle Calédonie.

⁹⁰⁹ BOYER, A., « Les autochtones français : populations, peuples ?, les données constitutionnelles », op.cit., p.20. L'auteur précise que seuls Wallis et Futuna, la Nouvelle-Calédonie et Mayotte connaissent des statuts personnels.

⁹¹⁰ Ordonnance du 24 mars 1945, relative à la suppression du statut particulier en Polynésie Française.

⁹¹¹ JORF du 17 octobre 1982, p.3106. L'ordonnance permet en effet que les juridictions de droit commun puissent régler des litiges relevant des règles coutumières. Les juridictions de droit commun sont complétées par les autorités coutumières des collectivités malaisiennes de droit commun. Article 1 de la l'ordonnance.

⁹¹² Loi référendaire n° 88-1028, JO du 10 novembre 1988, p.14087, et notamment l'Article 4. A noter que deux niveaux de conseil consultatifs coutumiers sont créés: celui du territoire et les régionaux.

§2- Aux Etats-Unis, des statuts différenciés racialisant la société

Les statuts différenciés aux Etats-Unis concernent principalement les *african-américains* (A) et les *native- americans* (B).

A- Les noirs, d'esclaves à « descendants d'esclaves »

Comme nous l'avons déjà évoqué, la question des noirs aux Etats-Unis constitue véritablement une problématique spécifique. Débarqués depuis 1619 sur le territoire américain, ils furent des dizaines de milliers à être introduits, en majorité dans le Sud, pour travailler dans des plantations de tabac, de maïs, puis de coton. La traite fut officiellement abolie par le congrès en 1808. Toutefois, si les Etats du Nord ont conféré aux noirs un statut d'homme libre plus tôt que les Etats du Sud, ces derniers n'ont cependant pas acquis du fait de l'abolition de leur statut dans ces Etats, une égalité de fait avec les blancs. Ils sont devenus « l'enjeu d'un conflit moral entre le Nord et le Sud »⁹¹³, lequel prendra un caractère dramatique pendant la guerre de sécession de 1861 à 1865. L'issue de cette dernière a notamment conduit à l'abolition de l'esclavage sur tout le territoire américain en 1865 par le vote du 13^{ème} amendement à la constitution⁹¹⁴. Toutefois, au Sud, les Etats ont instauré une ségrégation, « ghettoïsant »⁹¹⁵ ainsi la population noire⁹¹⁶.

Le statut constitutionnel de l'esclave est une réalité américaine. Cet ancrage dans le texte fondateur a pu constituer un acte politique de tolérance visant à susciter l'adhésion des Etats du Sud à l'Union⁹¹⁷. La constitution américaine consacra ainsi l'esclavage, en envisageant le calcul du nombre de suffrages selon l'équation: un noir égale trois cinquièmes d'un homme

⁹¹³ FOHLEN, C., *les Noirs aux Etats Unis*, Que sais-je ?, PUF, 1999, op.cit..

⁹¹⁴ Voir *supra*, p.

⁹¹⁵ Cette expression renvoie au terme forgé par le sociologue L. WACQUANT qui parle d'« hyperghettohization » pour décrire l'extrême concentration des groupes défavorisés dans les centres-villes, et notamment le processus d'exclusion des Afro-américains aux Etats-Unis. Voir WACQUANT, L., *Urban Outcasts*, Polity Press, 2007, 360p.

⁹¹⁶ Si les décennies qui ont suivies ont été notamment marquées par une relative amélioration des conditions matérielles des noirs, celles-ci restèrent pourtant largement en deçà de celles des blancs.

⁹¹⁷ ZOLLER, E. *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., p.209.

blanc⁹¹⁸. Les pratiques esclavagistes furent pourtant interdites par certains Etats tels que le Vermont, la Pennsylvanie, ou encore le Massachussets dans la ligne des Quakers de Nouvelle Angleterre qui les avaient déjà rejeté dès 1790. Pourtant il a fallu attendre le début du 19^{ème} siècle pour que l'abolition de l'esclavage soit une réalité dans les Etats du Nord⁹¹⁹. Dans ce sens, le compromis du Missouri de 1820 excluait l'esclavage au nord de la latitude 36° 30'. L'affaire *Dred Scott v. Sandford* de 1857⁹²⁰ permit d'ailleurs de soulever la question de la modification du statut d'esclave en fonction de la mobilité de celui-ci. Le fait de savoir si le séjour dans les territoires du nord, caractérisés par la liberté des noirs avait *de facto* rendu le Sieur. Scott libre, fut au final évincé dans la décision finale par une problématique majeure corrélée à une question de recevabilité⁹²¹. En effet, la Cour rejeta la demande de Scott au motif que sa condition d'esclave ne lui conférait pas la citoyenneté et partant de là, le droit d'ester en justice⁹²². Ainsi la Cour entérine la démarche constitutionnelle visant à exclure les noirs du « peuple des Etats-Unis », peuple souverain formé de citoyens⁹²³. Elle stipula que « subordonnés et inférieurs » ils ne « peuvent revendiquer aucun des droits et des privilèges » accordés aux citoyens américains. La Cour dissocia par ailleurs la citoyenneté des Etats et la citoyenneté de l'Union⁹²⁴.

Pourtant, l'adoption du 14^{ème} amendement, en instaurant la citoyenneté des noirs et en assurant l'égalité devant la loi de tous les citoyens semblait conférer une garantie contre

⁹¹⁸ L'article 1^{er} section II dispose: « La Chambre des représentants sera composée de membres choisis tous les deux ans par le peuple des différents États; dans chaque État les électeurs devront répondre aux conditions requises pour être électeur à l'assemblée la plus nombreuse de la législature de cet État. Nul ne pourra être représentant s'il n'a atteint l'âge de vingt-cinq ans, s'il n'est citoyen américain depuis sept ans et s'il ne réside, au moment de l'élection, dans l'État où il doit être élu. Les représentants et les impôts directs seront répartis entre les différents États qui pourront faire partie de cette Union, proportionnellement au nombre de leurs habitants, qui sera déterminé en ajoutant au nombre total des personnes libres, y compris celles qui se sont louées pour un nombre d'années déterminé, *mais à l'exclusion des Indiens non soumis à l'impôt, trois cinquièmes de toutes les autres personnes*. Le recensement sera effectué dans les trois ans qui suivront la première réunion du Congrès, et ensuite tous les dix ans, de la manière qui sera fixée par la loi. » (Souligné par nous). Voir Constitution des Etats-Unis, Annexe n°2.

⁹¹⁹ ZOLLER, E. *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., p.209.

⁹²⁰ Dred Scott était un esclave noir qui appartenait à John Emerson, médecin militaire d'abord établi dans le Missouri. A Scott suivi son maître dans différents états, dont l'Illinois, étaIt libre et Fort Snelling, territoire libre en vertu du compromis du Missouri. A la mort de son maître, il retourne dans le Missouri et tente une action en revendication de liberté auprès de la veuve Emerson. La Cour Suprême du Missouri cassa le jugement de première instance qui lui donné raison au motif que son retour dans le Missouri faisait à nouveau de lui un esclave. C'est cette décision que Scott porta devant la Cour Suprême. C.S., *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How) 393 (1857).

⁹²¹ La question du statut d'esclave par rapport à la mobilité géographique fut tranchée par le juge de première instance qui stipula, comme la Cour du Missouri, que le statut est déterminé par la loi de l'Etat du Missouri, 2 sans que l'on puisse prendre en considération ses différents séjours dans les Etas libres ». Voir ZOLLER, E., *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., p.210.

⁹²² L'irrecevabilité de la demande de Scott fut décidée à la majorité de 7 voix contre 2.

⁹²³ Voir introduction de l'opinion de la Cour lue par le Président Taney, ZOLLER, E., *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., p. 212.

⁹²⁴ *Ibid.* p.213.

l'arbitraire racial des Etats⁹²⁵. Il a par ailleurs été suivi du *Civil Right Act* de 1875⁹²⁶ lequel garantissait l'égalité de droits, indépendamment de la race, pour l'accès à l'emploi dans un certain nombre de domaines. Toutefois, la Cour Constitutionnelle déclara les *Civil Rights Cases* de 1883 et les *Civil Rights Act de 1875* inconstitutionnels⁹²⁷. La Cour basa son raisonnement sur la base du 14^{ème} amendement qui n'obligeait que l'Etat et n'était donc pas opposable aux personnes. Ainsi, il fut admis par la Cour que le Congrès ne pouvait interdire aux personnes et aux entreprises privées de pratiquer la ségrégation⁹²⁸. La Cour étendit son interprétation liberticide du 14^{ème} amendement en considérant dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson* que les pratiques ségrégationnistes étaient constitutionnelles selon la fâcheuse doctrine *Separate but Equal*⁹²⁹. Cette constitutionnalisation de la ségrégation raciale, sous couvert d'égalitarisme, n'en constitua pas moins une inégalité des conditions de chaque race. De plus, à travers « *a judicial notice* »⁹³⁰, la jurisprudence *Plessy v. Ferguson* énonce qu'en vertu de l'opinion générale « un noir ou un nègre est toute personne qui a un ancêtre noir ». La théorie de la goutte de sang, *the one drop rule*, se trouva entérinée⁹³¹. Ainsi, la clause de l'égalité de protection des lois n'a pas rimé avec une appréhension a-raciale des Etats-Unis, ni avec une égalité tout autant statutaire que de conditions des populations noires et blanches⁹³².

⁹²⁵ « (...) aucun Etat ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis, ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans *due process of law*, ni ne refusera à quiconque l'égalité de protection des lois ». Voir 19^{ème} amendement, Constitution des Etats-Unis, Annexe n°2.

⁹²⁶ Le congrès s'appuie sur le 14^{ème} amendement pour interdire et pénaliser les discriminations raciales dans les lieux ouverts à l'usage du public. Voir FRANKLIN, J.H., *The Enforcement of the Civil Rights Act of 1875.* "Prologue: *The Journal of the National Archives* 6, no. 4 (winter 1974): 225-235.

⁹²⁷ C.S., *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883). Cette affaire regroupe en fait 5 affaires qui questionnent la constitutionnalité du *Civil Rights Act* de 1875. La Cour Suprême, à la majorité de 8 voix contre 1, déclare le 14^{ème} amendement n'autorisant pas le congrès à prendre une telle législation. En effet, le 14^{ème} ne concerne que les relations entre les Etats et non les particuliers. Quant au XII^{ème} ne vise que les discriminations concernant l'esclavage et non le fait de servir un noir. Ainsi, la Cour ne permet pas la sanction des discriminations raciales privées, à l'exception de celles qui "sont rendues possibles par l'intermédiaire, ou sous couvert, même implicite, d'une « action d'Etat ». (Action d'Etat). Voir ZOLLER, E., *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp. 257-283, p. 257.

⁹²⁸ Dans la décision *Civil Rights Cases*, la Cour limite la portée de la clause d'égalité de protection des lois du XIV^{ème} Amendement aux discriminations raciales dont l'Etat est l'auteur.

⁹²⁹ En 1890, la Louisiane vota une loi obligeant les compagnies ferroviaires se déplaçant dans son Etat de différencier les voitures pour les gens de race noire et de race blanche, assurant « des moyens de transports égaux mais séparés ». Jeune militant métisse, Plessy, fut arrêté et condamné pour s'être assis dans une voiture réservée aux blancs et avoir refusé de quitter son siège. La Cour suprême valida la loi en question en consacrant la doctrine « séparés mais égaux ». C.S., *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), ZOLLER, E., *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., p.301-312. Voir *infra* p.117. Voir également Annexe n°16 et 17.

⁹³⁰ Le *Judicial notice* est un processus juridique par lequel un fait va devenir une preuve de droit dès lors qu'il est assez notoire ou reconnu pour ne pouvoir être réfuté.

⁹³¹ La règle de la « goutte de sang » fait primer les origines sur toute autre référence. Aussi une personne « vue » comme blanche ne sera considérée comme blanche que si elle est « vue » comme blanche, n'ayant pas d'ascendant noir. Voir *infra* p. 268 et 469.

⁹³² Pourtant, dans son opinion dissidente, le Juge Harlan invitait à dépasser le critère racial. Il énonçait « Mais lorsque sont en cause les droits civils des citoyens, je refuse aux assemblées législatives ou aux tribunaux judiciaires tout droit de regard sur la race des citoyens ». Opinion dissidente du Juge Harlan in ZOLLER, E., *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp.312-320.

Bien que ces dispositifs territorialisés aient conféré aux noirs un statut d'homme libre plus tôt que les Etats du Sud⁹³³, les noirs n'ont cependant pas acquis une égalité de fait avec les blancs. Il fallut attendre la seconde moitié du XX^{ème} siècle pour que la discrimination raciale soit interdite dans l'industrie militaire et dans l'administration de l'Etat⁹³⁴ avant d'être prohibée dans l'armée en 1948. Si une relative amélioration des conditions matérielles des noirs est relevée, ces dernières restèrent pourtant largement en deçà de celles des blancs⁹³⁵. D'importants changements se réalisèrent toutefois après la seconde guerre mondiale puisque le congrès confirma le droit de vote à tous les citoyens. La ségrégation fut stoppée dans l'armée et la Cour suprême mit fin à la ségrégation scolaire. En effet, comme antérieurement mentionné, ce n'est qu'à partir de la décision *Brown v. Board of Education* de 1954 que le système ségrégationniste fut remis en cause⁹³⁶ pour être aboli par le *Voting Rigts Act* de 1965 qui met fin à la théorie du *separate but equal*. Mutation juridique et mouvements sociaux se superposèrent, aboutissant à la suppression de la ségrégation dans les transports en commun. Cette révolution sociale en faveur des droits civiques a conduit à une évolution juridique sans précédent, favorisant une égalité formelle et instaurant certains mécanismes d'égalité réelle afin de faire sortir du néant politique la population noire et lui garantir une certaine égalité des chances.

Néanmoins, cette lutte explicite contre le différentialiste n'a pas fait disparaître l'inconscient différentialiste. Le problème juridique en partie dépassé, l'élément culturel est toutefois resté à ce jour « indépassé »⁹³⁷. En effet, « la définition des noirs comme *a priori* différents a

⁹³³ Les Quakers de Nouvelle Angleterre ont interdit toutes pratiques esclavagistes. L'esclavage est d'abord aboli dans le Vermont, en 1780 en Pennsylvanie et en 1783 dans le Massachusetts.

⁹³⁴ Première position officielle prise contre la discrimination au travail, cette mesure conduira à l'adoption du *Fair Employment Practice Committee*. US Executive Order 8802.

⁹³⁵ Cela explique une migration massive vers le Nord accompagnée par une rapide urbanisation des masses jusque-là rurales surtout dans les villes de New York, de Chicago Detroit et Philadelphie.

⁹³⁶ C.S., *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Un arrêt complémentaire est rendu dans la même affaire le 31 mai 1955 (349 U.S. 294). Les deux arrêts sont aussi dits *Brown I* et *Brown II*. L'arrêt *Bolling v. Sharpe* (349 U.S. 294) étend l'obligation au gouvernement fédéral. Ils s'inscrivent dans une lutte constitutionnelle menée par le NAACP dès 1945. La cour remet ainsi en cause la jurisprudence *Plessy v. Fergusson*, en décidant à l'unanimité que l'éducation séparée des enfants constituait une violation de la constitution au regard de la clause du 14^{ème} amendement. L'opinion lue par le Président Warren se fonde sur une approche sociologique et psychologique. Il cite notamment un juge du Kansas qui énonce: « La ségrégation des enfants blancs et des enfants de couleur dans les écoles publiques nuit à ses derniers. Cet effet nocif est encore plus fort lorsque la ségrégation reçoit la sanction du droit, car la politique de séparation des races est habituellement interprétée comme suggérant l'infériorité du groupe noir. Un sentiment d'infériorité affecte la motivation de l'enfant pour apprendre. La ségrégation sanctionnée par le droit tend donc à (retarder) le développement scolaire et mental des enfants noirs, et à les priver de certains avantages du système scolaire intégré pourrait leur offrir ». Voir ZOLLER, E. *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Dalloz 2010, 922p., pp. 601-609. Voir également Annexe n°19.

⁹³⁷ TODD, E., *Le destin des immigrés, op.cit.*, p. 107.

produit des comportements différents qui permettent de justifier la perception des noirs comme différents »⁹³⁸. De ce fait, on semble être passé d'une perception de la réalité à une réalisation d'une perception⁹³⁹.

B- Les populations indiennes, de « nations dans la nation » à une assimilation spécifique

Le statut juridique des indiens, appréhendés en tant qu'individus ou groupe, n'a cessé de se modifier au cours de l'histoire. Il est régi par un ensemble de règles fédérales⁹⁴⁰. Aujourd'hui encore, une catégorisation particulière existe, sujette à évolutions. Historique ou contemporaine, l'instabilité statutaire relève d'une tension entre deux visions des tribus indiennes par le gouvernement américain. Entre entités dont il faut préserver la spécificité, notamment en relation à une assise territoriale et regroupements temporaires dont les individus sont appelés à s'assimiler à la société américaine, la perception de l'indien varie, et avec elle le corpus de règle qui lui est attachée.

Jusqu'en 1831, les indiens étaient considérés comme des étrangers, les tribus étant souveraines. En effet, le gouvernement passait des traités avec les nations indiennes, considérant donc qu'elles appartenaient à un ensemble différent sur le territoire américain. En vertu de la décision de la Cour Suprême de 1831, *Cherokee Nation v. Georgia*⁹⁴¹, les tribus ont été reconnues, non comme des Etats étrangers mais comme *a domestic dependent nation*⁹⁴². Pour autant, le fait de les envisager comme relevant de nations autres ne doit pas faire penser qu'une relation égalitaire existait⁹⁴³. La décision *Worcester v. Georgia*⁹⁴⁴ posa par ailleurs le principe selon lequel les tribus ne peuvent traiter qu'avec le gouvernement fédéral. Elles n'étaient donc pas libres concernant leurs relations extérieures alors qu'elles le sont pour leur organisation interne⁹⁴⁵. En somme, elles étaient considérées comme mises sous tutelle,

⁹³⁸ *Ibid.* p.101.

⁹³⁹ En 1990, on dénombrait 31 500 000 Noirs aux Etats-Unis soit 12,5% de la population totale. Nombreux, ils ne bénéficiaient toujours pas de la reconnaissance sociale attachée à la population blanche.

⁹⁴⁰ Cet ensemble de règles est dénommé *Federal Indian Law*.

⁹⁴¹ Les indiens sont considérés comme les pupilles de l'Etat Fédéral. C.S., *Cherokee Nation v. Georgia*, 38 5 Pet. 17) US 1 (1831).

⁹⁴² Des nations domestiques dépendantes. (Notre traduction).

⁹⁴³ Ainsi par exemple, les tribus ne disposaient que d'un droit d'occupation sur leurs terres, terres dont les Etats-Unis étaient les propriétaires. C.S., *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. 543 (1823).

⁹⁴⁴ C.S., 31 U.S. 515 (1832).

⁹⁴⁵ Par conséquent, les tribus ne sont pas soumises aux lois des Etats dans lesquels elles se trouvent puisqu'elles disposent d'un pouvoir législatif propre.

des nations dépendantes, pourtant unies avec le gouvernement fédéral par une *trust responsibility*⁹⁴⁶.

Après le 3 mars 1871 date à laquelle a été adopté *The Appropriations Act*⁹⁴⁷, les indiens ont été appréhendés dans leur individualité. Le statut souverain des tribus indiennes fut aboli, faisant disparaître la notion de nation indienne et les prérogatives qui lui étaient attachées, dont celle de conclure des traités. Toutefois, la loi a reconnu la force contraignante des traités antérieurs⁹⁴⁸, bien que dans les faits, ils aient été réinterprétés afin d'en violer les dispositions qui restaient favorables aux indiens⁹⁴⁹. Cette individualisation a rimé avec une politique d'assimilation notamment au travers du *Dawes Act* de 1887⁹⁵⁰. Perçue comme un frein au développement tant économique que culturel, la structure tribale notamment fondée sur la propriété collective a été remise en cause. L'attribution de lots aux personnes indiennes eu pour conséquence d'une part leur paupérisation, d'autre part une transformation démographique des réserves, avec l'arrivée d'une population non-indienne.

La citoyenneté américaine ne fut octroyée aux indiens qu'en juin 1924 par *The Indian Citizenship Act*, conférant aux indiens le droit de vote⁹⁵¹. Le 18 juin 1934, l'*Indian Reorganization Act* aussi dénommé le *Wheeler-Hower Act* entendait doter ces « nouveaux citoyens » de prérogatives spécifiques. De manière paradoxale, ce dispositif envisageait de favoriser des éléments institutionnels traditionnels. C'est ainsi que les indiens des réserves furent autorisés à pratiquer la propriété collective, à se doter d'une constitution ou encore à élire leur gouvernement et leur parlement. Néanmoins, ces concessions politiques et institutionnelles étaient calquées sur le modèle occidental⁹⁵², répondant encore et toujours à une logique assimilationniste. Ainsi en témoignait l'abolition du système des chefs tribaux. En outre, il ne s'est en rien agi d'une auto administration dans la mesure où le gouvernement

⁹⁴⁶ W. C., CANBY, explique: « (...) *the relationship includes the mixture of legal duties, moral obligations, understandings and expectancies that have arisen from the entire course of dealing between the federal governments and the tribes* ». CANBY, W. C., *American Indian Law*, « in a nutshell », West Group, 3rd édition, 1998, p.71.

⁹⁴⁷ Voir *supra*, p.143.

⁹⁴⁸ 175 traités signés par la couronne anglaise et 371 par le gouvernement américain.

⁹⁴⁹ En outre, la Cour a reconnu au législateur le droit d'abroger unilatéralement les traités antérieurs. C.S. *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 US 553, 565-566 (1903). C.S. *United States v. Sious Nations of Indiana*, 448 US 371, 382 (1980) ; C.S., *Hagen v. Utah*, 127 L Ed 2d 252, 261 (1994), cité in RIGAUX, F., « *Le droit à la différence aux Etats-Unis d'Amérique* », PP.45-70, P.46, in ROULAND.N., (dir.), *Le droit à la différence*, op.cit.p. 61.

⁹⁵⁰ Le nom exact est l'*Indian General Allotment Act*. Voir *supra*, p.143.

⁹⁵¹ Ce dernier ne sera pourtant effectif à l'échelon local qu'en 1948 notamment dans les Etats d'Arizona et du Nouveau Mexique.

⁹⁵² Dans ce sens, les tribus eurent la possibilité de rédiger des constitutions avec l'aide du gouvernement fédéral, notamment en transposant le modèle occidental de séparation des pouvoirs, et ce, en dépit du caractère souvent inapproprié de telles dispositions pour les tribus.

américain, dans le cadre du BIA, jouissaient d'un droit de veto en entérinant ou non les décisions des gouvernements indiens.

Le système fut complété en 1944 par la fondation du *National Congress of American Indians*⁹⁵³, la plus ancienne et la plus importante organisation toujours en activité. Elle répondait à la politique fédérale *Dawes* qui s'est avérée dévastatrice pour les nations américaines indigènes. En effet, le *NCAI* se consacra à la restauration et à l'exercice de la souveraineté tribale tout autant qu'à la viabilité continue de tous les gouvernements tribaux.

Par conséquent, les indiens des réserves, n'étaient pas des citoyens américains comme les autres. Le traitement spécifique dont ils faisaient l'objet ne dura pas. En effet, le *Termination Act* adopté par le congrès américain le 9 juin 1953 mit fin au régime spécial régissant les habitants des réserves. En conférant aux indiens les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'à tous les citoyens, il s'agissait en fait de mettre un terme à des mesures positives, principalement dans le domaine social et éducatif tout comme industriel et agricole⁹⁵⁴.

La déclaration du Président Nixon du 10 juillet 1970 marqua un tournant dans l'appréhension statutaire des indiens en mettant un terme à l'objectif d'assimilation. Ainsi, à travers des dispositions législatives dans le domaine social⁹⁵⁵, éducatif⁹⁵⁶, sanitaire⁹⁵⁷, religieux⁹⁵⁸, une spécialité législative indienne vit à nouveau le jour. La création d'un mécanisme contractuel a permis le transfert de responsabilités importantes aux autorités tribales, prérogatives jusque-là assurées par le BIA. L'adoption du *Tribal Self-Governance Act* de 1994 vint compléter ce dispositif en permettant à des tribus ou groupes de tribus d'adhérer à un programme d'auto-gouvernance basé sur une stabilité fiscale et une planification tribale. Ainsi aujourd'hui, la plupart des réserves disposent d'un pan non négligeable de prérogatives régaliennes, notamment de forces de police et de tribunaux. Elles sont en outre dotées d'infrastructures d'éducation, de santé ou de programmes de logement. Toutefois, on ne peut parler de véritable autonomie dans la mesure où la plupart des financements résultent du gouvernement

⁹⁵³ Dénommé ultérieurement le *NCAI*.

⁹⁵⁴ Dans certains États, cette disposition eut pour conséquence la perte totale des terres par les tribus. Exemple de la Californie.

⁹⁵⁵ *The Indian Self-Determination and Education Assistance Act* de 1975 ou encore *Indian Child Welfare Act* de 1978.

⁹⁵⁶ *The Indian Education Act* de 1972.

⁹⁵⁷ *The Indian Health Improvement Act* de 1976.

⁹⁵⁸ *The American Indians Religious Freedom Act* de 1978.

fédéral⁹⁵⁹. En outre, la jurisprudence de la Cour suprême limite la souveraineté des tribus indiennes. La Cour refuse en effet de reconnaître une compétence sur un territoire mais limite la compétence, notamment en matière pénale aux seuls membres des tribus. Ce qu'il convient de nommer une déterritorialisation renforce⁹⁶⁰

Aujourd'hui encore, une différenciation doit être opérée entre les indiens dits indiens tribaux, c'est-à-dire vivant sur des territoires indiens, dénommés réserves et les indiens dits citoyens, jouissant d'un statut de droit commun. Il existe de ce fait plusieurs catégories de statut d'indien, et parmi eux, le statut des personnes indiennes des réserves qui dépend lui-même du type de réserve dans laquelle une personne réside. Trois types de réserves peuvent être répertoriées: celles instituées par décret, les réserves fondées sur les traités et les réserves créées par le Congrès. Chacune bénéficie d'un statut juridique et par conséquent des droits spécifiques. Les gouvernements sont différents, les constitutions particulières, et donc, les pouvoirs distincts. Ces gouvernements ne jouissent pas tous de la même forme de reconnaissance, certains étant reconnus par l'Etat fédéré dans lequel ils sont localisés, d'autres par l'Etat fédéral, différents degrés de reconnaissance existant par ailleurs. Enfin, certaines réserves ont un pouvoir spécifique à tel point que le territoire dans lequel on les trouve, a pu acquérir le statut d'Etat. Il s'agit de l'Oklahoma.

A noter que la décision des Lakotas de faire sécession avec les Etats-Unis en créant une république des Lakotas est aujourd'hui sujette à discussion d'un point de vue juridique. Russell Means, à la tête du gouvernement provisoire de la République des Lakotas a été une des figures pensantes de la déclaration faite à Washington le 17 décembre 2007⁹⁶¹. Arguant de la violation incessante des Traités de Fort Laramie de 1851 à 1868, une partie des Lakotas ont renoncé à la citoyenneté américaine⁹⁶². Ce positionnement se fonde juridiquement sur le traité de 1868 et plus particulièrement son article 1^{er} lequel stipule que le pays indien ne fait pas

⁹⁵⁹ Considérant la donnée financière et fiscale, il nous faut noter que c'est la Cour Suprême et non la constitution qui prévoit des exonérations sur l'imposition. Ainsi par exemple, les tribus sont exonérées de l'impôt fédéral et les revenus provenant des terres détenues par les indiens sont exempts de taxes fédérales. Les autorités tribales disposent par contre d'un large pouvoir d'imposition sans qu'ils bénéficient de compétences exclusives.

⁹⁶⁰ La personnalisation existe depuis longtemps. Le *General Crimes Act* de 1817 et le *Major Crimes Act* de 1883 mentionnaient déjà une compétence exclusive des tribus pour ne juger que les indiens. La Cour Suprême en 1978 jugea l'incapacité des tribus, en matière pénale, d'exercer leur juridiction sur les non-indiens. *C.A., Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978).

⁹⁶¹ Ils représenteraient 15 % des Lakotas.

⁹⁶² Décision énoncée le 20 décembre 2007. « Nous ne sommes plus citoyens des Etats-Unis d'Amérique et tous ceux qui vivent dans les régions des cinq Etats que comprend notre territoire sont libres de nous rejoindre », *Le Monde*, 20/12/2007, <http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3210,36-991796,0.html>, Consulté le 10.01.2011.

partie des Etats-Unis et par conséquent que la juridiction américaine ne s'applique pas à lui. Or, en vertu de l'article 6 de la constitution américaine, ce traité a force de loi et s'impose aux gouvernements fédéraux⁹⁶³. En outre, cette décision sécessionniste peut s'apprécier au regard de la Déclaration des Nations unies sur le droit des peuples autochtones⁹⁶⁴. Toutefois, les Etats-Unis ne l'ont pas signé, précisément par crainte de voir se développer des mouvements sécessionnistes⁹⁶⁵.

En raison de l'histoire coloniale, aussi rattachée à l'esclavage, la France et les Etats-Unis ont eu à composer avec des populations qui n'avaient pas choisi la nation française ou américaine comme entité d'appartenance, ni l'Etat français ou américain comme espace d'allégeance⁹⁶⁶. Pourtant présentes sur le territoire, ces populations ont dû être considérées par le droit. Les hésitations quant à leur nationalité et leur citoyenneté sont à mettre en parallèle avec les nombreux paradoxes relatifs à leur place dans la société. Contraints à l'esclavage, à l'acculturation, ces populations ont été bien trop souvent enfermées dans une subordination légale leur conférant des statuts inférieurs ou précaires.

Cette différenciation statutaire est à rapprocher d'un autre type de catégorisation. Celle-ci ne se fonde pas sur une histoire coloniale mais en rapport à l'histoire migratoire des deux nations considérées. Etrangers et immigrés sont autant de notions saisies par le droit, sur la base desquelles des classifications ont été instituées et des droits alloués.

⁹⁶³ L'article 6 de la Constitution américaine dispose: Les traités et accords conclus par les États-Unis sous les articles de confédération restent valides. La constitution et les lois des États-Unis s'imposent aux États. Aussi bien au niveau fédéral qu'au niveau des États, les législateurs, les juges et les fonctionnaires doivent s'engager par serment à respecter la constitution des Etats- Unis- Voir annexe n°2.

⁹⁶⁴ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 13 septembre 2007, <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/fr/drip.html>, Consulté le 10.01.2011.

⁹⁶⁵ Le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Australie n'ont pas signés la Déclaration des Nations unies sur le droit des peuples autochtones

⁹⁶⁶ En utilisant le terme choisi, et en opposant les populations « importées » ou conquises aux populations immigrées, nous ne voulons pas laisser penser que les personnes immigrées ont eu le choix de la migration, ni même le choix du pays de migration.

Section 2- Les catégorisations relatives au critère de nationalité et au statut d'immigré

Les Etats français et américain ont construit un corpus juridique de l'immigration. Cette appréhension fut insufflée par une certaine conception nationale à un moment donné. Elle a elle-même commandé une redéfinition de la nation. C'est dans ce sens que ces deux Etats ont été amenés à opérer de véritables catégorisations juridiques afin de construire un système cohérent de politique publique de l'immigration.

Par catégorisation juridique relative à l'immigration nous entendons deux types d'éléments: d'une part les différenciations opérées entre les statuts des personnes; d'autre part les droits dont jouissent ces personnes, eux-mêmes déterminés en fonction de leurs statuts.

En effet, comme nous avons pu le voir, l'histoire de l'immigration s'est écrite de façon spécifique dans chacun des contextes, dessinée tout autant que définissant une histoire juridique de l'immigration bien particulière. A présent, nous allons voir comment concrètement ces deux nations ont envisagé les personnes arrivées sur leur territoire ou celles installées depuis des années, des décennies voire des générations. Cette analyse nous permettra d'apprécier de nouveaux éléments quant à l'appréhension de l'immigration entendue dans un sens large par les nations française et américaine. Plus précisément, cette étude spécifique nous donnera une idée sur la manière particulière dont chaque nation concilie sa réalité migratoire avec ses principes fondateurs avant même que nous ne posions la question de la gestion à proprement parler de la diversité ethnoculturelle.

Dans ce sens, nous verrons comment dans chaque contexte s'est construite l'élaboration de catégories juridiques relatives à l'immigration (§1) avant de nous intéresser à la question de la gestion de la nationalité (§2). Nous nous pencherons enfin sur la différenciation opérée aujourd'hui encore dans chaque contexte entre les droits des étrangers et les droits des nationaux (§3).

§1- La construction des catégories juridiques relatives à l'immigration

Parler de statut des personnes, revient dans le cadre de l'étude sur la diversité, notamment à les apprécier en fonction de leur nationalité, et par-delà, en fonction de leur qualité d'immigré ou encore de leur condition d'arrivée⁹⁶⁷.

En France, les deux notions d'immigrés et d'étrangers peuvent ou non se confondre. Un étranger n'est pas forcément un immigré et un immigré n'étant pas obligatoirement un étranger. Cette distinction diffère en France et aux Etats-Unis. Aux Etats-Unis, on trouve l'utilisation générale pour ne pas dire générique des termes migrants pour qualifier les personnes qui viennent d'arriver, et qui se trouvent dans la même situation que les primo-arrivants français. Une fois installés, la référence à l'immigration disparaît du vocable. On trouve alors plutôt les termes de *strangers* ou *aliens*, *residents* ou *non-residents*. Lorsque les personnes immigrées acquièrent la nationalité américaine, elles sont considérées comme des *nationaux*, identifiées davantage par un caractère racial ou ethnique que par la référence à la migration passée: *asian-american*, *african-american*, *latino*, *Etc*⁹⁶⁸.

Par ailleurs, dans les deux contextes d'analyse, on distingue les étrangers immigrants des demandeurs d'asile. En France, on opère une distinction entre les demandeurs d'asile qui enregistrent leur demande auprès de l'OFPPA⁹⁶⁹ et les réfugiés qui sont les demandeurs qui

⁹⁶⁷ Notons que les migrants peuvent entrer légalement, par un canal administratif réglementé et respecté, ou illégalement. Dans ce dernier cas, ils sont alors des illégaux, des clandestins, parfois aussi nommés en France des *immigrés en situation irrégulière* ou des *sans-papier*. Aucune de ces quatre terminologies n'est neutre d'où leur utilisation différenciée en fonction des locuteurs et des contextes. Ainsi, dans le contexte français, on estime par exemple que le terme *immigré en situation irrégulière* est plus neutre. Le concept de *migrant illégal* fait lui référence à un aspect juridique neutre, celui de *clandestin* à un aspect juridique négatif et enfin celui de *sans-papier* serait connoté de militantisme. Quels que soient les qualificatifs utilisés, il faut bien distinguer deux situations: d'une part celle des immigrés en situation irrégulière qui sont reconduits à la frontière à la suite de leur interpellation et leur passage ou non en centre de rétention. D'autre part, celle des migrants légaux ou non qui sont expulsés parce qu'ils constituent une menace pour l'ordre public. Ces derniers peuvent être sujets à une interdiction de territoire les faisant ainsi entrer dans la catégorie des étrangers indésirables. Ainsi en France l'étranger indésirable est celui qui menace l'ordre public, la sécurité ou la sûreté nationale, qui a été condamné pour infraction avec une privation de liberté, qui a déjà fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire assortie d'une interdiction d'entrée et de séjour ou de tout étranger « dont on a des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables ». Des accords de réadmissions peuvent exister entre les pays qui expulsent et les pays d'origine du migrant afin que ces derniers reprennent chez eux les personnes reconduites ou expulsées. Toutefois, tous les immigrés clandestins ne sont pas sommés de quitter le territoire, un bon nombre finissant par être régularisés. Aux Etats-Unis, on les nomme le plus souvent *undocumented*.

⁹⁶⁸ Voir explications *infra* pp. 256-260, pp. 266-269.

⁹⁶⁹ Office français de protection des réfugiés et apatrides. Cet établissement public est chargé de l'application des textes français et des conventions européennes et internationales relatifs à la reconnaissance de la qualité de réfugié, d'apatride et à l'admission à la protection subsidiaire. Il a été institué en 1852, suite à l'adoption de la

se sont vus reconnaître le statut de réfugiés. Aux Etats-Unis, la différence terminologique s'effectue par rapport au lieu où s'effectue la demande. Sont ainsi considérés comme des réfugiés ceux qui demandent l'asile depuis leur pays ou un pays autre, mais hors des frontières américaines. Sont par contre considérées comme des demandeurs d'asiles les personnes qui se trouvent aux frontières ou sur le territoire américain⁹⁷⁰.

Ces définitions étant données, il nous faut à présent nous intéresser au contexte français où prédomine une distinction entre immigré et étranger (A) et du contexte étasunien où la dénomination englobant d'immigrant est en train de céder la place à une différenciation de statuts (B).

A- En France, place d'une catégorie « immigré » à côté de la distinction nationaux-étrangers

L'étranger tout autant que l'immigré sont « les grands absents de la constitution »⁹⁷¹! Jusque dans les années 1870, aucun des termes immigration et immigré n'existaient. Une première définition juridique de l'immigré fut donnée par la convention internationale de Rome en 1924, le différenciant ainsi de l'étranger⁹⁷². Le Haut Conseil à l'Intégration⁹⁷³, organisme consultatif, définit un immigré comme « une personne née étrangère à l'étranger qui a décidé de s'installer en France et y réside depuis au moins un an »⁹⁷⁴. Certains immigrés peuvent, par naturalisation ou par mariage, devenir français, les autres restants des étrangers. Les

convention de Genève du 28 juillet 1951, signée le 11 septembre 1952 à New York. Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952, portant création de l'OFPRA.

⁹⁷⁰ Cette distinction s'effectue en vertu de l'INA § 101 (a) (42). Pour la définition du réfugié il faut se reporter à l'INA § 207. Pour la définition du demandeur d'asile, l'INA § 208 (b) (1). Voir WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., *Immigration Law and Procedure*, p. 319 et s.

⁹⁷¹ F. MELIN SOUCRAMANIEN disait « l'étranger est le grand absent du texte constitutionnel de la Vème République ! ». MELIN SOUCRAMANIEN, F., « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? », in SAULNIER-CASSIA, E., TCHEN, V. (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p.107. En fait, la référence aux étrangers est présente concernant les ressortissants de l'UE ainsi que par la référence à l'asile dans l'article 51-3 de la constitution intégrée par la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 et l'alinéa 4 du préambule de la constitution de 1946, en faisant alors un principe particulièrement nécessaire à notre temps. Voir Constitution française, annexe n°1.

⁹⁷² Dans ce cadre l'immigrant est considéré comme « tout étranger qui arrive dans un pays pour y chercher du travail et dans l'intention exprimée ou présumée de s'y établir de façon permanente; est considéré comme simple travailleur tout étranger qui arrive dans le seul but de s'y établir temporairement ».

⁹⁷³ Le Haut Conseil à l'Intégration a été créé par décret du 19 décembre 1989. Il est placé auprès du premier ministre qui en définit le programme de travail. *Guide pratique de l'Intégration, Les acteurs, Les politiques et dispositifs publics, Les sources d'information*, A-D-R-I, la Documentation française, 2002, p.21.

⁹⁷⁴ Le Haut Conseil à l'Intégration dans le cadre de sa mission consistant à "donner son avis et de faire toute proposition utile, à la demande du Premier ministre ou du Comité interministériel à l'intégration, sur l'ensemble des questions relatives à l'intégration des résidents étrangers ou d'origine étrangère" a donné une définition du terme immigré qui fait désormais autorité. http://www.hci.gouv.fr/rubrique.php3?id_rubrique=19. Consulté le 10.01.2011.

personnes nées françaises à l'étranger et vivant en France ne sont donc pas comptabilisées dans la catégorie d'immigrés.

Ainsi, en France, les populations étrangères et immigrées ne se confondent pas totalement: un immigré n'est pas nécessairement étranger et réciproquement, certains étrangers ne sont pas immigrés étant par exemple nés en France, situation qui concerne essentiellement des mineurs. En effet, un étranger est celui qui vit en France pendant un certain temps mais qui, soit garde volontairement la nationalité du pays dont il relève, soit se voit refuser la possibilité de devenir français, soit enfin n'a pas acquis l'âge légal leur permettant de demander leur naturalisation.

Alors que la mention d'étranger peut être temporaire (l'étranger pouvant devenir français par naturalisation ou par acquisition) la qualité d'immigré semble être permanente. Un individu continue d'appartenir à la population immigrée même s'il devient français. C'est la référence au pays de naissance et non à sa nationalité qui définit la qualité d'immigré. Par conséquent, les étrangers se différencient des nationaux alors que les immigrés peuvent être des nationaux. Les immigrés, qu'ils soient nationaux ou étrangers se distinguent de ce que le langage courant dénomme « les français d'origine ». Les enfants d'immigrés nés sur le sol français sont donc communément désignés comme étant des français d'origine étrangère, des français de la seconde génération entendue comme la seconde génération d'immigrés. Pour autant, ce qualificatif n'est en rien juridique.

Dès lors, l'immigré étranger peut devenir français, par attribution ou par acquisition. Est donc français par acquisition une personne née à l'étranger et qui est devenue française. L'acquisition de la nationalité française s'opère dans des conditions fixées par la loi. Ces conditions diffèrent selon que l'étranger est né en France ou ne l'est pas, et selon qu'il est marié à un ressortissant français ou non. En outre, toute personne peut demander à être naturalisée si elle satisfait à certaines exigences⁹⁷⁵.

Notons que si l'on s'en tient à la définition de la personne immigrée donnée par le Haut Conseil de l'Intégration, il ne peut juridiquement exister d'immigré de la seconde génération voire de la troisième car ces personnes sont nées en France et pour certaines nées en France de parents devenus français. Apparaît ici une ambiguïté et une dichotomie entre les qualifications

⁹⁷⁵ Voir les développements *infra* p. 223-228.

légales et les qualifications sociales et politiques. Légalement, le concept d'immigré est restreint et relativement temporaire, en tout cas circonscrit à une génération. Politiquement et socialement, le terme immigré est une caractéristique subjectivée⁹⁷⁶. Même si l'on parle de plus en plus souvent de personnes issues de l'immigration et non des immigrés en tant que tels, conscients de leur statut juridique. Toutefois, la confusion subsiste.

B- Aux Etats-Unis, la fin de la prévalence du terme englobant d'immigrant

Pendant longtemps, aux Etats-Unis, aucune distinction n'était véritablement opérée entre citoyens, immigrants et résidents étrangers et ce dès lors qu'ils étaient blancs. Les immigrants européens qui foulait le sol américain se destinaient à être des citoyens s'ils acceptaient de respecter les règles du jeu fixées par les premiers migrants, à condition toutefois qu'ils soient considérés comme appartenant à la race blanche. Les distinctions existantes entre les personnes étaient liées à des différences de statut personnel dont la plus notoire se manifestait entre les esclaves et les propriétaires d'esclaves, différenciations grandement corrélées à des facteurs biologiques et notamment à la couleur de peau. Ainsi, une différenciation existait entre les immigrants blancs qui pouvaient sous certaines conditions accéder à la nationalité et les autres immigrants confinés au statut d'étrangers. Dès lors, l'étranger qui réside régulièrement aux Etats-Unis est une personne au sens du 14^{ème} amendement et se voit donc protégée par le principe d'égalité⁹⁷⁷.

Aujourd'hui, les autorités fédérales et les entités fédérées différencient les personnes foulant leur territoire, rompant ainsi avec leur tradition de principe de non catégorisation des migrants⁹⁷⁸. De ce fait, on voit apparaître les distinctions entre les citoyens américains, les immigrants légaux, les résidents étrangers et les clandestins. Cette évolution résulte en définitive de deux facteurs complémentaires. Le premier se présente comme une conséquence du changement dans l'appréhension de l'immigration au cours du XIX^{ème} mais surtout du XX^{ème} siècle. Cette mutation idéologique et juridique a conduit à une différenciation accrue

⁹⁷⁶ Le terme subjectivé est utilisé pour faire état à la fois du caractère subjectif ressenti par les personnes issues de l'immigration et par la perception et qualification des personnes extérieures.

⁹⁷⁷ C.S., *Yick Wo v. Hopkins*, 118 (11 Davis) 356 US (1885) ou encore C.S., *Graham v. Richardson*, 403 US 365 (1971).

⁹⁷⁸ Même si ces catégories existaient effectivement pour l'entrée sur le territoire comme nous l'avons vu dans les développements ultérieurs. Voir les développements sur l'histoire de l'immigration et notamment sur l'instauration des quotas, *supra* pp. 180-182.

entre entrée sur le territoire national et accès à la citoyenneté- nationalité américaine. Le second élément explicatif provient de controverses de plus en plus prégnantes entre les deux échelons du système fédéraliste et la difficile répartition des compétences entre les niveaux. Si comme on l'a vu, le niveau fédéral dispose d'une prérogative pour déterminer les politiques nationales en matière d'immigration, les Etats fédérés ont la responsabilité de la prise en charge concrète des immigrants au travers de politiques de scolarisation, de santé mais aussi de sécurité ou d'emploi. Ainsi, les Etats qui accueillent le plus de migrants se voient contraints de supporter une lourde charge qu'ils n'ont pas toujours l'envie et/ou les moyens d'assumer. Des polémiques se muant en critiques apparaissent donc, les Etats jugeant les politiques de régulation de l'immigration comme étant trop indulgentes voire permissives. Une des manifestations de cette situation de contestation se trouve dans la Proposition 187 adoptée par référendum par les habitants de Californie en 1987 sur la base de l'initiative *Save Our State*. Celle-ci intervient dans le contexte de revendication des Etats Californiens, Texan et de Floride qui, accueillant la majeure partie de l'immigration légale et illégale affluant aux Etats-Unis, se trouvent confrontés à des frais sociaux (en matière d'éducation, de santé et de justice). Ils imputent cette situation aux immigrants illégaux et à leurs enfants et reprochent cet état de fait au gouvernement fédéral. Dans ce sens, la Californie, désireuse de réduire par la voie législative ses coûts en matière de services sociaux et voulant à travers une initiative anti-migratoire attirer l'attention du Congrès américain, a mis en place ce référendum d'initiative populaire. Cette proposition est justifiée dans sa section I par la présence importante d'étrangers illégaux qui feraient souffrir à la fois les personnes de Californie et leur économie. Ainsi, les étrangers illégaux sont exclus des services publics sociaux, des centres de santé publics, du système scolaire primaire et secondaire public ainsi que des institutions publiques d'éducation supérieures. Son résultat positif a mis cet Etat face à un choix délicat puisqu'il accueille depuis des décennies une population étrangère très importante. Les habitants ont finalement tranché, à 59 % contre 41%, en optant pour priver les immigrants illégaux des services sociaux, dont l'accès à l'école. Au final, une telle mesure fut difficilement applicable étant donné que d'une part, nombre d'enfants d'immigrants illégaux sont nés sur le territoire américain et ont donc la nationalité américaine et que, d'autre part, cette mesure allait à l'encontre d'une décision de la Cour Suprême de 1982 *Plyer v. Doe* qui interdisait de priver d'éducation publique les enfants d'immigrants en situation irrégulière⁹⁷⁹. Dans un arrêt en date de 1995, *LULAC et al. V. Pete Wilson et al.*, la Cour du district fédéral de Californie affirme le caractère inconstitutionnel de la plupart des dispositions de la

⁹⁷⁹ C.S., *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

Proposition 187⁹⁸⁰. Par conséquent, au niveau fédéral, cette distinction fut entérinée par les lois de 1996, *Personal Responsibility Work Opportunity Reconciliation Act* et *l'Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act*, qui institutionnalisent la différence entre les citoyens américains et les immigrants, que ces derniers soient en situation régulière ou clandestins.

Il existe donc aujourd'hui aux Etats-Unis une distinction légale entre cinq groupes de personnes: les citoyens nationaux, les résidents permanents qui bénéficient d'un statut légal leur permettant de vivre et travailler sur le territoire américain, les étrangers non-résidents permanents entrés légalement, c'est-à-dire les immigrés qui n'ont pas de statut ou encore les étrangers venus temporairement et enfin, les immigrés illégaux, entrés clandestinement. En outre chaque Etat distingue à présent les réfugiés et les immigrants ordinaires

Ce souci de différenciation répond à la volonté d'encadrer au mieux l'accès à la nationalité. En effet, conférer juridiquement et politiquement la qualité de national à une personne, c'est la reconnaître comme un élément constitutif de la nation.

§2- La définition de la nationalité en France et aux Etats-Unis

L'idée de nation suppose la définition de la nationalité. Elle induit le contenu de cette définition, tout autant que la définition de la nationalité permet elle-même de donner une certaine idée de la nation par un processus itératif. La nationalité est en effet le lien juridique qui relie un individu à un Etat déterminé. Droit octroyé par l'Etat, elle est également « l'institution juridique par l'Etat de sa base humaine »⁹⁸¹. Notion incontestablement juridique, elle constitue également une donnée politique voire psychologique en ce sens qu'elle participe à la définition de l'identité d'une personne.

La possession de la nationalité engendre des conséquences juridiques importantes puisqu'elle confère une série de droits et notamment des droits civiques au même titre qu'elle génère des

⁹⁸⁰ Voir LEMAY, M.C., BARKAN, E.R., *US immigration and naturalization laws and issues: : A Documentary History*. Westport, CT: Greenwood., 336 p., pp. 300-301.

⁹⁸¹ BORELLA, F., « Nationalité et citoyenneté en droit français », in COLAS, D., (dir.), *L'Etat de droit*, PUF, 1987, 254p., p.29 et 30.

obligations. Il est donc important de comprendre le processus d'attribution de la nationalité ainsi que l'attribution de la citoyenneté en France (A). Entre droit du sol et droit du sang, elle semble ne pouvoir se défaire de son hésitation entre le maintien d'une identité ethnique et une approche volontariste. Au contraire, les Etats-Unis prônent dans une certaine mesure l'élection de sa nation, avec la prévalence d'une approche volontariste, basée sur le *jus soli* (B)⁹⁸². Nous nous intéresserons également à la gestion de la double nationalité dans ces deux contextes et à ses enseignements quant à l'appréhension de la nation face à la diversité (C).

A- En France, l'affirmation d'un principe mixte: entre *jus soli* et *jus sanguini*

D'un point de vue juridique, être français c'est avoir la nationalité française. L'acquisition de celle-ci résulte à la fois d'un processus déclaratif et constitutif.

Le droit de la nationalité est le fruit d'une longue construction forgée sur plusieurs siècles⁹⁸³. Aujourd'hui, l'acquisition de la nationalité française s'effectue soit à la naissance, on parle alors de nationalité par attribution, soit après la naissance, c'est alors une nationalité par acquisition. Cette double possibilité semble refléter l'appréhension de la nation « à la française » qui la détermine à la fois comme une donnée objective et comme une démarche volontariste exprimée par la manifestation d'un « vouloir vivre ensemble ». En 2000, on compte 150 025 acquisitions de la nationalité française tous modes d'acquisition confondus⁹⁸⁴.

La nationalité acquise à la naissance peut résulter du droit du sang et donc naître de la filiation, ou du droit du sol, découlant du fait d'être né sur le territoire national, le tout dans certaines conditions énoncées par la loi. Concernant la filiation et conformément à l'article 18 du Code civil, « est français l'enfant légitime ou naturel dont l'un des parents au moins est français ». S'il est né en dehors du territoire français, il dispose de la faculté de répudier la nationalité française par simple déclaration devant le juge d'instance ou s'il réside à l'étranger, devant le consul ou le consul général de France au cours des six mois précédents sa

⁹⁸² Notons que ce choix du droit du sol caractérise les pays d'immigration, notamment américains tels que Canada, Mexique, Brésil, Colombie, Argentine, Uruguay. Voir notamment DOMESTICI-MET, M.-J., « La « Nation à la française », une exception française? Un atout au temps de la mondialisation ? », op.cit., p. 4.

⁹⁸³ Voir WEIL, P., *Qu'est-ce qu'un français*, op.cit.

⁹⁸⁴ En 2008 ce chiffre était de 137 452. Voir *Annuaire statistique de la Justice Édition 2009 -2010*, La Documentation française - Direction de l'information légale et administrative. Paris 2010, p.79. Voir <http://sos-net.eu.org/etrangers/chiffres5.htm>, p.1. Consulté le 01.10.2011.

majorité ou des 12 mois suivants⁹⁸⁵. Concernant la naissance sur le territoire national, elle ne confère automatiquement la nationalité française que si l'enfant est né d'au moins un parent lui-même né en France⁹⁸⁶. Si un seul de ses parents est né en France, l'enfant aura la faculté de répudier la nationalité française par simple déclaration devant le juge d'instance. S'il réside à l'étranger, il devra effectuer cette déclaration devant le consul ou le consul général de France de son pays de résidence au cours des six mois précédents sa majorité ou des 12 mois suivant⁹⁸⁷. Dans certains cas limités, comme par exemple pour les apatrides ou les enfants nés en France de parents inconnus, celui qui est né en France de parents étrangers nés à l'étranger peut se voir exceptionnellement attribuer la nationalité française par sa seule naissance en France.

Pour les personnes nées en France de parents nés en Algérie avant l'indépendance, il convient de distinguer trois situations: D'abord, ceux qui sont nés avant le 1^{er} janvier 1963 en France ou en Algérie sont algériens sauf s'ils ont souscrit une déclaration de reconnaissance de la nationalité française; Ensuite, les personnes nées entre le 1^{er} janvier 1963 et le 1^{er} janvier 1994 sont françaises même si leurs parents nés avant l'indépendance de l'Algérie sont algériens; Enfin, les enfants nés après le 1^{er} janvier 1994 sont français.

En outre, sont françaises les personnes nées en France avant le 1^{er} janvier 1994 de parents ressortissants des anciennes colonies ou anciens T.O.M⁹⁸⁸, avant l'indépendance de ces territoires. Les personnes nées en France après le 1^{er} janvier 1994 de parents ressortissants des anciennes colonies ou anciens T.O.M, avant l'indépendance de ces territoires, sont françaises à 18 ans si elles remplissent les conditions de résidence.

La nationalité acquise après la naissance peut découler de trois processus distincts. Elle peut d'abord être sous certaines conditions automatique ou conférée par déclaration individuelle ou encore attribuée par un décret dénommé décret de naturalisation. Quel que soit le processus usité, une condition irréfragable existe consistant à se trouver, lors de la demande, en situation de séjour régulier en France. De plus, la nationalité par acquisition ouvre la possibilité pour la personne concernée de demander la francisation de son nom et/ou de ses prénoms.

⁹⁸⁵ Article 18.1 du Code civil.

⁹⁸⁶ Article 19.3 du Code civil stipule qu' « est français l'enfant légitime ou naturel né en France lorsqu'un de ses parents au moins y est lui-même né ».

⁹⁸⁷ Article 19.4 du Code civil.

⁹⁸⁸ Les territoires concernés sont: l'Algérie, le Bénin, le Burkina Faso, Centrafrique, Chandénagor, les Comores (sauf Mayotte), le Congo, la Côte d'Ivoire, Djibouti, le Gabon, la Guinée, le Karikal, Madagascar, Mahé, le Mali, la Mauritanie, le Niger, Pondichéry, le Sénégal, le Tchad, le Vanuatu, le Vietnam et le Yanaon.

- L'acquisition automatique concerne l'enfant dont l'un des parents devient français. On parle d'acquisition par effet collectif⁹⁸⁹.
- L'acquisition par déclaration individuelle concerne à la fois les personnes qui se marient avec un conjoint français après 4 ans si la communauté de vie n'a pas cessée entre les époux et que le conjoint français a conservé sa nationalité⁹⁹⁰.
- L'acquisition de la nationalité française par décret de naturalisation concerne les personnes qui n'ont pas de lien avec la France mais qui ont leur domicile en France. La naturalisation est délivrée par le ministre des affaires sociales.

Soulignons que l'acquisition de la nationalité est de plus en plus couplée à la preuve de l'assimilation⁹⁹¹ notamment depuis l'adoption de la loi du 16 juin 2011⁹⁹². Aussi un stage de 5 ans est imposé par l'article 21-17 du Code⁹⁹³. Un contrôle d'assimilation est prévu, formalisé lors de la cérémonie d'accueil dans la citoyenneté, qui donne lieu à la signature de la Charte des droits et devoirs du citoyen français⁹⁹⁴. Pour être naturalisée la personne doit, en vertu de la nouvelle législation, adhérer et non plus seulement connaître aux droits et aux devoirs du citoyen français. Notons en outre qu'une condition culturelle importe pour l'attribution de la nationalité française. Il s'agit de l'interdiction de la polygamie pour les personnes résidentes en France qui résulte de la loi du 24 août 1993⁹⁹⁵ laquelle dispose que « la carte de résident ne

⁹⁸⁹ S'il est né en dehors du territoire français, il dispose de la faculté de répudier la nationalité française par simple déclaration devant le juge d'instance compétent s'il réside en France ou s'il réside à l'étranger devant le consul ou le consul général de France au cours des six mois précédant sa majorité ou des 12 mois suivant. L'acquisition automatique s'effectue également à leur majorité, pour les enfants nés en France de parents étrangers nés à l'étranger. Pour ce faire il faut que l'enfant ait eu sa résidence habituelle pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans depuis l'âge de 11 ans (Article 21-7 du Code civil). Il peut répudier sa nationalité française au cours des six mois précédant sa majorité ou des 12 mois suivant. L'acquisition automatique peut être anticipée par l'intéressé lui-même à 16 ans. Cette démarche s'effectue par une déclaration souscrite devant le juge d'instance. Ou bien, elle peut être réclamée pour lui, par ses parents, dès 13 ans. Cette requête doit néanmoins être réalisée avec son consentement et sous la condition d'avoir résidé continuellement pendant 5 années en France avant l'âge de 13 ans.

⁹⁹⁰ Article 21-2 du Code civil. Depuis la loi n° 2006-311 du 24 juillet 2006. Ce délai est supprimé lorsqu'un enfant naît avant ou après le mariage et dont la filiation est établie à l'égard des deux conjoints. Cette déclaration est souscrite devant le juge d'instance du domicile ou devant le consul général de France en cas de résidence à l'étranger. L'acquisition par déclaration individuelle touche aussi les enfants nés en France de parents étrangers nés à l'étranger quand celle-ci est anticipée. Cela concerne ensuite les cas d'adoption simple et enfin les personnes qui ont été considérées à tort comme français pendant 10 ans par les autorités françaises et qui se sont considérées soit elles-mêmes comme françaises (Article 21.3 du Code civil).

⁹⁹¹ Pour plus de détails sur cette notion, voir les développements *infra* p. 339.

⁹⁹² Loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011. Voir *supra* p. 169.

⁹⁹³ Ce délai pouvant être réduit à deux ans si le parcours d'intégration de la personne est « exceptionnel ». Article 21-18 du Code civil complété par article 1^{er} de la loi du 16 juin 2011.

⁹⁹⁴ Voir Contrat d'accueil et d'intégration France, annexe n°12.

⁹⁹⁵ Loi n° 93-1013 du 24 août 1993.

peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant ». Il faut en outre être « de bonne vie et de bonnes mœurs ».

Les enfants nés en France de parents étrangers, qui sont susceptibles de devenir français à leur majorité, se voient conférer un document d'identité dénommé le titre républicain⁹⁹⁶. Il est attribué pour 5 ans par le préfet du département dans lequel réside habituellement le mineur si ses parents ont un titre de séjour. L'acquisition de la nationalité française produit effet le jour du décret qui est publié au Journal officiel⁹⁹⁷. Notons que la connaissance de la langue française peut dans certains cas dispenser de la condition de résidence en France. Cette disposition résulte de la loi du 22 juillet 1993.⁹⁹⁸ Elle concerne les personnes mineures et consacre ainsi le pouvoir d'intégration à la culture française que donne la francophonie⁹⁹⁹. Toutefois, les autorités gouvernementales peuvent s'opposer à l'acquisition de la nationalité française pour défaut d'assimilation lorsque la connaissance du français n'est pas jugée suffisante.

Concernant le lien entre citoyenneté et nationalité on peut parler de *cas français* puisque prime une disjonction historique des termes. Ainsi, être de nationalité française ne signifie pas automatiquement être citoyen français. Jusqu'en 1975, les français par naturalisation ne pouvaient par exemple pas exercer de droit de vote. De plus, ils n'étaient pas éligibles pendant les 5 ou 10 ans (en fonction des époques) suivant l'acquisition de la nationalité. Aujourd'hui, l'existence d'une citoyenneté européenne accentue la différence terminologique des termes¹⁰⁰⁰.

Notons que la déchéance de la nationalité est prévue à l'article 25 du Code civil. Il concerne notamment l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, le terrorisme, ou la commission « au profit d'un État étranger, des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France »¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁶ Loi n° 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité.

⁹⁹⁷ Journal Officiel de la République Française. JORF.

⁹⁹⁸ Loi n° 93-933 du 22 juillet 1993.

⁹⁹⁹ Cela concerne les Etats ayant pour langue officielle le français : la Belgique, le Burkina faso, le Burundi, le Cameroun, le Canada, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Cote d'Ivoire, Djibouti, le Gabon, Haïti, le Liban, la Louisiane, le Luxembourg, le Mali, Monaco, le Niger, le Rwanda, le Sénégal, les Seychelles, la Suisse, le Tchad, le Togo, le Val d'Aoste, Vanuatu, et le Zaïre.

¹⁰⁰⁰ Mentionnons que les rapports entre la citoyenneté de l'Union et la nationalité d'un Etat européen a fait l'objet d'une synthèse par l'arrêt dans l'arrêt Rottman- CJUE, Gde Ch., 2 MARS 2010, Janko Rottmann, C-135/08, Rec. I-1449, op.cit.

¹⁰⁰¹ Son application est sujette à trois conditions strictes. La première est de ne pas rendre la personne apatride. La deuxième tient au fait que la personne ait été naturalisée française il y a moins de 10 ans. Enfin, seule une

La situation des Etats-Unis diffère dans sa genèse mais tend à présent à concilier droit du sol et droit du sang comme c'est le cas en France.

B- Les Etats-Unis, la prévalence du droit du sol

Aux Etats-Unis les termes citoyenneté et nationalité se confondent le plus souvent, même si nous verrons ultérieurement que le droit américain opère une distinction entre ces deux notions dans quelques cas particuliers. Le terme citoyen, *American Citizen*, est le terme générique, le plus souvent usité pour qualifier un national. Ainsi, la citoyenneté est définie comme un statut donné à un membre légal du pays. Il implique des droits, des devoirs et des privilèges¹⁰⁰². La citoyenneté conférée par le 14^{ème} amendement est d'abord une citoyenneté fédérale : « toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des Etats-Unis, et de l'Etat dans lequel elle réside »¹⁰⁰³. Aussi, la citoyenneté des Etats fédérés est dite catégorie dérivée¹⁰⁰⁴. A noter que le changement de résidence constitue la seule modalité de naturalisation interétatique¹⁰⁰⁵.

En conséquence, et en vertu du 14^{ème} amendement, la citoyenneté américaine est acquise par la naissance quand l'enfant est né sur le territoire des Etats-Unis. Il s'agit donc de l'application du *jus soli* puisque le seul fait de naître sur le territoire américain confère la nationalité américaine indépendamment de la nationalité d'origine des parents et de leur statut légal. Notons toutefois que la règle du *jus sanguini* s'applique depuis que le Congrès a décidé en 1790 qu'un enfant né à l'étranger d'un père citoyen américain pouvait être américain. En outre, l'*immigration and nationality act* de 1952¹⁰⁰⁶, premier instrument de codification des

décision conforme du Conseil d'État peut entériner cette perte. En vertu d'une proposition d'amendement gouvernemental, adoptée par l'Assemblée nationale, rejetée par le sénat, le système français a failli basculer vers une individualisation du traitement des « français d'origine étrangère ». Il s'agissait en effet de donner une nouvelle possibilité de retrait aux personnes qui auraient commis un crime contre une personne dépositaire de l'autorité publique.

¹⁰⁰² www.usimmigrationsupport.org. Consulté le 01.02.2012.

¹⁰⁰³ Voir Constitution des Etats-Unis, annexe 2.

¹⁰⁰⁴ NEUMAN, G.L., Fédéralisme et citoyenneté aux Etats-Unis et en Europe, *Critique internationale*, n°21, octobre 2003, pp.1-17, p.1.

¹⁰⁰⁵ Aussi, un « droit de déplacement inter-étatique » existe, constitutionnellement reconnu. *Ibid.* p. 2.

¹⁰⁰⁶ Voir

<http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.f6da51a2342135be7e9d7a10e0dc91a0/?vgnextoid=fa7e539dc4bed010VgnVCM1000000ecd190aRCRD&vgnnextchannel=fa7e539dc4bed010VgnVCM1000000ecd190aRCRD&CH=act>. Consulté le 31.07.2011.

règles relatives à l'immigration et à la nationalité, étend cette possibilité à d'autres territoires. Ainsi, l'enfant né, est un citoyen national avant d'être un citoyen d'un Etat donné. La rédaction du 14^{ème} amendement est à ce titre explicite puisqu'elle stipule que « toutes personnes nées ou naturalisées aux Etats-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyennes des Etats-Unis et de l'Etat où elles résident ». Notons que le 14^{ème} amendement, depuis son adoption en 1865, garantit la citoyenneté aux personnes noires, devenues des « hommes libres ».

La citoyenneté peut en outre s'acquérir par la naturalisation qui n'est autre que le processus par lequel un citoyen d'un pays étranger acquiert une nouvelle nationalité, et en l'occurrence, devient américain. En effet, la Constitution a doté le Congrès du pouvoir de légiférer en matière de naturalisation. Ainsi, il appartient à l'Etat fédéral de définir les conditions d'obtention de la nationalité américaine, aucun Etat ne pouvant conférer une telle nationalité à une personne étrangère.

Pour pouvoir prétendre à la naturalisation, plusieurs critères sont exigés afin d'être éligible et des tests sont effectués afin de déterminer l'octroi ou non de la nationalité. Ainsi, il faut en premier lieu être un résident permanent, c'est-à-dire avoir résidé continuellement sur le sol américain durant 5 ans (ou 3 ans si la personne est mariée à un citoyen américain et possède la *green card*¹⁰⁰⁷). Il faut en outre avoir été présent au moins la moitié du temps sur le sol américain pendant les périodes de 5 et 3 ans susmentionnées. Ne peuvent cependant demander la naturalisation que les personnes âgées de 18 ans ou plus et reconnues capables. Une fois ces pré-requis remplis, deux types de tests sont imposés aux candidats à la naturalisation. Le premier consiste en la démonstration de connaissances basiques relatives au gouvernement et à l'histoire américaine. Ce test diffère selon l'âge de la personne et la durée de résidence permanente. Pour les moins de 65 ans ou moins de 20 ans de résidence permanente, le test est plus dense et se réfère essentiellement à des connaissances relatives au drapeau américain, aux grandes dates qui ont fait les Etats-Unis, aux présidents américains, à la Constitution ou encore aux grands personnages de l'histoire américaine. Pour les plus de 65 ans ou les personnes résidant sur le territoire depuis plus de 20 ans, le test concernera plus ou moins les mêmes domaines mais sera plus souple. Le second test sert à s'assurer de la maîtrise d'un anglais basique. Il prend la forme de test de lecture, d'écriture et de discussion en anglais. La personne doit en outre faire preuve de sa bonne moralité. Enfin, un septième et dernier critère

¹⁰⁰⁷ La *green card* (Carte verte) est la carte de résident permanent aux Etats-Unis qui doit son nom à sa couleur verte.

apprécié dans la procédure de nationalisation concerne l'expression de son allégeance aux Etats-Unis.

Les étapes de la naturalisation sont donc au nombre de quatre. La première a trait au remplissage de formulaires accompagné de l'acquittement d'une certaine somme d'argent. La deuxième consiste en un rendez-vous fixé pour la prise des empreintes digitales. Le troisième se réfère à un entretien au cours duquel les preuves de l'éligibilité sont analysées et les connaissances civiques et de langue sont démontrées. Enfin, la quatrième étape dépend de la réponse donnée par l'administration fédérale. Si la réponse est négative, elle est spécifiée par courrier et est motivée. Lorsque les conditions sont remplies mais que la personne a échoué au test de langue et de connaissance civique, un nouveau rendez-vous pourra lui être donné. Par contre, si la réponse est positive, la personne est invitée à une cérémonie de naturalisation, *swearing-in ceremony*¹⁰⁰⁸. Cette cérémonie a lieu en général tous les 17 septembre, célébration du jour de la citoyenneté¹⁰⁰⁹. Lors de cet événement patriotique, la personne devenant américaine doit prêter serment et faire acte d'allégeance aux Etats-Unis. Le Congrès a en outre le pouvoir de donner la citoyenneté d'honneur afin d'honorer la bravoure ou la grandeur d'une personnalité étrangère¹⁰¹⁰.

Nous mentionnions précédemment que les termes nationalité et citoyenneté n'étaient pas parfaitement similaires. En effet, si un non national ne peut être citoyen, un non citoyen peut demeurer un national dans certains cas très particuliers. Dans cette situation précise il n'est ni citoyen, ni étranger mais *a non citizen national*. C'est par exemple le cas de personnes qui ne vivent pas sur le territoire américain mais qui gardent une loyauté permanente envers les Etats-Unis. C'est aussi la situation des personnes du Pacific Island ou les *American Samoa* qui sont nées après 1900. Ces derniers jouissent de toutes les protections légales attachées aux citoyens américains mais n'ont pas le droit de vote.

Enfin, concernant les cas de déchéance, la citoyenneté américaine se perd si la personne qui en est titulaire prend la nationalité d'un autre pays, sauf exceptions spéciales du département d'Etat. De même, la perte de la nationalité survient lorsque la personne a servi dans les forces

¹⁰⁰⁸ Voir le *code of federal regulations, Title 8, Aliens and nationality, Chapter I, Part 337, 8CFR33*.

¹⁰⁰⁹ C'est le Président Harry S. Truman qui le 29 février 1952 a signé un décret établissant le jour de la citoyenneté chaque 17 septembre afin de reconnaître et d'honorer les citoyens américains et en hommage au jour où fut signée la constitution des Etats-Unis en 1787.

¹⁰¹⁰ Cette situation s'est présentée deux fois dans l'histoire, pour Winston Churchill en 1963 et Raoul Wallenberg en 1981.

armées étrangères ou *holding office*, ou encore lorsqu'elle s'est rendue coupable d'un crime majeur au niveau fédéral comme par exemple une trahison. Par contre, les ressortissants américains ne peuvent pas perdre la nationalité américaine pour quelque chose qu'ils ont été forcés de faire.

C- La question révélatrice de la double nationalité en France et aux Etats-Unis

Soulignons que la France et les Etats-Unis, s'ils n'appréhendaient pas la double combinaison des nationalités de la même manière, voient leur système converger.

En France, la loi n'exige nullement qu'un étranger devenu français abandonne sa nationalité d'origine de même qu'un français ayant requis une nationalité étrangère renonce à sa nationalité française. La double voire multiple nationalité est acceptée sauf dans le Cadre du Conseil de l'Europe. En effet, la Convention de Strasbourg du 6 mai 1963 a instauré un mécanisme de perte automatique de la nationalité d'origine en cas d'acquisition volontaire de la nationalité d'un autre Etat contractant¹⁰¹¹. Toutefois le deuxième protocole entré en vigueur seulement entre la France, l'Italie et les Pays-Bas, permet à l'un des ressortissants de ces trois pays de conserver sa nationalité d'origine en cas d'acquisition de la nationalité d'un autre Etat signataire du protocole si une des deux conditions énoncées est remplie¹⁰¹². Dans tous les cas, le fait d'être binational en France ne distingue en rien des autres français tant sur le plan des droits que des devoirs liés à la citoyenneté. La seule limite concerne le fait qu'un français binational ne peut faire prévaloir sa nationalité française auprès des autorités de l'autre Etat dont il possède aussi la nationalité lorsqu'il y réside. Néanmoins, avec le vote de la loi du 16 juin 2011 et plus précisément la rédaction du nouvel article 21-27-1 du Code civil, on assiste à une mutation importante, non pas tant dans les conséquences (puisque la règle de la double nationalité demeure) mais plutôt dans l'esprit de « l'instrumentalisation du droit de la nationalité »¹⁰¹³. En effet, la personne qui acquiert la nationalité française doit indiquer à l'autorité compétente 3 éléments : la ou les nationalités qu'il a ; la ou les nationalités qu'il

¹⁰¹¹ Article 1^{er} al.1 de la Convention de Strasbourg du 6 mai 1963.

¹⁰¹² Soit lorsque l'intéressé y est né et y réside ou y a résidé habituellement pendant une période commençant avant l'âge de 18 ans ; soit par l'effet d'une manifestation expresse de volonté faisant suite au mariage de l'intéressé avec un ressortissant de cet Etat.

¹⁰¹³ Terme emprunté à LABAYLE, H. *in* « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné », *op.cit.*, p. 940.

conserve en plus de la nationalité française ; la ou les nationalités auxquelles il entend renoncer.

Aux Etats-Unis un changement significatif a été opéré. En effet, jusque dans les années 1960, la double nationalité conduisant à la double citoyenneté était exclue, perçue comme éminemment néfaste puisque l'immigrant devait allégeance aux Etats-Unis, entendue comme une adhésion explicite à ses institutions et à ses valeurs. Ainsi, un individu ne devait loyauté plus qu'à un seul Etat, son nouvel Etat, lequel garantissait sa protection. Ce dispositif tranche avec la possibilité de conserver la culture de son pays d'origine mais consacre la volonté de rechercher l'unité nationale par-delà les particularités individuelles ou collectives.

Aujourd'hui, l'idée de double nationalité est de plus en plus acceptée même si elle n'est pas traduite dans les faits ou plus exactement dans le droit. Non encouragée, elle est tolérée, dans certains cas. Lorsqu'un citoyen américain obtient une autre nationalité par le mariage ou quand un enfant de parents américain né à l'étranger, la double nationalité est possible. De même une personne naturalisée aux Etats-Unis ne perd pas sa nationalité d'origine et n'est donc plus obligé de choisir. La même règle s'applique pour les américains qui gagnent la nationalité d'un autre pays. Par contre, une personne qui fait elle-même la démarche pour avoir une autre nationalité risque de perdre le passeport américain¹⁰¹⁴.

Cette appréhension juridique différente de la double nationalité résulte du processus historique de construction de la nation particulier en France et aux Etats-Unis. Les Américains, anciennement ou nouvellement arrivés ont construit la nation américaine. Dans ce sens et pour ce faire, ils ont dû prêter une allégeance exclusive à cette patrie dans laquelle ils décidaient de se fondre. Les français nouvellement arrivés sur le territoire n'ont pas construit la nation en tant que telle, même si nous postulons qu'ils ont, au même titre que les français de « souche », contribué à sa construction et à son développement. Le seul fait qu'ils adhèrent à cette volonté de vivre ensemble suffisait à justifier leur appartenance de la nation.

¹⁰¹⁴ Le passeport américain continue d'ailleurs de mentionner dans les conditions de perte de la citoyenneté américaine le fait d'être naturalisé dans un autre Etat. Notons que la double citoyenneté ou tout au moins nationalité est largement encouragée par les Etats d'émigration. En effet, une telle disposition leur permet de maintenir le lien avec la terre d'origine et par conséquent de fortifier l'idée implicite de devoir de solidarité. Le gouvernement mexicain a par exemple modifié sa constitution autorisant la double nationalité pour les personnes qui deviennent citoyennes américaines. Les nouvelles dispositions permettent en outre de redonner la nationalité mexicaine à ceux qui l'avaient perdue au profit de la nationalité américaine. Notons que dans le cas du Mexique on parle de la nationalité et non de la citoyenneté car cette dernière ne peut exister que si la personne retourne vivre dans son pays. Pour donner suite aux changements de perspectives du Mexique, le président Bush a envoyé en espagnol un message adressé aux personnes d'origine mexicaine reconnaissant leur loyauté à leur Etat d'origine.

Même les politiques assimilationnistes développées en France tout au long de ces trois derniers siècles n'ont pas commandé un détachement de référents nationaux alors même qu'elles ont pu souhaiter et motiver un renoncement culturel.

En outre, et en guise de conclusion, cette différence de conception traduit deux approches distinctes de la manifestation du « vouloir vivre ensemble ». Aux Etats-Unis, appartenir à la nation, c'est renoncer à un quelconque lien avec une autre nationalité, entendu comme une allégeance à un autre Etat, alors même que les différences culturelles et leurs revendications tout autant que manifestations publiques sont admises et depuis quatre décennies et même institutionnalisées. En France, au contraire, appartenir à la nation n'est pas forcément corrélé à la négation d'une autre allégeance à un autre Etat alors même que cela implique un rejet d'un particularisme culturel, religieux revendiqué dans la sphère publique. Plus encore, la pratique montre qu'une « véritable intégration », perçue comme telle par l'opinion générale majoritaire, rimera avec une absence ou tout au moins une minimisation d'expression de tout particularisme « ethnique » dans la sphère publique.

§3- La différenciation des droits des étrangers et des droits des nationaux

La diversité des statuts pose la question de la diversification des droits. En effet, faut-il conférer les mêmes droits aux nationaux et aux étrangers immigrés? Autrement dit, convient-il d'appliquer le principe d'universalité sans faille ou faut-il au contraire y soustraire pour y inclure une dose plus ou moins importante de différentialisme ? Cette question est essentielle et se pose dans toute démocratie. En dehors de considérations purement juridiques, elle suscite un véritable débat politique et contribue indéniablement à la représentation que la nation a d'elle-même tout autant qu'à l'image qu'elle se donne ou entend donner¹⁰¹⁵.

Ainsi, nous nous attacherons à présenter sommairement la manière dont les nations française et étasunienne répondent aujourd'hui à la question des droits des étrangers et des nationaux. Alors que la France oscille historiquement entre universalisme et protectionnisme (A) les

¹⁰¹⁵ Notons que nous ne traiterons pas ici de manière spécifique des droits des demandeurs d'asile ou des personnes qui ont obtenu le statut de réfugiés. Voir Loi n°52-893 du 25 juillet 1952 portant création d'un Office français de protection des réfugiés et apatrides, modifiée par la loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JO du 12 mai 1998.

Etats-Unis évoluent d'une indifférenciation relative entre droits des étrangers et droits des nationaux à une certaine remise en cause de cette indifférenciation (B).

A- En France, des hésitations entre universalisme et protectionnisme

En règle générale, les droits dont ont bénéficié les personnes étrangères furent davantage le fruit de décisions administratives et judiciaires circonstancielles que le fait de lois cadres votées par les élus du peuple. Nous avons déjà souligné le quasi vide constitutionnel concernant la mention des étrangers. Il nous fait par contre mentionner l'audacieuse décision du Conseil d'Etat en date du 3 juillet 1996 qui reconnaît un principe fondamental reconnu par les lois de la République le fait de protéger les étrangers susceptibles d'être extradés dans un but politique¹⁰¹⁶. Par conséquent, on peut souligner que ces droits furent attribués au cas par cas en raison de considérations pratiques voire pragmatiques et non dans le cadre de politiques publiques soucieuses de conférer une certaine égalité de droit entre les résidents français. Si de manière théorique les droits sont affirmés, leur mise en œuvre est plus contestable¹⁰¹⁷.

Par ailleurs, contrairement aux Etats-Unis où prime l'élément territorial, le statut personnel des personnes est en droit français régi par la loi du pays dont elle possède la nationalité, et ce en vertu de l'article 3 al. 3 du Code Civil. Ainsi, toute personne possède un statut personnel, qui n'est toutefois révélé que si un « élément d'extranéité » intervient. Celui-ci comprend toutes les questions de droit qui concernent directement la personne: l'état civil (le nom), la capacité (les mesures de protection des incapables), l'union libre, le mariage (son état, ses effets, sa dissolution), la filiation par le sang et adoptive (leur établissement et leurs effets), le régime matrimonial et les successions¹⁰¹⁸.

Les nationaux de naissance ou les nationaux naturalisés jouissent en France des mêmes droits. La nationalité française permet ainsi en premier lieu de bénéficier des services d'assistance du

¹⁰¹⁶ CE.Ass., 3 juillet 1996, Koné, GAJA n° 103. Voir AUBIN, E., *Droit des étrangers*, Gualino, 2009, 359p., pp.64-65.

¹⁰¹⁷ Sur ce paradoxe entre affirmation théorique des droits sociaux des étrangers et sa mise en œuvre contestable, voir MICHELET, K., *Les droits sociaux des étrangers*, Paris, l'Harmattan, Logiques juridiques, 494p.

¹⁰¹⁸ ANDREZ, E., SPIRE, A., « Droits des étrangers et statut personnel », in *Plein Droit* n° 51, novembre 2001 « Entre ailleurs et ici, quels droits pour les femmes et les enfants étrangers ? » <http://www.gisti.org/doc/plein-droit/51/statut.html>, Consulté le 20.10.2010.

Ministère des Affaires étrangères, d'effectuer une peine de prison en France, de bénéficier de *minima* sociaux sous certaines conditions ou encore de percevoir une pension pour le décès d'un enfant militaire ou marin. Elle offre certaines garanties aux nationaux qui résident ou travaillent à l'étranger. Elle permet en outre l'application de la loi pénale française pour tout crime commis hors de l'hexagone. La nationalité est requise pour voter à toutes les élections locales et nationales, pour certaines professions (président d'une université française par exemple) mais aussi pour être assesseur d'un tribunal ou encore pour jouir de biens communaux, etc.

Pour les non-nationaux ou étrangers, deux niveaux d'analyse doivent être différenciés : les droits attachés aux droits et libertés qui s'expriment dans le cadre privé (1), et ceux qui prennent place dans la sphère publique (2)¹⁰¹⁹.

1-Les droits et liberté dans la sphère privée

Dans les domaines relevant de la sphère privée, les droits et libertés des étrangers sont relativement proches dans leurs principes de ceux des nationaux. Toutefois si les principes énoncés ne font pas apparaître de distinctions criantes, l'application de ces principes se heurte aux restrictions inhérentes à l'entrée et au séjour des étrangers.

Dans le cadre personnel et familial, le droit au respect de sa vie privée, le droit de propriété, le droit de fonder une famille et le droit de circulation à l'intérieur du territoire français sont entravés. D'abord, l'exigence d'un visa pour pénétrer sur le territoire français, qui plus est pour s'y établir, ampute les droits et libertés susmentionnés. De plus, la liberté de circuler au sein du territoire est altérée par le fait que des contrôles d'identité peuvent être perpétrés arbitrairement. En outre, en dépit de l'interdiction de toute détention arbitraire dont jouissent également les nationaux, « ils peuvent être placés en détention administrative en dehors de toute procédure pénale, et même en l'absence de toute infraction pénale, dès lors qu'ils sont sous le coup d'une mesure d'éloignement forcé (...) »¹⁰²⁰. Leur liberté de circuler à l'intérieur du territoire français et d'y établir leur résidence est elle aussi restreinte puisqu'ils doivent déclarer aux autorités tout changement de résidence et que le ministère de l'Intérieur peut

¹⁰¹⁹ Les développements suivant sont en grande partie empruntés à D. LOCHAK. Voir LOCHAK, D., « Les droits des étrangers, entre égalité et discriminations », in *Immigration et intégration*, L'état des savoirs, La Découverte, 1999, 439p., p. 310-319.

¹⁰²⁰ *Ibid*, p. 311.

interdire à un étranger de résider dans certains départements. Ce dernier peut aussi assigner à résidence celui qui « a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière »¹⁰²¹.

La liberté de se marier se voit conditionnée lorsqu'elle s'accompagne d'une demande de droit au séjour. Comme le mentionne D. Lochak, « c'est du reste aussi la liberté de ne pas se marier qui est contestée aux étrangers, dès lors que le concubinage ne confère aucun droit de séjour »¹⁰²². Concernant le droit au respect de la vie privée et familiale, notamment stipulé par l'article 8 de la CEDH¹⁰²³, il se trouve également fortement altéré puisque concilié avec les impératifs d'ordre public et de maîtrise des flux migratoires, il restreint les possibilités de regroupement familial¹⁰²⁴.

Ainsi, dans la sphère personnelle et familiale, là encore on retrouve un certain alignement des droits entre nationaux et étrangers plus ou moins nuancé en fonction des registres considérés. Relevons toutefois le cas particulier des françaises d'origine étrangère qui se voient appliquer le statut personnel en lieu et place du droit national. En effet, les binationales se trouvent soumises à la loi de leur pays d'origine pour tout ce qui relève de leur statut personnel c'est-à-dire ce qui régit l'état et la capacité des personnes. Ces dispositions qui s'inscrivent dans le droit du XIX^{ème} siècle, traduites dans l'article 3 alinéas 3 du code civil, entendaient répondre à un régime de réciprocité et de garantie des droits des ressortissants français à l'étranger¹⁰²⁵.

En ce qui concerne le droit au travail, la liberté de travailler n'appartient pas vraiment aux étrangers puisqu'ils doivent obtenir des autorisations de travail. Celle-ci ne touche néanmoins pas les ressortissants de l'Union européenne¹⁰²⁶ ni les titulaires de carte de résident¹⁰²⁷.

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ L'article 8 de la CEDH dispose que: « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁰²⁴ Pour une étude sur le regroupement familial en France mais aussi en Allemagne, voir, JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 265, 425p.

¹⁰²⁵ DA SILVA, M., « Ces françaises victimes d'un droit personnel étranger », le Monde Diplomatique, Novembre 2005, p.30-31.

¹⁰²⁶ Depuis le traité de Maastricht.

¹⁰²⁷ Loi 1984.

Toutefois, cette apparente ouverture est corrélée à un accroissement des emplois interdits. A ce titre, on trouve en premier lieu les emplois de la fonction publique qui sont par principe réservés aux nationaux en tant qu'attribut de la citoyenneté. Deux exceptions existent toutefois. La première concerne les étrangers du corps de l'enseignement supérieur et de la recherche¹⁰²⁸. La seconde a trait aux ressortissants de l'Union européenne qui peuvent accéder à certains corps ou emplois de la fonction publique¹⁰²⁹. Les interdits pèsent en outre sur les emplois du secteur public et nationalisé. Néanmoins, l'exclusion ne se cantonne pas aux emplois publics mais concerne aussi le secteur privé qu'il soit salarié ou indépendant. Dans ce sens, et en considérant que les ressortissants de l'Union Européenne connaissent une similitude croissante de situation avec les nationaux¹⁰³⁰, est interdit une série de travaux. Ceci va de l'interdiction de gérer un débit de tabac ou de boisson à celle de diriger un établissement privé d'enseignement technique. Au niveau des professions libérales (médicales, légales...) la fermeture corporatiste est également de mise, les exigences de nationalité s'ajoutant souvent avec celle de diplôme français. Il existe aussi certains emplois réglementés qui font l'objet de dispositions spécifiques¹⁰³¹.

Au niveau du droit des travailleurs, la tendance est à l'assimilation¹⁰³². On pense notamment à la loi du 1^{er} juillet 1972 qui fait des discriminations à l'embauche un délit pénalement répréhensible, mais aussi à la loi du 27 juin 1972¹⁰³³ qui octroie le droit de siéger dans les comités d'entreprise et permet l'éligibilité aux fonctions de délégués du personnel. Par ailleurs, l'exercice du droit syndical n'existe que pour les personnes en situation régulière¹⁰³⁴. En matière de licenciement, est illégal tout licenciement qui se fonderait sur la race ou la nationalité. Il s'agit d'un délit de discrimination raciale condamnable en justice et passible d'une peine de prison de 2 ans maximum et d'une amende¹⁰³⁵. Une personne en situation irrégulière au regard du travail jouit quand même de certains droits et de possibilités de

¹⁰²⁸ Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982.

¹⁰²⁹ La loi du 26 juillet 1991 modifie le statut de la fonction publique...dans le sens....

¹⁰³⁰ En vertu du Traité de Maastricht faisant notamment de chaque ressortissant d'un Etat membre un citoyen européen détenteur de nombreuses prérogatives dans tous les pays de l'Union.

¹⁰³¹ Pour une présentation de ces professions dites « réglementées » voir <http://sos-net.eu.org/etrangers/externe/travail.2.htm>, p.10. Consulté le 01.10.2011.

¹⁰³² Exemple des médecins

¹⁰³³ Cette loi fut modifiée par la loi du 11 juillet 1975 qui en assouplissait les conditions, puis par la loi du 28 octobre 1982.

¹⁰³⁴ Dans ce cas de figure, les droits sont les mêmes que pour les français que ce soit en matière de représentation et de désignation en tant que délégué syndical et ce depuis 1968. Comme le souligne D. Lochak, deux droits restent refusés aux salariés étrangers: le droit d'exercer les fonctions de délégués mineurs et le droit de siéger dans les conseils de prud'hommes, alors même que depuis 1975 ils peuvent participer aux élections prud'homales. Voir LOCHAK, D., « Les droits des étrangers, entre égalité et discriminations », op. cit, p. 314.

¹⁰³⁵ Loi résultant de la transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant sur la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

recours¹⁰³⁶. Un étranger en situation régulière de séjour et de travail bénéficie des mêmes droits que les français en la matière. Concernant les retraites, les étrangers ayant travaillé en France ont les mêmes droits que les français s'ils sont titulaires d'un titre de séjour¹⁰³⁷. Quant au droit de bénéficier du SMIC¹⁰³⁸ c'est-à-dire d'un salaire minimum, il existe pour les personnes étrangères comme pour les français, que leur travail soit régulier ou irrégulier. Pour les indemnités de chômage, elles ne concernent que les personnes en situation régulière de travail et de séjour au même titre que les Français.

Il convient d'effectuer une différenciation entre situation irrégulière au niveau du séjour et situation irrégulière au niveau du travail. Le premier cas vise la position d'une personne dont le titre de séjour n'existe pas ou n'est plus valable et induit des sanctions et un risque d'éloignement du territoire. Le second se réfère à la situation de personnes travaillant soit clandestinement, c'est-à-dire non déclarées (travail au noir) ou non immatriculées dans le cas des commerçants ou des artisans, soit illégalement c'est-à-dire sans avoir les autorisations nécessaires. Dans ce dernier cas de figure, les sanctions portent à la fois sur la personne et l'employeur. Dans le cas de l'employé en situation irrégulière au niveau du séjour, sa situation d'irrégularité au niveau du travail se voit aggravée.

Pour ce qui est de l'accès aux prestations sociales, l'assimilation est largement réalisée pour les étrangers possédant un titre de séjour en cours de validité. C'est notamment le cas de l'aide au logement familial ou social¹⁰³⁹. Notons que l'accès aux HLM est prévu au même titre que pour les français même lorsque la personne étrangère fait l'objet d'une procédure de régularisation.

Dans le domaine du droit à la santé il n'existe plus de différence en droit entre nationaux et étrangers en situation régulière au regard du séjour et du travail. Ainsi, la loi du 3 janvier

¹⁰³⁶ Voir <http://sos-net.eu.org/etrangers/externe/travail2.htm>, p.3. Consulté le 01.10.2011.

¹⁰³⁷ Pour l'énumération des titres de séjour pris en considération, voir <http://sos-net.eu.org/etrangers/interne/retraite.htm>, p.9-10. Consulté le 01.10.2011. Par contre, leur versement peut intervenir alors même que la personne retraitée n'est plus résidente en France une fois la retraite « liquidée ». Voir par exemple <http://sos-net.eu.org/etrangers/interne/retraite.htm>, p.2. Consulté le 01.10.2011. En outre, le droit au versement de la retraite est possible pour les réfugiés qui ont quitté la France s'ils ne sont pas retournés s'installer dans leur pays d'origine et s'ils bénéficient du statut de réfugiés dans leur nouveau pays de résidence au moment de leur demande de paiement. Les personnes étrangères en situation irrégulière ne peuvent obtenir de pension de retraite. En outre, pour les personnes régulières, leur travail ne peut être pris en compte que s'il est exercé régulièrement. Notons enfin qu'une personne qui retourne définitivement à l'étranger peut effectuer des séjours temporaires en France sans effectuer de procédures d'admissions à chacun de ses voyages si elle possède un titre de séjour « retraite » *Ibid.*, p.5.

¹⁰³⁸ SMIC ou Salaire Minimum interprofessionnel de croissance, fut institué par la loi du 2 janvier 1970.

¹⁰³⁹ <http://sos-net.eu.org/fiches5.htm>. Consulté le 01.10.2011.

1975¹⁰⁴⁰ a conféré la protection sociale à l'ensemble des Français, puis aux salariés et travailleurs étrangers¹⁰⁴¹. La loi du 15 juillet 1982¹⁰⁴² a étendu cette garantie aux non-salariés¹⁰⁴³. La couverture maladie universelle instaurée par la loi du 27 juillet 1999¹⁰⁴⁴ et le décret du 1^{er} décembre 1999 reconnaissent le droit pour les étrangers en situation régulière au regard du séjour et qui ont une résidence de plus de 3 mois en France de bénéficier de la CMU¹⁰⁴⁵.

2- Les droits dans la sphère publique

Les droits de l'homme qui constituent un ensemble de principes directeurs confèrent un certain nombre de droits et déterminent par ailleurs des obligations, normes auxquels toute personne physique et toute institution doivent se conformer. Applicables à tous les hommes sur le territoire français, ils concernent donc les Français au même titre que les étrangers. Ces droits fondamentaux intégrés à la constitution française à travers le bloc de constitutionnalité ont à la fois une application légale obligeant la loi à s'y conformer, une implication judiciaire indirecte puisque tout acte de justice doit être en adéquation avec une loi et enfin une manifestation individuelle en ce sens que tous les hommes, même en l'absence de loi, doivent respecter ces droits.

En principe, les étrangers jouissent des droits de l'homme reconnus en France et notamment des dispositions contenues dans la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyens¹⁰⁴⁶ de 1789 et dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme de 1950. La violation de ces droits fondamentaux peut faire l'objet d'action en justice de la part des étrangers comme des Français devant les instances compétentes en fonction de la nature ou de l'auteur de la violation du droit. La saisine de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est aussi possible après épuisement de toutes les voies de recours efficaces en France.

¹⁰⁴⁰ Loi n°75-3 du 3 janvier 1975.

¹⁰⁴¹ Les titres de séjours nécessaires pour une telle affiliation sont énoncés par le décret du 21 septembre 1994.

¹⁰⁴² Loi n°82-610 du 15 juillet 1982.

¹⁰⁴³ Les personnes en situation irrégulière peuvent en effet bénéficier de la sécurité sociale dans le cas d'un accident du travail ou de maladie professionnelle si l'employeur accepte, en dépit des risques de sanction qu'il encourt, de faire des démarches auprès des services concernés.

¹⁰⁴⁴ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999.

¹⁰⁴⁵ En outre, l'aide médicale d'Etat, à domicile ou hospitalière aux sans-papiers, garantit une couverture sociale médicale à l'ensemble des résidents légaux ou non. Dans le cadre de l'aide médicale à domicile la personne en situation irrégulière doit justifier d'une résidence ininterrompue de 3 ans en France alors que pour la seconde aucune condition de séjour n'est exigée. Notons qu'un état de santé grave peut justifier qu'une personne en situation irrégulière ne puisse être reconduite à la frontière ou expulsée au terme d'une procédure conduisant à une grâce médicale. Loi no 99-641 du 27 juillet 1999.

¹⁰⁴⁶ Voir annexe n°3.

Toutefois, certaines différenciations doivent être faites entre les droits des français et les droits des étrangers. Ainsi, en matière de droits politiques, il existe une interdiction de principe du vote des étrangers aux élections impliquant une délégation de la souveraineté nationale. Cela résulte de l'article 3 de la Constitution qui stipule d'une part que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » et d'autre part 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 ». Le droit de vote est donc réservé aux nationaux. Le droit de participer à travers le vote a cependant existé pour les étrangers avant 1799 et fut octroyé par la constitution jamais appliquée du 24 avril 1793. Reste toutefois ouvert le droit de vote et l'éligibilité pour les élections des conseillers généraux, régionaux et municipaux. Les débats sur la participation aux élections locales des étrangers résidant régulièrement en France, quelle que soit leur nationalité, sont récurrents. Inscrite dans le programme de François Mitterrand en 1981¹⁰⁴⁷, relancée lors du premier septennat de ce dernier, maintes fois réclamée et enfin proposée et adoptée par l'Assemblée nationale le 3 mai 2000¹⁰⁴⁸, cette idée n'a pu voir le jour jusqu'à aujourd'hui. Un premier pas a été franchi avec le Traité de Maastricht de 1992 qui opère une différence entre étrangers communautaires et étrangers extracommunautaires. En effet, il confère le droit de vote aux élections locales tout autant que communautaires aux premiers. Cependant, la France tardera à prendre des dispositions légales afin de transposer la directive européenne du 19 décembre 1994¹⁰⁴⁹, ce qui aura pour conséquence de ne pas compter avec la participation des étrangers communautaires aux élections municipales de 1995. La loi organique transposant en droit français la directive ne sera prise que le 25 mai 1998, modifiant l'article 88-3 de la constitution¹⁰⁵⁰. Ainsi, ce n'est qu'en 2001 que les citoyens européens résidents en France purent élire leurs représentants municipaux sans toutefois pouvoir être eux-mêmes élus, que ce soit maire ou adjoint au maire. Cette modalité s'explique par le fait que l'exécutif municipal participe à l'élection sénatoriale, et donc à une délégation de la souveraineté nationale¹⁰⁵¹. Des mesures palliatives ont été mises en place au niveau local

¹⁰⁴⁷ Le droit de vote des étrangers aux élections locales faisait l'objet de la 80^{ème} proposition parmi les 110.

¹⁰⁴⁸ Adoptée par l'Assemblée Nationale, la proposition de loi n'a jamais été inscrite à l'ordre du jour du sénat et n'a donc pu être adoptée. Les sénateurs de gauche ont déposé en janvier 2006 une nouvelle proposition de loi devant le Sénat laquelle ne fut jamais inscrite à l'ordre du jour par les sénateurs de droite.

¹⁰⁴⁹ La directive 94/80/CE du conseil du 19 décembre 1994 fixe les modalités d'exercice du droit de vote et de l'éligibilité aux élections municipales pour tous les citoyens de l'Union résidant dans un pays membre.

¹⁰⁵⁰ Loi organique n° 98-404 du 25 mai 1998.

¹⁰⁵¹ Une des propositions du candidat Mitterrand en 1981 était de conférer aux étrangers présents depuis 5 ans sur-le territoire français le droit de vote pour les élections municipales considérant que ces derniers payent des impôts locaux et ont de ce fait le droit de participer aux décisions qui les concernent et auxquelles ils

par les municipalités soucieuses d'associer des résidents étrangers aux décisions de la ville¹⁰⁵². La France est dans ce domaine en retard sur certains de ses voisins européens, notamment l'Irlande, la Suède, le Danemark, les Pays-Bas ou encore le Royaume-Uni¹⁰⁵³ et ce en dépit de l'évolution de l'opinion publique qui se montre relativement favorable.

Comme précédemment évoqué, il convient de rappeler que les « indigènes », ressortissants de l'empire colonial français n'ont pu avoir accès à la citoyenneté française que par la loi du 7 mai 1946¹⁰⁵⁴. Néanmoins, cette citoyenneté restait largement théorique puisque jusqu'en 1956 ces derniers n'avaient pas le droit de vote¹⁰⁵⁵.

Concernant la liberté d'association, il a fallu attendre 1981 pour que le droit de diriger une association soit reconnu aux personnes étrangères toutes nationalités confondues et pour que soit supprimée l'autorisation préalable du ministère de l'Intérieur¹⁰⁵⁶ jusqu'alors nécessaire pour la constitution d'une association¹⁰⁵⁷.

Soulignons que les étrangers résidants en France sont assujettis aux impôts. Or il existe une contradiction entre cet assujettissement et l'article 14 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1789 qui dans son article 14 pose le principe du consentement à l'impôt ou

contribuent. Or, face aux protestations citoyennes tout autant que politiques, la proposition qui impliquait une révision constitutionnelle sera finalement retirée, ou plus exactement reportée. Le débat sera de nouveau ouvert en 1985 à l'occasion de l'approche des élections législatives mais ne donnera aucune suite légale, notamment en vertu de l'obstacle que constitue la décision du Conseil Constitutionnel en date du 18 novembre 1982, qui est perçu et démontré comme infranchissable. Par cette décision importante, le Conseil Constitutionnel rappelle que le droit de vote et l'éligibilité sont conférés par la qualité de citoyen. Il précise en outre que les élections municipales sont des élections politiques, les conseillers municipaux participant à l'élection des sénateurs, lesquels sont les représentants de la Nation. Décision du Conseil constitutionnel n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales. Voir WEIL, P., *La France et ses étrangers*, op.cit, p.225.

¹⁰⁵² Ce fut le cas en 1985 de Mons-en-Barœul, première ville à avoir instauré cette initiative ou encore celui de Paris à compter de 2001. Toutefois, ces conseils municipaux de résidents étrangers n'ont qu'un pouvoir consultatif. Un autre type d'initiative est né à l'instar de Saint-Denis afin d'organiser des référendums d'initiative locale relatifs au vote et à l'éligibilité des étrangers, en permettant à ces derniers de s'exprimer. Ces référendums donnèrent des résultats positifs. Ainsi par exemple la ville de Saint-Denis recueillit 64 % des votes favorables alors que La Courneuve obtint 54%.

¹⁰⁵³ Ces pays accordent le droit de vote et l'éligibilité aux élections locales à tous les résidents étrangers. La Finlande, l'Espagne et le Portugal l'accordent sous certaines conditions particulières à chaque contexte.

¹⁰⁵⁴ Voir *supra* p.198.

¹⁰⁵⁵ C'est en effet la loi cadre du 23 juin 1956 du ministre G.Deferre qui supprima le système dual et permit l'intégration dans le corps électoral de tous les habitants de nationalité française.

¹⁰⁵⁶ Instaurée par les décrets du 12 avril et du 1^{er} juin 1939.

¹⁰⁵⁷ Il importe de relever la possibilité pour tous les étrangers d'être administrateurs dans des structures publiques telles que les caisses de sécurité sociale, les OPAC et les OPHLM. Cette avancée résulte de la loi du 14 décembre 1982. En outre, les étrangers ont obtenu le droit de siéger comme parents d'élèves au sein des établissements scolaires.

encore de l'article 13 qui fait du citoyen un contribuable et pose le principe d'égalité entre les citoyens.

B- Aux Etats-Unis, une indifférenciation des droits progressivement remise en cause

Longtemps indifférenciées, les personnes présentes sur le territoire américain sont de plus en plus catégorisées, chaque groupe se voyant conférer un certain panel de droits.

Comme nous avons eu l'occasion de le mentionner, les droits entre les personnes naturalisées et les personnes de nationalité américaine de naissance sont identiques à une exception près, celle de pouvoir accéder à la présidence de la république en vertu de l'article II section 1. 5 de la Constitution qui dispose que « nul ne sera éligible aux fonctions de Président s'il n'est pas citoyen de naissance ou citoyen des Etats-Unis au moment de l'adoption de la présente Constitution (...) ».

Ainsi, tous les citoyens américains naturalisés ont le droit de vote et peuvent participer à la vie démocratique américaine. Ils peuvent se présenter à tous les bureaux publics sauf ceux du président, sont éligibles aux emplois publics fédéraux tout autant que fédérés, aux postes de défense, aux emplois de la sécurité et de l'aérospatiale. Le fait de devenir citoyen permet en outre de transmettre cette citoyenneté à ses enfants si ces derniers ont moins de 18 ans et jouissent d'un statut légal. Ils deviennent alors des citoyens à leur tour. En outre, la citoyenneté permet d'aider sa famille à venir sur le territoire américain sous certaines conditions. Enfin, l'acquisition de la nationalité américaine permet la libre circulation à l'intérieur et à l'extérieur des Etats-Unis grâce à la détention du passeport américain¹⁰⁵⁸. Ils sont protégés par le *Bill of Rights* qui regroupe les 10 premiers amendements ajoutés à la Constitution le 15 décembre 1791 garantissant certains droits et libertés.

Par contre, les droits des nationaux doivent être différenciés de ceux des étrangers. Parmi les étrangers, il convient de distinguer les résidents permanents des résidents non permanents.

Les étrangers résidents permanents jouissent de la quasi-totalité des droits et obligations attachés à la citoyenneté américaine. Ils sont considérés comme « une personne » au sens du

¹⁰⁵⁸ Ils bénéficient de la clause des privilèges et immunités du 14^{ème} amendement.

14^{ème} amendement et jouissent donc de la protection du principe d'égalité¹⁰⁵⁹. Ils ont le droit de vivre et de travailler aux Etats-Unis. Ils peuvent en outre prétendre à la nationalité américaine après 5 ans de résidence continue et selon les conditions précédemment mentionnées ou après trois ans pour les personnes mariées à un citoyen américain. L'accès aux services publics de santé *Medicare* ou *Medicaid*, aux services sociaux, aux aides au logement ou encore aux tickets alimentaires est quasiment identique à celui des citoyens¹⁰⁶⁰. Les étrangers, non-résidents permanents, mais entrés légalement, jouissent de la plupart des droits et libertés que les résidents permanents. Cinq différences manifestes existent entre étrangers établis légalement aux Etats-Unis et les citoyens américains. Trois d'entre eux se réfèrent à des droits politiques et ont trait à la dénegation du droit de vote, du droit d'être jury et celui de pouvoir concourir à certaines fonctions publiques ou d'être reçu par certains hauts fonctionnaires publics¹⁰⁶¹. Les deux autres sont plus fondamentaux en ce sens qu'ils touchent à la vie familiale des personnes. En effet, les étrangers même légalement établis sur le sol américain ont moins de possibilité de faire venir leur famille au titre du regroupement familial. Contrairement aux citoyens qui ne passent pas par le biais du programme des quotas mais jouissent d'un droit pour les « *immédiate relatives* » les étrangers tombent sous le coup de la politique des quotas. Ensuite, les étrangers sont sujets à la déportation ce qui fait qu'ils ne bénéficient pas du « droit de *remain* »¹⁰⁶² aux Etats-Unis.

Comme en France, le droit de vote pour les étrangers fait l'objet d'un débat récurrent aux Etats-Unis¹⁰⁶³. Pendant des décennies, le droit de vote des étrangers a été octroyé par plusieurs Etats, l'Arkansas étant le dernier à l'avoir aboli en 1926. Aujourd'hui, ce droit est reconnu dans quelques Etats par certaines municipalités¹⁰⁶⁴. En effet, la constitution de 1787 confiait la prérogative électorale aux Etats fédérés, et ce que ce soit pour l'organisation des élections locales ou fédérales. Aujourd'hui, la clause d'égale protection génère un droit fondamental d'accès au scrutin, et implique la naturalisation immédiate, au niveau local¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁹ C.S. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 (11 Davis) 356 US (1885). *Graham v. Richardson*, 403 US 365 (1971).

¹⁰⁶⁰ Notons toutefois que les Etats peuvent restreindre à leurs citoyens l'accès à certaines fonctions en raison de leur extranéité, seulement si les fonctions concernées sont directement liées à l'exercice de la puissance publique. C.S., *Sugarman v. Dugall*, 413 US 634 (1973).

¹⁰⁶¹ Les restrictions à certaines fonctions publiques ne peuvent de faire que si elles sont directement liées à l'exercice de la puissance publique. C.S., *Sugarman v. Dugall*, 413 us 634 (1973). Cela concerne par exemple l'accès à la police C.S. *Foley v. Connelie*, 435 US 291 (1978).

¹⁰⁶² Droit de demeurer (Traduction).

¹⁰⁶³ Sur cette question voir notamment RASKIN, J., Legal aliens, local citizens : the historical, constitutional and theoretical Meanings of Aline suffrage, University of Pennsylvania Law Review, 1993, 141 :1391-1470

¹⁰⁶⁴ La constitution du Maryland reconnaît aussi aux municipalités une autonomie en la matière.

¹⁰⁶⁵ Ainsi, pour le droit de vote, les Etats n'ont pas à exiger de une durée de résidence, sauf nécessité impérieuse. Arrêt CS., *Dunn v. Blumstein* , 405 U.S. 330 (1972). NEUMAN, G.L., Fédéralisme et citoyenneté aux Etats-Unis et en Europe, op.cit., pp.1-17, p.4.

Par contre, en matière d'éligibilité, le texte fondamental prévoit que les sénateurs et les représentants soient citoyens (respectivement depuis 9 et 7 ans) et qu'ils résident dans l'Etat dans lequel ils ont leur mandat, sans toutefois qu'une durée soit prévue quant à leur résidence.

Dans tous les cas, qu'ils soient immigrants ou non, les étrangers dans leur ensemble jouissent des garanties du *due process* et de l'égalité de protection de la loi résultant des 14^{ème} et 15^{ème} amendements. Aussi, la protection constitutionnelle des droits fondamentaux est assurée dans le cadre fédéral, face aux Etats. Dans ce sens, ils ne peuvent en conséquence pas être privés de leur vie, de leur liberté ou de leur propriété. Cette situation diffère pour les étrangers ennemis qui peuvent se voir internés, exclus du territoire et même avoir leur propriété confisquée sans aucune compensation. Le droit de propriété est donc reconnu aux étrangers résidents ou non-résidents avec toutefois des différences en fonction des Etats considérés dans la mesure où le droit de propriété est un domaine de compétence appartenant aux Etats fédérés. Les étrangers ont le droit de recourir devant les cours américaines pour faire valoir leur droit. Ils ne peuvent par contre, pas attaquer directement le gouvernement contrairement aux nationaux.

Au niveau de leurs obligations, les étrangers, résidents ou non, doivent être enregistrés comme tels. Cela s'effectue à travers la procédure de délivrance des visas. Leurs empreintes digitales sont recensées. Jusqu'en 1986¹⁰⁶⁶ ils devaient le premier janvier de chaque nouvelle année, faire enregistrer leur adresse auprès du service de l'immigration installé à cet effet dans les bureaux de poste locaux. Tout changement d'adresse devait être notifié dans un délai de 10 jours. Le service militaire, en vertu du *Military Selective Service Act* de 1967, obligeait tous les hommes étrangers entre 18 et 26 ans à s'enregistrer pour le service militaire¹⁰⁶⁷. En ce qui concerne les impôts, les étrangers résidents sont tenus de payer leurs impôts fédéraux au même titre que les citoyens américains. Pour les non-résidents, cela dépend; s'ils sont véritablement perçus comme étant en transit, ils sont alors taxés seulement à la source, s'ils font du commerce, ou s'ils ont l'intention de rester, ils sont considérés comme des résidents¹⁰⁶⁸.

En définitive il existe bien une différence des droits entre les citoyens et les non-citoyens, quel que soit leur statut. Par principe, ils ne sont pas couverts par toutes les dispositions du *Bill of Rights*. Ils n'ont pas le droit de vote, indépendamment des Etats ils n'ont pas droit aux

¹⁰⁶⁶ Voir l'adoption de l'*Immigration Reform and Control Act* (IRCA), *supra* p.186

¹⁰⁶⁷ WASSERMAN, J., *Immigration Law and practice*, op.cit, p.505- 508.

¹⁰⁶⁸ *Ibid*, p. 519-530.

même bénéfiques sociaux et certains Etats ne donnent pas le droit de conduire à des non-citoyens. Néanmoins, dans presque tous les Etats, on a assisté à une extension des protections. Toutefois, ces garanties ne sont pas intangibles comme en témoigne l'évolution récente en Californie où les droits des étrangers et plus spécialement les droits des étrangers illégaux ont beaucoup reculé notamment en vertu de la proposition 206.

Concernant les étrangers entrés illégalement sur le territoire américain, la situation est plus complexe. En relation avec l'accès aux services publics et notamment aux aides sociales, la loi fédérale les prive de certaines garanties. En outre, les gouvernements locaux ne démontrent pas tous la même ouverture que le gouvernement de New-York qui par exemple, a adopté en 1989 une loi protégeant les étrangers illégaux contre la discrimination dans les services publics.

Contrairement à ce que nous avons énoncé pour le cas français, le statut personnel des personnes est, aux Etats-Unis, défini en fonction du lieu de résidence. Cette application du principe de la territorialité des lois qui suppose que toute personne présente sur le territoire d'un État se soumette à sa législation, répond à la conception de la nation américaine que nous avons évoquée. En effet, puisque l'immigration est une donnée constitutive de la nation, il convient de favoriser l'intégration sociale des personnes, y compris des étrangers, au moins en ce qui concerne les éléments liés à l'état civil, à la capacité, à l'union libre et au mariage, ou encore à la filiation par le sang ou adoptive, au régime matrimonial et aux successions.

Au regard des développements précédents, nous pouvons postuler que la France et les Etats-Unis sont deux nations, dont la construction spécifique combine subjectivisation et objectivisation d'éléments nationaux. L'immigration et le processus colonial ont joué dans les deux contextes un rôle certes différent, mais fondamental dans le développement de leur identité nationale. Les nations française et américaine se sont en effet composées avec l'immigration et le processus colonial. « Avec », elles se sont également construites « par » l'immigration et le colonialisme, certes dans une intensité moindre, mais néanmoins certaine, en France. Il résulte de ce processus national une diversité incontestable des populations française et américaine. La diversité ethnoculturelle est donc une réalité caractérisant tant la nation française que la nation américaine, diversité reflétant tant les origines, les statuts et les droits.

Ainsi, d'origine étrangère récente ou lointaine, les français et les américains sont le fruit de mélanges. Pour autant, le cadre national construit et sans cesse recomposé a permis que l'hétérogénéité des populations puisse se muer en une articulation des différences dans un même tout, la nation.

Il nous faut à présent mieux cerner cette réalité et comprendre les caractéristiques de la diversité ethnoculturelle dans ces deux contextes nationaux. Cette démarche sociologique et juridique nous permettra d'envisager les enjeux d'une telle diversité pour la définition de l'identité nationale de ces deux pays. Cette appréhension à la fois démographique et substantive de la diversité se révèle essentielle pour parfaire la photographie des nations française et américaine que nous prétendons prendre. Pour ce faire, nous appréhenderons dans un premier temps la diversité ethnoculturelle comme une donnée sociologique empiriquement saisie par le droit. Puis, nous envisagerons les manifestations de la juridisation des éléments de la diversité ethnoculturelle.

CHAPITRE II- Une diversité suggérant une catégorisation identitaire

Qu'entendons-nous par diversité ethnoculturelle dans les nations française et américaine ? Comment cette diversité se traduit-elle en fait et en droit ? Nous tâcherons de répondre à ces interrogations en nous appuyant sur la définition de la diversité ethnoculturelle précédemment utilisée¹⁰⁶⁹. Celle-ci traduit la coexistence et la cohabitation d'individus ou groupes de personnes porteurs de références culturelles et/ou identitaires diversifiées. Terme générique, la mention ethnoculturelle englobe tout autant les références aux origines nationales des personnes, qu'à leur rattachement à un groupe de référence, à leur « qualification » raciale, à leur sentiment d'appartenance ethnique ou encore à leur rattachement culturel et cultuel, incluant ainsi la dimension religieuse des personnes¹⁰⁷⁰.

La France et les Etats-Unis connaissent une expression différenciée des composantes de la diversité ethnoculturelle. Les concepts de race et d'ethnie ainsi que la saisie des références identitaires raciales, ethniques, religieuses divergent. Ces particularités induisent tout autant que sont reflétées par la spécificité de la mesure de la diversité dans chaque pays. Néanmoins, si l'on s'extrait du terrain proprement sociologique et que l'on s'attache à la « juridicisation » des phénomènes sociaux, on constate dans les deux Etats qu'il y a une catégorisation juridique similaire des notions sociologiques traduisant la diversité. La race et l'ethnie, à des degrés variables, sont toutes deux des catégories juridiques du droit français et américain. Ainsi, on peut arguer d'une reconnaissance suggérée de la diversité ethnoculturelle dans les deux droits concernés, notamment au travers de la reconnaissance juridique de la diversité culturelle et de la diversité religieuse. La reconnaissance juridique des minorités, très différemment appréhendée, contribue néanmoins à asseoir l'idée d'une catégorisation identitaire.

¹⁰⁶⁹ Voir *supra* p.45

¹⁰⁷⁰ Notons que les développements ultérieurs ne se référeront pas exclusivement à la diversité ethnoculturelle des seuls français ou des américains, ce qui supposerait que nous ne nous attachions qu'aux nationaux des deux pays. Nous préférons envisager l'ensemble de la population qui compose ces deux Etats puisque la diversité est un trait propre aux origines des nationaux tout autant que des étrangers présents sur le territoire national, et ce, qu'ils soient entrés de manière légale ou non.

« C'est le fait qui fait le droit » disait Loysel. Aussi, afin d'envisager la catégorisation identitaire implicite des composantes de la diversité ethnoculturelle en France et aux Etats-Unis (Section 2), il conviendra de saisir l'objet de catégorisation (Section 1).

Section 1- Une catégorisation reposant sur une caractérisation de la diversité ethnoculturelle

Pour comparer la diversité ethnoculturelle aux Etats-Unis et en France, analyser ses caractéristiques et ses implications juridiques, il nous faudrait au préalable l'envisager à la fois d'un point de vue caractérologique et numérique. En effet, la diversité « *is itself remarkably diverse (...)* »¹⁰⁷¹. Toutefois, nous nous bornerons ici à ne donner que quelques éléments¹⁰⁷².

La France « ne contient pas un peuple mais cent »¹⁰⁷³. Etablir une carte sociologique des groupes culturels en France n'est guère aisé dans la mesure où, d'une part, il n'existe pas de statistiques officielles¹⁰⁷⁴ et d'autre part, il est délicat d'isoler les termes de classification tant d'un point de vue pratique qu'idéologique. Concernant ce dernier point, il convient de rappeler qu'en France, la différenciation des groupes constituant la population française est très controversée, à la fois sur des fondements légaux et constitutionnels, notamment l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, et à la fois, en raison de présupposés discriminatoires. Toutefois, l'homogénéité affichée est largement fantasmée, « masquant une réelle diversité objective »¹⁰⁷⁵.

S'il est difficile de dresser un portrait sociologique en termes ethnoculturel¹⁰⁷⁶, nous pouvons toutefois connaître du portrait social basé sur l'origine des personnes esquissé par l'INSEE¹⁰⁷⁷. Ainsi, la France comptait en 2007 11,5 millions de personnes immigrées ou

¹⁰⁷¹ La diversité « est elle même extrêmement diverse ». (Notre traduction). SCHUCK, P.H., *Diversity in America*, op.cit., p.3.

¹⁰⁷² Pour une nomenclature plus détaillée de la diversité sociologique de la France et des Etats-Unis, entendue d'un point de vue ethnoculturel, linguistique et religieux, voir annexes n°4, 5, 6, 7 et 8.

¹⁰⁷³ LE BRAS, H., TODD, E., *L'invention de la France, Atlas anthropologique et politique*, Le livre de Poche, coll. Pluriel, 1981, p.76.

¹⁰⁷⁴ Voir développements relatifs à la mesure de la diversité en France, *infra* p. 271 et s.

¹⁰⁷⁵ TODD, E., *Le destin des des immigrés*, op.cit., p. 246.

¹⁰⁷⁶ Pour une tentative de portrait sociologique, voir : La diversité d'un point de vue ethnoculturel en France, Annexe n° 4.

¹⁰⁷⁷ *France, portrait social*, INSEE Edition 2010, p217. <http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/sommaire.asp?id=260&nivgeo=0>, Consulté le 12.07.2012.

enfants ayant au moins un parent direct immigré, qui résident en France¹⁰⁷⁸. Cela représente 19 % de la population totale recensée se répartissant comme suit :

- 5,25 millions d'immigrés vivent en France dont 3,6 millions d'étrangers (2 millions originaires d'Europe, 2,2 millions originaires d'Afrique)
- 6,5 millions d'enfants directs d'un immigré, dont 3,1 millions nés en France. Parmi ces descendants d'immigrés, 1,5 millions ont un parent immigré né en Europe et 1,2 millions un parent immigré né en Afrique.

Aux Etats-Unis, la diversité des personnes s'apprécie d'abord en fonction de critères raciaux entendus comme la résultante d'une interprétation sociale¹⁰⁷⁹. Selon les résultats du recensement de 2000¹⁰⁸⁰ et de 2010¹⁰⁸¹, la population américaine est décomptée sur la base de l'auto-identification des personnes à une ou plusieurs races et à l'appartenance ou non à un critère ethnique¹⁰⁸². On compte 97% des personnes ayant choisi la référence à une seule race¹⁰⁸³ et parmi eux, 72% s'identifient comme « blancs »¹⁰⁸⁴, 13% comme « noir/africain américain », 0,9% comme « amérindiens/natif d'Alaska », 5% comme « asiatique » et 0,2 % comme « natif de Hawaii et d'autres îles du Pacifique ». En, 5,5 % des personnes ont opté pour la catégorie « Autre race » et 2,4 % de la population a choisi la catégorie « deux races ou plus », arborant leur métissage. Ils étaient seulement 3 % en 2010 ce qui dénote une baisse, qui si elle reste légère n'en demeure pas moins effective.

Ce constat de diversité à présent implique de caractériser cette diversité, notamment en se fondant sur des notions « catégorisantes ». Il s'agit en effet de considérer que derrière le juridique, il y a le social et que le juridique est lui-même dans le social, générant alors un

¹⁰⁷⁸ Pour une évolution de la part des populations étrangères et immigrées en France, voir Annexe n° 10.

¹⁰⁷⁹ Rappelons que ces classifications raciales ont évolué tout au long de l'histoire des Etats-Unis, définies et structurées d'abord par rapport à une catégorie, celle des blancs. Comme nous l'avons mentionné, aucune définition préalable n'existait du blanc. Pour autant, le droit a opéré au cas par cas une différenciation entre les blancs et les non-blancs, aboutissant à la construction progressive des autres catégories raciales.

¹⁰⁸⁰ Voir GIRECO, E., et CASSIDY, R., *Census 2000 Brief, « Overview of Race and Hispanic Origin »*, U.S. Department of Commerce, Census bureau, (United States Census 2000), mars 2001 dans Denis Lacorne (dir.), *Les Etats-Unis*, Fayard-Ceri, Paris, 2006, 672p., p.17.

¹⁰⁸¹ Le recensement de 2010 dénombre 308,7 millions d'Américains. Voir <http://2010.census.gov/2010census/data/>, Consulté le 30.07.2012. Voir Overview of Race and Hispanic Origin: 2010, Annexe n°5.

¹⁰⁸² Nous développerons ces thématiques de critères de recensement dans les développements suivants, *infra* p. 277 et s. Notons toutefois dès à présent que pour le recensement de 2010, cette option permettait 57 possibilités de combinaison raciale entre les 5 catégories désormais classiques et les « autres races ». Voir Overview of Race and Hispanic Origin: 2010, Annexe n°5, p.2.

¹⁰⁸³ Ce qui constitue une très légère diminution par rapport au recensement de 2000 où l'on relevait 97,6% de personnes se rattachant à une seule race.

¹⁰⁸⁴ Soit 3,2% de moins qu'en 2000.

indispensable contournement sociologique et anthropologique¹⁰⁸⁵. En outre, il sera opportun de s'intéresser à l'aspect quantitatif de cette diversité, plus particulièrement à sa mesure institutionnelle et aux nombreuses controverses qui lui sont consubstantielles. Dans ce sens, nous nous focaliserons dans un premier temps sur la description d'éléments sociologiques et ethnologiques caractéristiques des sociétés française et américaine (§1) avant de voir les questions relatives à la mesure de la diversité qui, entre considérations politiques et juridiques, nous apportent un éclairage sur la façon que chacune de ces deux nations a de se concevoir et de se penser (§2).

§1- Les notions de races et d'ethnie, des catégories juridiques

« Il y a une véritable difficulté à définir et à nommer. Nommer, c'est catégoriser, et donc exclure ou risquer de stigmatiser. Mais ne pas nommer interdit toute analyse sérieuse ou la camoufle sous des généralités consensuelles »¹⁰⁸⁶. Partageant cette idée, nous proposons de nommer, définir et enfin catégoriser afin de mieux cerner la réalité sociologique de la France et des Etats-Unis. Nous sommes toutefois conscients que l'élaboration d'une nomenclature n'est jamais neutre, qu'elle s'avère par essence imparfaite et se révèle toujours sujette à réévaluation. Cependant, et comme le mentionne D. Fassin, « notre incapacité à nommer implique une obligation de penser »¹⁰⁸⁷.

De manière à saisir l'objet d'étude pour mieux analyser sa mesure, il convient en premier lieu de considérer l'appréhension spécifique des concepts de race et d'ethnie en France et aux Etats-Unis (A) avant d'envisager leur catégorisation juridique (B).

¹⁰⁸⁵ Cette idée est présente dans les développements de J. COMMAILLE. Voir COMMAILLE, J., « *La sociologie et le sens du droit* », 10 Définir le droit /1, Droits, Revue française de théorie juridique, PUF, pp.23-26, p.24.

¹⁰⁸⁶ GOUREVITCH, J.P., *Les migrations en Europe: Les réalités du présent, les défis du futur*, op.cit., p.29.

¹⁰⁸⁷ FASSIN, D., *Nommer et interpréter. Le sens commun de la question raciale*, dans FASSIN, D., et FASSIN, E., (dir.), *De la question sociale à la question raciale ?*, La découverte, Paris, 2006, 263p., pp.19-36, p.25.

A- La différence d'appréhension des concepts de race et d'ethnie

En vue de comparer la réalité de la diversité ethnoculturelle, un travail de définition des termes s'impose afin de voir s'ils revêtent la même signification en France (2) et aux Etats-Unis (3). Nous nous intéresserons plus particulièrement à deux notions clefs, l'ethnie et la race, que nous tâcherons en première instance de définir (1).

1- La race et l'ethnie, des concepts flous

« *There is only one race- the human race* ». Si l'on peut s'attacher à déconstruire l'idée de race, force est de constater que ce terme, dès les prémises de son existence, a causé plus de tort qu'il n'a fait de bien. Son appréhension a beaucoup évolué dans le temps. S'imposant à partir du XV^{ème} siècle comme la traduction de l'idée de pureté et de qualité du sang, la race est aujourd'hui un concept « flou »¹⁰⁸⁸ qui possède une « réalité fondamentalement sociale »¹⁰⁸⁹.

Entendue communément comme une subdivision de l'espèce humaine, la notion de race a fait l'objet d'un projet de classification par la biologie. Or, les acquis de la génétique tout autant que ceux de la taxonomie numérique ont dénoncé l'arbitraire de toute classification raciale élaborée à partir de données scientifiques, elles-mêmes basées sur des éléments physiologiques, sérologiques ou génétiques¹⁰⁹⁰. Pour autant, tel que le spécifie P.-A. Taguieff, « la race demeure une catégorie opératoire du sens commun, permettant de mettre un ordre élémentaire dans la diversité humaine »¹⁰⁹¹. Elle est en ce sens une donnée « non maîtrisable par principe »¹⁰⁹² étant entendu que la sociabilité commande ou semble commander l'essentialisation des différences.

Construite dans les deux contextes de notre étude sur la base de déterminants biologiques tout autant que sociaux et juridiques, la race a toujours constitué une catégorie d'exclusion.

¹⁰⁸⁸ OLERON, P., *L'argumentation*, PUF, Paris, 1983, 127p., p.10.

¹⁰⁸⁹ FERREOL, G., Dubois, G., (dir.), *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles*, Armand Colin, 2003, 353., p. 288-290, p. 288.

¹⁰⁹⁰ HIERNAUX, J., *Race*, in BONTE, M., et IZARD, M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, Puf, 1991, 755p., P.611-612.

¹⁰⁹¹ TAGUIEFF, P.A., *Le Racisme*, les cahiers du CEVIPOF, Paris, Flammarion, 1998, n° 20, 127p., p.4-104.

¹⁰⁹² TAGUIEFF, P.A., *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, La découverte, Paris, 1988, 644p.

Incluse dans le domaine de la symbolique, elle se présente en fait comme une catégorie sociale, redoutable puisqu'elle existe en dépit de sa réfutation scientifique, et qu'elle nourrit le racisme. Paradoxe bien cruel puisque ce dernier existe et se développe à partir de références raciales alors même que celles-ci n'ont aucune existence scientifique. Dans ce contexte, la lutte contre le racisme apparaît donc bien délicate vu que la réalité de la race vit au-delà de son existence réelle.

Le terme ethnie est lui aussi d'appréhension complexe. Si l'on reprend la définition posée au début de notre analyse, l'ethnie représente une communauté historique et culturelle marquée par une croyance subjective en une origine commune. Dans ce contexte, selon A.D. Smith, le groupe ethnique se présente comme un ensemble naturel d'individus qui partagent un sentiment d'appartenance commune et se perçoivent unis par un certain nombre de caractères et de traditions utilisées subjectivement, de façon symbolique ou emblématique, dans les aspects de leur culture. Ceci les amène à se différencier des autres groupes et à créer entre eux un sens de l'originalité et de solidarité collective. Ses membres se pensent eux-mêmes comme un groupe constituant une communauté ethnique¹⁰⁹³.

La notion d'ethnicité consiste alors dans le fait de poser l'existence des groupes ethniques comme une « problématique de la consubstantialité d'une entité sociale et d'une culture par quoi on définit habituellement le groupe ethnique »¹⁰⁹⁴. Selon F. Barth elle peut être définie comme un concept d'organisation sociale qui permet de décrire les frontières et les relations des groupes sociaux en termes de contrastes culturels hautement sélectifs qui sont utilisés de façon emblématique pour organiser les identités et les interactions¹⁰⁹⁵. L'ethnicité résulte donc des actions et réactions entre un groupe et « les autres » dans une organisation sociale en permanente évolution¹⁰⁹⁶. Elle se fixe sur des symboles identitaires qui fondent la croyance en

¹⁰⁹³ SMITH, A.D., *The ethnic sources of nationalism* in Brown Michael E., (ed.) *Ethnic conflict and international security*, N.J., Princeton University press, 1993, 276p., p.29-30. Cette définition est très proche de celle donnée par M. WEBER qui définit les groupes ethniques comme « ces groupes humains qui nourrissent une croyance subjective à une communauté d'origine fondée sur des similitudes de l'habitus extérieur ou des mœurs, ou des deux, ou sur des souvenirs de la colonisation ou de la migration, de sorte que cette croyance devient importante pour la propagation de la communalisation, peu importe qu'une communauté de sang existe ou non objectivement ». WEBER, *Economie et sociétés*, (1921), op.cit., p.416.

¹⁰⁹⁴ POUTIGNAT, P., STREIFF-FENART, J., *Théorie de l'ethnicité*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1999, 270p., p.17.

¹⁰⁹⁵ BARTH, F., *Les groupes ethniques et leur frontières*, Paris, PUF, 1999.

¹⁰⁹⁶ En tant que forme d'organisation sociale ou principe de division du monde social, son importance peut varier selon les époques et les situations. Par conséquent, son contenu, aussi bien que sa signification est susceptible de changements et de redéfinitions. De ce fait, ce n'est pas tant la différence culturelle qui est en soi source d'ethnicité mais la communication culturelle qui permet de tracer les frontières entre les groupes à travers des symboles compréhensibles à la fois par les *insiders* et les *outsiders*. L'identité ethnique ne peut donc exister qu'en tant que représentation forcément consciente dans un champ sémantique où fonctionnent des systèmes

l'origine commune et animent un sentiment ayant un effet différenciateur, lié à la perception de frontières. Elle ne renvoi donc pas exclusivement à une essence que l'on possède mais présente en fait un caractère dual étant à la fois une donnée primordiale de l'existence et un ensemble de ressources disponibles pour l'action sociale¹⁰⁹⁷.

Dynamique, variable et relationnelle, l'ethnicité est, de façon bien subtile, à la fois contrainte et imposée, sujette à des appréhensions exogènes et endogènes. Par conséquent, elle se présente d'un côté comme une donnée pérenne puisqu'elle est sous-jacente, toujours susceptible d'être activée et mobilisée et, d'un autre côté, comme une donnée contingente, puisque les conditions et les formes de son émergence sont historiquement déterminées. Les identités ethniques se fondent donc sur la base d'un caractère relationnel, le « nous » se construisant par opposition au « eux ». En même temps que l'on affirme un « moi collectif », on nie un « autre collectif ». Dans ce sens, l'intensification des interactions fait jaillir les identités ethniques. Ainsi, pour maintenir sa distinction, un groupe érige et maintient un nombre limité de traits culturels, à partir d'éléments de bases¹⁰⁹⁸.

Ce détour sémantique, porteur de définitions générales, doit à présent être apprécié à la lumière des contextes français et américains.

d'opposition. Les frontières ainsi définies sont plus ou moins stables en fonction de l'évolution du contexte spatial, temporel et historique. Dans ce cadre, elles ne constituent pas de manière irréfragable, des barrières et n'impliquent pas non plus la permanence d'une culture figée. Par contre, ces frontières sont produites et reproduites lors des interactions sociales au cours desquelles sont manifestées des symboles identitaires préalablement fixés. De fait, les souvenirs et les mythes revêtent une importance considérable, expliquant que des identités puissent être animées, revitalisées voire même créées.

¹⁰⁹⁷ L'ethnicité se présente donc d'abord comme une parenté fictive dans la mesure où son mode de recrutement se fait sur le principe de la naissance. Elle revêt alors une dimension englobante. Toutefois, cet état de fait se révèle malléable puisque l'évolution de l'identité ethnique, voire son changement, est possible, se réalisant notamment par l'intermariage, l'assimilation ou autres perméabilités des frontières ethniques. L'ethnicité revêt également un caractère dynamique puisque c'est une variable, une structure sociale en réserve qui peut ou non être activée par les acteurs. Sur le caractère dual de l'ethnicité, voir VAN DEN BERGHE, P.L., « Ethnic pluralism in plural societies: a special case ? », *Ethnicity*, 3, 1976, p.242-255. FISHMAN, J-A., « Language and ethnicity », in GILES, H., (ed.), *Language, Ethnicity and Intergroup Relations*, London, New York, San Francisco, Academic Press, 1977, p.15-57.

¹⁰⁹⁸ A. SMITH délimite l'identité ethnique à partir de six éléments à sa base : le nom qui symbolise la personnalité du groupe par lequel les membres s'auto-désignent et les non-membres l'identifient ; un passé commun ; l'histoire, qui n'est autre que la mémoire collective du groupe ; la culture qui peut être définie comme un ensemble de techniques, de comportements, de mode d'intégration à une collectivité et de conception du sujet commun à une société ou à un groupe social particulier ; le territoire qui peut être effectif ou symbolique ; et enfin, la solidarité qui détermine la force des liens entre les membres du groupe. SMITH, A.D., *The ethnic sources of nationalism in* BROWN M.E., (ed.) *Ethnic conflict and international security*, N.J., Princeton University press, 1993, pt.cit.

2- La race et l'ethnie dans le vocabulaire français

En France, race et ethnies sont des catégories suspectes, appréhendées avec énormément de précautions par les différentes sciences sociales tout autant que dans le cadre des politiques publiques. Le discours général s'évertue même à bannir le mot race du vocabulaire courant alors même que le terme figure dans l'article 1^{er} de la Constitution de 1958¹⁰⁹⁹.

En France, la question raciale a, d'un point de vue scientifique, été envisagée sous le Second Empire. Thématique de gauche au début de la troisième République, elle fut réappropriée par la droite et l'extrême droite au moment de l'affaire Dreyfus¹¹⁰⁰. Elle constitua un pôle de réflexion important tant dans l'appréhension des phénomènes coloniaux que dans la dénonciation et la criminalisation des nomades et des étrangers. Ainsi, il n'est pas surprenant au vu du contexte politique et scientifique ambiant de voir proposer en 1939 la création d'un « ministère de la Race » par des politiciens pourtant défenseurs du droit d'asile et des droits de l'homme. En effet, la question raciale n'était pas perçue comme un élément antinomique de la pensée républicaine¹¹⁰¹. C'est à cette même période et plus exactement à compter des années 1930 que l'on assiste à une dénonciation du mot race de la part des intellectuels de gauche. Celle-ci s'inscrit dans un réquisitoire contre le nazisme et l'antisémitisme. La question de la critique de la race va alors passer du terrain de la condamnation du nazisme à l'anticolonialisme et s'universalisera notamment à travers les messages de l'UNESCO. L'antiracisme se forgera donc une nouvelle ère, relayé par la lutte contre le racisme à l'encontre des immigrés. Cependant, ce n'est qu'avec la loi de juillet 1972 relative à la lutte contre les discriminations que l'on verra l'Etat républicain intervenir directement dans la question raciale¹¹⁰². Ainsi, si le mot race est décrié dans la sphère publique, la question raciale est centrale, au cœur des processus de lutte contre les discriminations, devenus « priorités nationales » sous le second mandat du Président Chirac¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁹ Voir Constitution française annexe n°1. Rappelons qu'une proposition a été introduite pour faire disparaître cette mention, voir *infra* p.

¹¹⁰⁰ NORIEL, G., *Color blindness et construction des identités dans l'espace public français*, in FASSIN, D., et FASSIN, E., (Dir.), *De la question sociale à la question raciale ?*, La découverte, Paris, 2006, pp. 158-174, p. 162.

¹¹⁰¹ *Ibid.* p.164.

¹¹⁰² Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972, dite loi Pleven, relative à la lutte contre le racisme., JORF du 2 juillet 1972, p.6803.

¹¹⁰³ Du 17 mai 2002 au 15 mai 2007.

Toutefois, si le terme race est toujours utilisé dans les textes juridiques, on assiste indéniablement à une mutation sémantique et conceptuelle du concept de race vers le concept d'ethnie¹¹⁰⁴. L'ethnicité, d'utilisation toute aussi floue en France, permet toutefois d'extraire le discours de la rhétorique raciste pour le placer sur le terrain de la différence culturelle, jugé moins houleux tant d'un point de vue proprement intellectuel qu'en référence à l'histoire, et notamment à celle de la shoah. En outre, en marge du droit, une telle transposition sémantique garantit une certaine « décriminalisation ». Cette transformation s'accompagne d'un autre glissement conceptuel à savoir celui de lutte contre le « racisme » à la lutte contre les « discriminations »¹¹⁰⁵. Cette substitution d'un terme par l'autre a de plus en plus droit de cité. L'enquête « Mobilités géographiques et insertion sociales » de 1992¹¹⁰⁶ qui est une des premières à opérer et publiciser une telle substitution fut en effet avalisée par l'INSEE, l'OMI, le FAS, LE DPM, le Ministère de la Coopération, le HCI et la CNIL¹¹⁰⁷. Cette institutionnalisation sémantique expliquera la démarche juridique utilisée, notamment en termes de vocabulaire employé lors de transposition dans l'ordre interne de directives européennes¹¹⁰⁸.

Notons enfin que le terme race continue à être employé dans les textes législatifs ou communautaires, non comme porteur de l'adhésion à des théories racistes mais plutôt comme mode de représentation sociale. Ainsi, la Directive européenne en date du 20 juin 2000 précise dans son article 6 que « l'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot « race » dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories »¹¹⁰⁹.

En définitive, la race et l'ethnie et plus spécifiquement les différences raciales ou ethniques, se fondent sur des différences culturelles essentialisées.

¹¹⁰⁴ Sur cette mutation voir FOURNEL, J.-L et ZANCARINI, J.-C. « *Ethnie/ethnique ou l'ethnique c'est les autres* » Cités, n°2, 2000, pp.189-195.

¹¹⁰⁵ CALVES, G., « *Il n'y pas de race ici* », Critique internationale n°17- octobre 2002, 173-185, p.176.

¹¹⁰⁶ Enquête réalisée par L'INSEE sous la direction de Michèle Tribalat. Cette enquête est présentée et développée dans TRIBALAT, M., Faire France. *Une enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris, La découverte, 1995. Pour une critique de cette enquête, voir BLUM, A., « *Comment décrire les immigrés ? A propos de quelques recherches sur l'immigration* » Populations, n°3, 1998, pp.569-587 ou encore LE BRAS, H., *Le démon des origines. Démographie et extrême droite*, éd de l'Aube, 1998.

¹¹⁰⁷ Voir CALVES, G., 2002, op.cit, p.176.

¹¹⁰⁸ Voir les développements *infra* p.

¹¹⁰⁹ GUIRAUDON, V., *Construire un politique européenne de lutte contre les discriminations: l'histoire de la directive « race »*, Sociétés contemporaines, n° 53, 2004.

3- La race et l'ethnie dans l'expérience américaine

La situation française diffère du contexte américain où races et ethnies ne se confondent pas. Décrite en France en tant que donnée biologique tout autant que sociologique, la race est aujourd'hui perçue aux Etats-Unis comme un concept sociologique basé sur un processus d'identification. Toutefois, il n'en fut pas toujours ainsi. En outre, cette identification actuelle s'appuie sur une construction sociale établie, laquelle résulte d'une longue histoire de la construction des races.

Réduisant l'accès à la citoyenneté à des personnes blanches, le Congrès a en 1790 fait des Etats-Unis un Etat instituant juridiquement une catégorisation raciale de sa population, basée sur la couleur de la peau. Toutefois, ce faisant, il s'est bien gardé de donner une définition du « blanc ». C'est donc une interprétation au cas par cas qui fut opérée afin d'identifier concurremment « qui est blanc » et « pourquoi une personne est blanche »¹¹¹⁰. Cette définition sera d'abord donnée par la négative à travers une double négation: « qui n'est pas blanc ». L'arrêt *Dred Scott v. Standford* de la Cour Suprême précité, est en ce sens important puisque le 6 mars 1857¹¹¹¹ il énonce que ne peut être citoyen une personne noire. Toutefois, cette décision ne constitue pas un « *prerequisite case* »¹¹¹² en tant que tel. Il postule en effet que les noirs ne sont pas blancs mais ne pose aucune condition ou élément d'appréciation servant de référence à la définition de la catégorie « blanc ». Il faudra pour ce faire attendre 1878¹¹¹³ pour voir débiter une longue période de construction jurisprudentielle qui va s'étaler jusqu'en 1952. Elle fut marquée par près de 52 jugements de construction de « pré-requis du blanc », dont deux décisions émanant de la Cour Suprême. Notons que les Cours ont majoritairement fondé leur argumentation sur deux acceptions dominantes différentes: le « *Common knowledge* »¹¹¹⁴ et les « *scientific evidence* »¹¹¹⁵. L'arrêt de la Cour de District de Californie de 1878 a ainsi été le premier à déterminer un pré-requis pour l'appartenance à la race blanche en posant le principe de la référence à l'opinion publique. Pourtant, dès 1909, une véritable opposition apparaît entre les Cours qui se référaient au savoir commun et celles

¹¹¹⁰ LOPEZ, I.H., *White by the law, The legal construction of race*, New York University Press, p.2.

¹¹¹¹ C.S., STANDFORD, D.S.v. 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

¹¹¹² Qui est requis au préalable (Notre traduction).

¹¹¹³ En 1878, la Cour de Californie à travers sa décision « *In re Ah Yup* » va nier la citoyenneté américaine à un requérant chinois arguant du fait qu'il n'est pas « blanc » au sens où l'opinion publique entend le terme de personne blanche.

¹¹¹⁴ Savoir commun (Traduction).

¹¹¹⁵ Preuve scientifique (Traduction).

qui se réclamaient d'une argumentation fondée sur les preuves scientifiques¹¹¹⁶. Ce furent les deux décisions de 1922, *Takao Ozawa in Ozawa v. U.S.*¹¹¹⁷ et 1923, *U.S. v. Thind*¹¹¹⁸ qui tranchèrent en faveur de l'argument du savoir commun. La Cour posa ainsi l'idée selon laquelle la race est une catégorie sociale dont les origines sont les pratiques sociales. Elle s'appuya même sur une critique de la science, dénonçant un véritable arbitraire scientifique¹¹¹⁹. Elle ne remit pas en cause le caractère naturel et physique des différences entre les races mais elle conféra aux personnes la capacité de discerner elles-mêmes et de dissocier ces différences. La race fut donc confirmée dans sa dimension sociale et se trouva alors largement construite par le droit. Il s'agit là d'une spécificité américaine en comparaison avec la situation française.

Ainsi, dans le processus de construction de la race, le droit américain a favorisé une approche reproductive. En corrélant le mariage d'une femme avec un étranger à la perte de sa citoyenneté, la loi a voulu influencer sur l'avenir racial, en l'occurrence blanc, de la population étasunienne. Par conséquent, la construction légale de la race s'est basée sur deux aspects, le physique et la filiation. Tel que susmentionné¹¹²⁰, cette construction raciale qui s'est réalisée par rapport aux blancs l'a été sans définition préalable du blanc puisque le blanc étant celui qui « n'est pas dit non-blanc » par la jurisprudence. La décision *Ex parte Shahid* de 1913 de la Cour fédérale de la Caroline du Sud a été le premier à soulever cette ambiguïté en posant la question « Qui est blanc ? »¹¹²¹. Répondant elle-même que les blancs sont ceux « *know as white* »¹¹²², cette décision anticipe celle de la Cour Suprême, dans l'affaire *Thind*. Cette dernière les définit comme des personnes « *the average well informed white American knew to be white* »¹¹²³. Ainsi donc, la Cour entérine l'idée que la race et sa définition relèvent d'éléments objectifs qui s'imposent aux personnes. Cette décision va même plus loin encore, dotant les blancs de certaines caractéristiques et plus exactement d'une évidente supériorité. La race construite sur une opposition se trouve également déterminée par une hiérarchisation. La déconstruction légale de cette hiérarchisation à travers la doctrine « séparés mais égaux » puis la suppression de la ségrégation raciale « égaux donc pas séparés » n'a cependant pas

¹¹¹⁶ LOPEZ, I.H., *White by the law, The legal construction of race*, op.cit. p.5.

¹¹¹⁷ C.S., *Takao Ozawa in Ozawa v. U.S.* 260 U.S. 178 (1922).

¹¹¹⁸ C.S., *U.S. v. Thind*, 261 U.S. 204 (1923).

¹¹¹⁹ LOPEZ, I.H., *White by the law, The legal construction of race*, op.cit. p.6.

¹¹²⁰ Voir *supra* p. 257.

¹¹²¹ *Ibid.* p.17.

¹¹²² Connus comme blancs (Traduction).

¹¹²³ Que la moyenne des américains blancs bien informés connaissent comme blancs (Traduction).

totalément aboli dans l’imaginaire collectif actuel, « blanc ou non blanc », cette conscience raciale positive et supérieure du blanc.

La loi et la jurisprudence ont en effet délimité les catégories raciales tout autant que défini des identités raciales et déterminé une certaine stratification raciale de la société. Ainsi donc, comme le souligne I. H. Lopez¹¹²⁴, en plus d’avoir légalisé les races, le droit a entériné les relations raciales dans une dialectique de domination et de subordination. Donc, par un cercle « infernal », la création des races a favorisé leur stratification et a permis de déterminer une différence statutaire caractérisée par l’inégalité raciale. Cette inégalité statutaire, légale, s’est muée en inégalité matérielle, factuelle, en somme, sociale. Or cette mutation a précisément contribué à renforcer l’idée de différence raciale et par conséquent à légitimer l’existence de races différentes.

Actuellement définie par le Bureau du recensement des Etats-Unis et le Bureau de la gestion et du budget des Etats-Unis, la race est une donnée qui reflète une identification des personnes elles-mêmes à une nomenclature proposée, laquelle résulte d’une identification sociale reconnue. La construction d’une catégorie raciale émane donc d’un double processus d’auto-identification et d’exo-identification, mêlant de ce fait éléments individuels et collectifs. Par conséquent, en tant que donnée sociologique répondant à des éléments subjectifs, la race se fonde néanmoins sur des référents biologiques puisque la détermination exogène, sociale, s’effectue en considérations d’éléments physiques dont le principal est la couleur de peau.

Le fait que la catégorisation raciale américaine fluctue, élargissant les classifications comme ce fut le cas lors du recensement de 2000, amène à considérer que l’élément sociologique est déterminant et prime sur l’élément biologique. Ainsi donc, aujourd’hui, la nomenclature utilisée par le bureau du recensement, lequel est chargé de déterminer la composition raciale du pays, se fonde sur un document publié par le Bureau de la gestion et du budget¹¹²⁵, le *Federal Register Notice* du 30 octobre 1997 dénommé « Révisions des standards de classification des données fédérales sur la race et l’ethnicité »¹¹²⁶. Ce dernier a pour objectif

¹¹²⁴ LOPEZ, I.H., *White by the law, The legal construction of race*, op.cit. p.7.

¹¹²⁵ Ci-après dénommé le OMB, *Office of Management and Budget*.

¹¹²⁶ <http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html>.

de réviser la politique statistique préalablement définie par la Directive n°15, « *Race and ethnic standards for Federal Statistics and Administrative Reporting* »¹¹²⁷.

Aux Etats-Unis, race et ethnicité constituent donc deux identités distinctes même s'il peut y avoir combinaison de ces identités. L'ethnicité au même titre que la race est une construction sociale, répondant aux mêmes logiques d'*endo* et *exo* identification. Néanmoins, si l'on s'en tient à l'étude des nomenclatures utilisées par le bureau américain du recensement, l'ethnicité est appréhendée à la fois par rapport à l'origine nationale des personnes et en référence à leur ascendance. Ainsi, l'ethnicité semble dans le contexte américain s'affranchir d'éléments biologiques comme la couleur de peau puisqu'une personne se disant hispanique peut se déclarer de race blanche, noire ou encore amérindien. Par conséquent, l'ethnicité renverrait davantage à un panel de référents culturels. Mais là encore, il est délicat de tirer un postulat satisfaisant de la différenciation empirique entre la race et l'ethnie étant entendue que ces deux mentions ont évolué dans le temps. La conceptualisation de l'ethnicité n'a été faite aux Etats-Unis qu'au début du XX^{ème} siècle, notamment à partir de l'étude de W.I. Thomas et F. Znaniecki sur le processus d'intégration des immigrants polonais dans les villes américaines¹¹²⁸. Par ailleurs, les travaux de N. Glazer et D.P. Moynihan au début des années 60 montrent que les identités ethniques se fondent davantage sur le partage d'une même expérience de vie aux Etats-Unis plutôt qu'en référence à une continuité historique¹¹²⁹. Les sous-cultures ethniques sont identifiées sur la base d'un pluralisme culturel¹¹³⁰. Elles sont analysées pour mieux être valorisées en tant que facteur favorisant l'assimilation¹¹³¹. Ainsi, l'ethnicité s'est imposée par rapport à la floraison différentialiste post 1965 laquelle a suscité aussi et surtout chez les populations blanches, une résurgence de leurs identités « originelles », à savoir italienne, juive, irlandaise, etc. Cette mouvance sera traduite juridiquement par le vote du Congrès de 1974 de l'*Ethnic Heritage Studies Program Act*

¹¹²⁷ Dans ce cadre, cinq catégories raciales sont à présent appréhendées: Les amérindiens ou *autochtones alaskan*, les asiatiques, les noirs ou afro-américains, les hawaïens de souche ou autre océaniens et enfin les blancs. Une catégorie dite ethnique est celle d'hispanique ou latino. Voir Overview of Race and Hispanic Origin: 2010, Annexe n°5.

¹¹²⁸ THOMAS, W.I., ZNANIECKI, F., *The polish peasant in Europe and America*, 5 vol., Boston, 1918-1920.

¹¹²⁹ GLAZER, N., MOYNIHAN, D.P., *Behind the melting-pot*, Cambridge, Mass., Harvard University Press et MIT Press, 1975.

¹¹³⁰ M. GORDON distingue le pluralisme structurel du pluralisme culturel. GORDON, M., *Assimilation in american life*, 8eme ed., New York, Oxford University Press, 1964, 276p, GORDON, M., *Human nature, class and ethnicity*, New York, Oxford University Press, 1978, 302p.

¹¹³¹ Même si l'assimilation est ensuite envisagée comme un processus d'uniformisation culturelle qui génère la dissolution des groupes ethniques. Francis. Sur l'assimilation par le relâchement des liens ethniques, voir WARNER, W., and STROLE, L., *The Social Systems of American Ethnic Groups*, New Haven, Yale University Press, 1945, 318p. W.D. Borris, *The cultural Integration of Immigrants*, Paris, Unesco, 1959, 297p.

lequel entend comprendre les origines ethniques et les racines des citoyens américains¹¹³². Le paradoxe est de taille car si bien l'assimilation des populations dites blanches est en grande partie réalisée, le succès de la résurgence ethnique souligne le besoin d'assises identitaires. Or, comme le souligne E. Todd, ces « identifications ethniques sont dépourvues de substances »¹¹³³. C'est ce que D. Horowitz corrobore en notant que l'ethnicité devient de plus en plus importante alors même que son contenu culturel fait de plus en plus défaut¹¹³⁴. Ainsi, il semble bien que l'« ethnicité symbolique »¹¹³⁵ soit un trait caractéristique des groupes américains contemporains qui se vivent comme minoritaires dans le cadre national prédéfini.

B- La race et l'ethnie, des catégories juridiques

A considérer qu'une notion acquiert le caractère de catégorie juridique dès lors que le droit l'incorpore dans son champ lexical et lui attache des conséquences juridiques, on peut postuler que la race et l'ethnie sont des catégories juridiques du droit français et du droit américain. Nous nous intéresserons d'abord à la problématique de la race et l'ethnie en tant que catégories juridiques effectives du droit français (1) avant d'appréhender ces notions dans le contexte américain où elles constituent d'incontournables catégories juridiques (2).

1-La race et l'ethnie, des catégories juridiques du droit français

En France, il existe une véritable ambiguïté quant à la catégorisation juridique des notions de race et d'ethnie. Si l'on s'en tient aux discours actuels, il n'y aurait pas de catégorisation juridique du terme race. Comme nous l'avons antérieurement évoqué, cette idée se fonde sur l'avancée des recherches scientifiques qui ont démontré que les races n'existent pas en tant que telles et que toute classification de l'espèce humaine, qui plus est, toute hiérarchisation fondée sur ce critère racial, est inopérant¹¹³⁶. Cependant, une telle affirmation ne peut

¹¹³² FUCHS, L., *The american Kaleidoscope*, op.cit., p.337.

¹¹³³ TODD, E., *Le destin des immigrés, Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, op.cit., p. 117.

¹¹³⁴ HOROWITZ, D., « Europe and America : a comparative analysis of « ethnicity » », *Revue européenne des migrations internationales*, 47 (1989), p.47-61.

¹¹³⁵ Cité dans POUTIGNAT, P., et STREIFF-FENART, J., *Théories de l'ethnicité*, op.cit., p.

¹¹³⁶ Le terme race a été popularisé au XIX^{ème} siècle par le Comte de Gobineau à travers son ouvrage *Essai sur l'égalité des races humaines (1853-1855)* dans lequel il avance la supériorité de la « race blanche ». Cette notion a perdu tout intérêt heuristique grâce au développement de la génétique dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle qui a démontré que les répertoires de gènes sont communs à tous les systèmes génétiques humains.- Voir

satisfaire le juriste qui voit dans les textes, qu'ils soient généraux¹¹³⁷ ou catégoriels¹¹³⁸ la référence répétée à ce terme pourtant si décrié. Cela étant dit, il est opportun de se demander si la mention de la race ou celle de l'origine ethnique dans les textes juridiques permet effectivement de conclure à sa catégorisation juridique. Est-il au contraire concevable d'utiliser des notions au sein de textes législatifs ou conventionnels sans leur conférer le « statut » de notion juridique ? Cette interrogation renvoie à un double questionnement: Ne peut-on et/ou ne doit-on pas nommer les races pour mieux les interdire ? Ou est-il préférable de reconnaître l'inexistence des races par un bannissement sémantique de ce terme ? Sans se lancer dans une analyse de l'anthropologie du droit, nous pouvons à l'instar de D. Lochak arguer du fait qu'il faille distinguer deux situations différentes: d'une part lorsque la race est un objet spécifique d'une réglementation, explicite ou implicite et d'autre part lorsque ce terme constitue un référent implicite d'autres catégories juridiques¹¹³⁹.

En premier lieu, la race en tant qu'objet spécifique d'une réglementation, explicite ou implicite, a été envisagée à la fois dans le cadre de la législation coloniale et dans celui de la législation de Vichy. Au regard de la législation coloniale et notamment au sein du Code Noir, l'idée de race est constante même si le mot en tant que tel n'apparaît pas. Cette absence s'explique d'une part parce qu'il n'était pas d'emploi courant¹¹⁴⁰ et d'autre part parce qu'il n'est apparu en tant que catégorie juridique *stricto sensu* qu'en 1939. Pour autant, on y retrouve sans cesse la référence aux « blancs » et aux « noirs » catégorisant ainsi les individus en fonction de leur couleur de peau et attachant des droits spécifiques à ces deux groupes déterminés. Dans le même ordre d'idée, après l'abolition de l'esclavage en 1848, la différence de statut entre ceux que l'on nomme les « habitants d'origine métropolitaine » et les « autochtones » ne cesse pas. Cette différence continue d'être postulée en raison de la couleur de la peau et non d'un prétendu statut. Le code de l'indigénat élaboré en Algérie en 1881 formalise cette différence entre l'indigène et le citoyen français. En ne conférant pas la citoyenneté française au sujet ou ressortissant français, le droit institutionnalise l'infériorisation sociale des « indigènes ». Les facteurs biologiques ne servent point de référence alors que l'inscription dans une communauté historique sert de critère de

notamment les écrits de JACQUARD, A., *Eloge de la différence*, Éditions du Seuil, 1978, ou du généticien André Langanay.

¹¹³⁷ On pense notamment à l'article 2 de la constitution française de 1958 qui mentionne le terme de race ou encore l'article 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

¹¹³⁸ Par exemple le code du travail.

¹¹³⁹ Les développements suivant prendront essentiellement appui sur le texte de LOCHAK, D., *la race : une catégorie juridique ?*, in Actes du Colloque *Sans distinction de ...race (27 et 28 mars 1992)* publiés par les Presses de la FNSP, revue Mots, n°33.

¹¹⁴⁰ D. LOCHAK explique que ce terme, dans cet emploi, n'est apparu qu'en 1684. LOCHAK, D., *Ibid.*, p.2

discrimination. La frontière devient alors plus étanche puisque l'indigène qui prouve sa capacité d'assimilation à la civilisation occidentale peut prétendre à la citoyenneté française¹¹⁴¹.

La notion de « race » en tant que telle a été introduite par le décret Marchandeu du 21 avril 1939 qui interdisait la propagande antisémite. Cependant la « race » a été érigée en catégorie juridique explicite du droit français, lors de la législation antisémite de Vichy par la loi du 3 octobre 1940 portant sur le statut des juifs et la loi du 2 juin 1941 qui la complète¹¹⁴². La race apparaît alors comme une catégorie juridique qui va donner lieu à interprétation doctrinale et jurisprudentielle¹¹⁴³.

Ainsi, depuis 1945, la race a cessé d'être une catégorie juridique *stricto sensu*, objet explicite de législations spécifiques, pour devenir un référent, plus ou moins implicite de la législation antiraciste et antidiscriminatoire¹¹⁴⁴. Toutefois, de nombreux auteurs se demandent si le fait de parler du terme race par la négative, en interdisant toute discrimination fondée sur sa référence, n'aboutit pas à lui conférer une certaine objectivité, une réalité de fait invocable¹¹⁴⁵. La race est en effet depuis 1945 un référent d'autres catégories juridiques. Prenant position contre le nazisme, les sociétés occidentales et en particulier la France, ont adopté une série de textes prohibant les discriminations fondées sur la race. Pour autant, ces mêmes textes utilisent le mot même de race alors même que personne ne doutait plus de l'inexistence de ces dernières. C'est par exemple le cas du Préambule de la Constitution de 1946¹¹⁴⁶ ou encore de

¹¹⁴¹ Comme nous l'avons évoqué, même après la décolonisation, une distinction persiste entre les « populations de statut de droit commun » et celles de « statut local ». Cette situation est accentuée par le fait que le recensement de la population, aujourd'hui encore, et contrairement à ce qui se passe en métropole, autorise la collecte de données se référant à l'origine ou à l'appartenance ethnique des personnes. Voir *supra* p. 263 et *infra* p. 275.

¹¹⁴² Loi N° 2332. - du 2 juin 1941 remplaçant celle du 3 octobre 1940 portant statut des juifs.

¹¹⁴³ Elle sera toutefois et fort heureusement décrédibilisée en tant que référent juridique par les génocides des juifs européens, des « gitans » et de tous les groupes de populations jugées « indésirables » par le Troisième Reich. Ce génocide sera reconnu comme un crime de génocide punissable par le droit international. Le tribunal de Nuremberg... Il convient de noter que le tribunal avait compétence pour trois crimes : le crime contre la paix, les crimes de guerre et le crime contre l'humanité. Il faudra attendre la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPI) institué par la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU en date du 25 mai 1993 pour que le crime de génocide prenne son autonomie à côté du crime contre l'humanité. Le crime de génocide est défini par l'article 4 du Statut du TPI comme un acte « commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, racial ou religieux comme tel ». GARAPON, A., « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », *Critique internationale* n°5 - automne 1999, pp. 167-180, p.169-170.

¹¹⁴⁴ L'UNESCO préconisait dès 1950 de lui substituer le concept de « groupe ethnique » afin d'ôter à cette référence toute connotation biologique

¹¹⁴⁵ LOCHAK, D., *la race: une catégorie juridique ?*, op.cit.

¹¹⁴⁶ Le Préambule de la Constitution de 1946 stipule que « Le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ».

l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958¹¹⁴⁷. Cette ambiguïté est au cœur de notre interrogation antérieure. En effet, on est en droit de se demander quel statut juridique revêt le terme race s'il est un référent omniprésent de la législation contemporaine antiraciste, bien qu'aucun des textes n'en donne une définition¹¹⁴⁸ ?

La problématique devient plus complexe lorsque des dispositions pénales citent le terme race. Ils ne se bornent pas à le mentionner mais procèdent alors à une véritable pénalisation des actes et propos racistes¹¹⁴⁹. C'est le cas spécifique de la loi du 1^{er} juillet 1972 complétée par la loi du 7 juin 1977 relative à la lutte contre le racisme ou encore de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe¹¹⁵⁰. Soulignons que cette dernière loi de 1977 lève une part d'ambiguïté puisqu'elle amplifie la rédaction des mentions « l'appartenance ou la non appartenance, *vraie ou supposée*, à une *ethnie*, une race ou une religion déterminée ». Avec cette nouvelle rédaction, le législateur a ainsi entendu nuancer l'objectivité de l'appartenance. En outre, mentionnons que la loi 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés interdit de faire figurer dans un manuel ou dans des fichiers informatisés, sauf accord express de l'intéressé, certaines données nominatives considérées comme sensibles, dont la race¹¹⁵¹.

De ce fait, l'« origine raciale » est incontestablement devenue une catégorie juridique par rapport à laquelle des interdictions peuvent être formulées. Il s'agit donc d'une catégorisation par la négative, prônant une interdiction. Une certaine hypocrisie sémantique conduit à condamner les mêmes mentions d'« origine raciale » ou d'origines ethniques lorsqu'elles relèvent d'une autorisation d'utiliser de telles références. En témoignent le décret en date du 2 février 1990 qui autorisait les juridictions à référencer les origines raciales des parties au litige, ou celui du 27 février 1990 qui permettait aux renseignements généraux de collecter des données relatives à l'origine ethnique des personnes fichées. Si la controverse sémantique semble réglée¹¹⁵², l'imposture sémantique demeure. La substitution de plus en plus fréquente

¹¹⁴⁷ L'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que la république « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

¹¹⁴⁸ LOCHAK, D., « La race: une catégorie juridique ? », op.cit.

¹¹⁴⁹ Korman, C., « La répression des discours racistes en France », RTDH, 2001, pp. 385-401.

¹¹⁵⁰ L'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1990 mentionne : « Toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion est interdite. L'Etat assure le respect de ce principe dans le cadre des lois en vigueur. »

¹¹⁵¹ Les données dites sensibles sont celles qui font apparaître directement ou indirectement les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou même les appartenances syndicales des personnes.

¹¹⁵² Le décret du 27 février 1990 a été remplacé par le décret du 14 octobre 1991 et fait désormais mention d'informations faisant apparaître « les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables, comme élément de signalement »

de la notion d'ethnie à celle de race, n'est que partielle et n'est donc pas devenue une norme, même tacite¹¹⁵³. Ainsi, cette référence à la « race » fut réintroduite par la législation du 16 novembre 2001 sur la lutte contre les discriminations¹¹⁵⁴.

Néanmoins, la mutation somme toute incomplète de la référence à la race vers la référence à l'origine ethnique est considérée à tort comme moins problématique. En effet, les deux termes évoquent deux situations différentes qui ne peuvent donc être présentées comme synonymes, l'une se substituant à l'autre. De plus, le flou qui entoure la notion d'ethnie ne peut satisfaire le juriste. En outre, chacune des catégories relève d'une grande part de subjectivité, leurs définitions juridiques étant par ailleurs absente. Ainsi, dans le cadre de la législation antidiscriminatoire, le juge opère une qualification subjective des personnes s'estimant victimes de discrimination tout autant que des motivations des personnes poursuivies pour discriminations¹¹⁵⁵. Cette subjectivité s'est toutefois trouvée amenuisée par la loi du 16 novembre 2001 qui introduit les mentions d' « appartenance physique » ou de « patronyme ».

Le terme ethnique relève lui-même d'une catégorisation juridique spécifique, sur la base de deux lois. La première est la loi en date du 9 novembre 1988 relative au statut de la Nouvelle Calédonie¹¹⁵⁶. Cette disposition qui institue des conseils consultatifs coutumiers se fonde sur l'existence d'ethnies, appréhendées comme des catégories administratives et donc juridiques pour la mise en place de ces structures particulières. La seconde est la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui énonce dans son article 31 qu'« il est illégal d'identifier des personnes en fonction d'un critère ethnique ou racial »¹¹⁵⁷. En outre, le terme ethnique est présent dans tout le dispositif de lutte contre les discriminations¹¹⁵⁸.

¹¹⁵³ Ainsi, en 1983, la loi relative aux droits et obligations des fonctionnaires fait mention de l'ethnie en lieu et place du terme « race ».

¹¹⁵⁴ Notons que J. F. Mattéi¹¹⁵⁴ et les signataires de la « Charte Galilée 90 » ont demandé le retrait du terme « race » de l'article 2 de la Constitution. Dans le même sens, le 13 mars 2003, le député communiste (PCF) Michel Vaxes a proposé à l'Assemblée Nationale de supprimer la notion de race du discours législatif et juridique, proposition qui fut rejetée par la majorité.

¹¹⁵⁵ Voir GHIRARDELLO, A., « Inégalités de « classes » et inégalités de « races »: quels enjeux pour les politiques sociales », *Colloque, Etat et régulation sociale*, CES-Matisse, Paris, 11-13 septembre 2006, p.4.

¹¹⁵⁶ LOI no 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie.

¹¹⁵⁷ Loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, n° 78-17.

¹¹⁵⁸ L'article 225-1 du Nouveau code pénal mentionne par exemple que: « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à **une ethnique**, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des moeurs,

Ainsi, alors qu'en France, la référence juridique à l'ethnie reste contestée mais néanmoins de plus en plus usitée, dans le cadre européen l'utilisation du terme « origine ethnique », et donc sa prise en compte juridique, est de plus en plus prégnante. Pour le droit européen, la race et l'ethnie relèvent à fortiori de catégories juridiques dont la prise en compte est essentielle notamment en matière de lutte contre les discriminations. En témoigne la directive de juin 2000¹¹⁵⁹, celle de juillet 2003¹¹⁶⁰ ou encore le programme de lutte contre la discrimination pour la période 2001-2006¹¹⁶¹. Ces mesures prises sur le fondement du nouvel article 13 du Traité CE¹¹⁶² appellent à une « prise en compte positive de la « race » et de l'« origine ethnique ». Pour autant, lorsque le législateur national a opéré la transposition de la directive dans le droit interne à travers la loi relative à la lutte contre les discriminations du 16 novembre 2001¹¹⁶³, il s'est volontairement montré plus que conservateur par rapport à la référence aux notions de « race » et « d'origine ethnique »¹¹⁶⁴. Il a en premier lieu rejeté les articles 4 et 5 de la directive.¹¹⁶⁵ En outre, le législateur français a substitué la notion de harcèlement moral à celle de harcèlement racial défini à l'article 2 (3) de la directive précitée¹¹⁶⁶. Enfin, la notion de race a été « oubliée » lors de la transposition de la directive et

de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, **de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnique**, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. » Modifié par Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 - art. 13 JORF 24 mars 2006. (Souligné par nous).

¹¹⁵⁹ Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Cette directive fera l'objet d'un développement plus spécifique dans les développements ultérieurs. Voir *infra*, p.401.

¹¹⁶⁰ Directive du 19 juillet 2003 relative à la protection contre les discriminations en matière de travail, d'éducation, de protection sociale et d'accès aux biens et aux services, Voir *infra*, p.401.

¹¹⁶¹ Décision du Conseil du 27 novembre 2000, JOCE du 2.12.00, L 303 /23.

¹¹⁶² Cet article fut intégré au Traité UE par le traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Cet article 13 dispose que: « sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

¹¹⁶³ JO du 17.11.01.

¹¹⁶⁴ Les développements suivant seront emprunté à CALVES, G., 2002, op.cit., p.180.

¹¹⁶⁵ Article 4- Exigence professionnelle essentielle et déterminante- Sans préjudice de l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Article 5- Action positive- Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique.

¹¹⁶⁶ Cet article 2 (3) de la directive du 29 juin 2000 le définissait comme un « comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique (...) a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

de la rédaction du Code pénal afin de ne pas lui conférer de reconnaissance juridique¹¹⁶⁷. De ce fait le Code du travail¹¹⁶⁸ dispose que l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race doit s'entendre comme l'« appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race ».

En guise de conclusion, nous pourrions nous référer à G. Claves et considérer qu'en France, d'un point de vue juridique la race est certes une catégorie, mais une catégorie vide¹¹⁶⁹. Cette situation diffère grandement du contexte américain.

2- La race et l'ethnie, des catégories juridiques du droit étasunien

Affirmer que l'ethnie et la race sont bel et bien des catégories juridiques du droit américain, revient à postuler que ce droit étasunien définit et régit ces notions tout autant qu'il s'y réfère. Pour autant, si l'on s'en tient à l'histoire constitutionnelle américaine, rien n'est moins certain. « Il n'y a pas de race ici » ! Telle était la formule du juge Harlan en 1896 qui dans son opinion dissidente de l'arrêt *Plessy v. Ferguson* exprimait l'idée selon laquelle la Constitution américaine est *Color-Blindness*¹¹⁷⁰.

Pour bien saisir cette référence, il nous faut en définitive remonter à la période de l'adoption de la constitution. Le texte fondateur des Etats-Unis ne définit pas le peuple au nom duquel le régime républicain est instauré. Toutefois, dans cette période d'esclavagisme et de servitude, si la race n'apparaît pas comme une catégorie juridique en tant que telle, elle est un référent implicite d'une subordination statutaire. En effet, et comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, les personnes étaient désignées, et par conséquent se trouvaient légitimées dans un statut de subordination, en fonction de leur appartenance à la catégorie d'esclaves ou au contraire de personnes libres. Tout était fait pour maintenir les personnes dans l'état de servitude puisque même leurs enfants étaient dans la majorité des cas, des esclaves. En effet, le statut de l'enfant était identique à celui de la mère sachant que les femmes libres se mariant

¹¹⁶⁷ Voir le rapport A.N., n° 2965, *Lutte contre les discriminations*, 2^{ème} lecture, 2 avril 2001, p.10 cité in CALVES, G., « Il n'y a pas de race ici ! » « Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », op.cit, p.181

¹¹⁶⁸ Art. L. 122-45. du Code du Travail.

¹¹⁶⁹ G. CALVES dit de la race qu'elle est une « catégorie vide ». CALVES, G., « Il n'y a pas de race ici ! » « Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », op.cit, p.182

¹¹⁷⁰ Voir *infra* p.117. Voir également Annexe n°16 et 17.

avec des esclaves couraient le risque d'être elles aussi réduites en esclavage¹¹⁷¹. Dans ce contexte, la référence à une donnée biologique n'était pas nécessaire puisque la différence statutaire suffisait à une désignation substantielle.

Avec l'accroissement du nombre d'affranchis et le risque conséquent de métissage qui pesait sur la majorité blanche, l'identification statutaire montrait ses limites. Ainsi, le législateur se devait d'adopter une définition juridique de l'identité raciale, laquelle se basait, en fonction des Etats considérés, sur deux classifications exclusives ou cumulatives. La première était celle de la règle de la reconnaissance sociale qui se présentait comme une détermination exogène, effectuée par les personnes en relation avec l'individu leur apparaissant d'origine africaine. La seconde était la loi de la « goutte de sang » qui se voulait essentialiste. Elle posait en effet qu'une personne était noire dès lors qu'elle avait une goutte de sang noir, c'est-à-dire si elle a au moins un ascendant originaire de l'Afrique Subsaharienne¹¹⁷². Cette règle contraignante faisait dès lors tomber les personnes issues du métissage dans la catégorie des noirs. Dans les deux cas énoncés, la race se rattachait donc à un élément biologique, par essence irréductible. Cette conception essentialiste fut confirmée par l'arrêt *United states v. Thind*¹¹⁷³ qui, par voie de conséquence, a refusé d'appliquer une conception culturelle de la race.

Lors du célèbre arrêt *Regents of the University of California v. Bakke*¹¹⁷⁴, le juge H. Blackmun, faisant état d'une opinion concordante, semblait faire écho à la formule du juge Harlan de 1896. Il prônait en effet l'importance de prendre en considération la race: « *In order to get*

¹¹⁷¹ Pour ces questions, voir BRION DAVIS, D., *The problem of slavery in Western Culture*, Oxford University Press, 1967, 528.,p.280

¹¹⁷² Voir *infra* p. 209, *supra* p. 469.

¹¹⁷³ C.S., *United states v. Thind*, 261 US 204 (1923). Voir *supra* p.182.

¹¹⁷⁴ C.S., 438 U.S. 265 (1978). La décision Bakke est à replacer dans le contexte des politiques de discrimination positive qui bien que fondée sur une classification suspecte, la race, trouvaient leur justification dans les décisions de la cour elle-même. Ainsi le requérant, le Sieur Bakke, homme blanc s'est vu refusé à deux reprises l'accès à la première année de médecine alors même que ses résultats étaient plus satisfaisant que d'autres candidats admis, mais faisant l'objet de sélection spécifiques en raison de leur appartenance à la race noire, asiatique, indienne ou leur identité hispanique. La cour qui avait traitée d'une question de discrimination à rebours ne put rendre une opinion majoritaire, divisée en deux groupes, le premier estimant que la législation de 1964 prohibait toute discrimination fondée notamment sur la race, le second postulant que le processus de recrutement universitaire devait être validé du fait de son caractère « bienveillant ». Toutefois, l'opinion la plus marquante fut celle d'un neuvième juge, le juge Powel au travers d'une opinion personnelle prôna une invalidation du programme de recrutement sur les bases constitutionnelles postulant que la Cour n'interdit pas les classifications relatives à la couleur de peau mais ne tolère pas les quotas rigides tels que ceux en cause dans la décision. Ainsi donc, la constitution n'est pas *color blindness* mais ne tolère le fait racial que lorsqu'il n'institue pas des classifications trop rigides et lorsqu'il est justifié par « un intérêt public impérieux ». Voir également Annexe n° 18.

beyond racism, we must first take account of race. There is no other way »¹¹⁷⁵. De ce fait, dans cette optique, on ne peut espérer voir disparaître le racisme que si l'on prend les races en considération. Autrement dit, la prise en compte de la race comme facteur d'identification des personnes apparaît comme une condition *sine qua non* pour la disparition future de ces mêmes races. Le paradoxe est de taille. Ce « dilemme générateur »¹¹⁷⁶ se présente comme un choix entre une certaine « racialisation » de la société pour parvenir à sa « déracialisation » prochaine et celui d'une règle impérative de non-usage des classifications raciales comme garantie de cette même « déracialisation » de la société. Même la discussion fut tranchée par la Cour Suprême, elle n'en reste pas moins continuellement débattue, la position retenue étant critiquée.

Ainsi, de nombreuses décisions ont entériné les catégorisations raciales comme élément déterminant de législations. La référence aux catégories raciales a même été reconnue compatible avec le 14^{ème} amendement qui prône pourtant une clause d'égalité de protection de la loi. En effet, comme les juges de la Cour Suprême l'ont expliqué dans la décision *Plessy v. Ferguson*, « l'amendement avait pour objet, sans aucun doute, d'instituer l'égalité absolue des deux races devant la loi. Mais il serait contraire à la nature des choses que ses promoteurs aient pu viser l'abolition des distinctions à raison de la couleur, ou l'instauration d'une égalité sociale -et non pas seulement politique- ou une mixité des deux races en des termes qui ne les satisferaient ni l'une ni l'autre. »¹¹⁷⁷. La législation du congrès américain a aussi utilisé la race comme référent explicite dans le cadre de l'interdiction des mariages interraciaux¹¹⁷⁸. En outre, et comme nous aurons l'occasion de le voir dans de prochains développements¹¹⁷⁹, les politiques d'*affirmative action* définies au niveau fédéral entérinent l'idée selon laquelle l'identification raciale est un élément déterminant dans la jouissance de telles politiques et revêt par conséquent le caractère de catégorie juridique ouvrant droit à une série de traitement préférentiel. Ainsi donc on voit bien que la race est reconnue explicitement en catégorie juridique.

¹¹⁷⁵ Pour aller au-delà du racisme, nous devons d'abord prendre en compte la race. Il n'y a pas d'autre moyen (Notre traduction). ZOLLER, E., *Les grandes décisions de la Cour Suprême*, op.cit., p.407.

¹¹⁷⁶ SABBAGH, D., *L'égalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Collection Etudes politiques, Paris, Economica, 2003, 425., p. 1.

¹¹⁷⁷ Opinion de la Cour lue par le juge Brown, décision *Plessy v. Ferguson*. ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Paris, op.cit.,1320 p., p.302. Voir *infra* p.117. Voir également annexe n°16 et 17.

¹¹⁷⁸ De telles législations ont été reconnues comme relevant du pouvoir de police des Etats et en ce sens déclarées conformes à la constitution. *Ibid.* p.304.

¹¹⁷⁹ Voir notamment les développements *infra* p.405-407, 420-426.

Nous avons évoqué précédemment le fait que les races n'avaient plus de réalité biologique. Ceci est particulièrement vrai à partir des années 1960, où la référence aux races ne renvoie pas à une dimension génétique mais bel et bien à une construction sociale et idéologique. Dans l'esprit américain, que ce soit dans le recensement ou pour les juges de la Cour Suprême¹¹⁸⁰, ce terme résulte d'un construit social qui a pour double conséquence de motiver une auto-identification des personnes et une reconnaissance en termes d'appartenance à telle ou telle race. Pour autant, il convient de différencier la race comme apparence et la race comme statut.

Concernant le terme d'ethnie, il semble être plus un élément d'appréhension sociologique que juridique. En effet, la population est d'abord divisée en terme racial comme en témoigne les catégories du recensement et ensuite en terme d'ethnie lequel ne s'appréhende dans le cadre du recensement que par rapport à un choix binaire.

La race et dans une moindre mesure l'ethnie, sont toutes deux des notions révélant la diversité des populations qui composent la nation française et étasunienne, devenues des catégories juridiques. La saisie de ces termes par le droit va avoir un impact direct sur la mesure de la diversité ethnoculturelle.

§2- La spécificité de la mesure de la diversité ethnoculturelle dans les sociétés française et américaine

La question de la mesure de la diversité, et notamment de la mesure des origines, raciales, ethniques, nationales ou encore des appartenances culturelles ou religieuses des personnes est éminemment polémique et induit d'importants dilemmes tant au niveau politique que juridique. Une telle mesure n'est jamais neutre.

Eléments d'information sur une société, ces données constituent des instruments pour servir de moyen de preuves, aussi bien que d'outils de gouvernance¹¹⁸¹ et/ou des éléments sous-tendant des politiques publiques et la détermination de leurs bénéficiaires. Ainsi, comme

¹¹⁸⁰ Le terme race figurent dans de nombreux arrêts dont par exemple *United States v. Bhagat Singh Thind*, op.cit., *Board*, op.cit. etc.

¹¹⁸¹ GHIRARDELLO, A., « Inégalités de « classes » et inégalités de « races » », *Etat et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ?*, Conférence Paris, 11-13 Septembre, 2006, p.6.

l'écrit P. Simon¹¹⁸², les catégories statistiques « ne prétendent pas refléter une *réalité* ¹¹⁸³ objective, mais forment une représentation légitime du monde social, historiquement situé dans les sociétés qui les utilisent et les rendent possible ». De même, à l'instar de J. Perlmann and M. C. Waters on peut aisément postuler que « (...) *the census itself leaves such a huge imprint on the popular conception of the nation (...)* » ¹¹⁸⁴. C'est dans ce sens que nous analyserons la problématique de la mesure de la diversité en France (A) puis aux Etats-Unis (B).

A- La situation française ou les ambiguïtés de la mesure

Nous allons en premier lieu envisager l'ambiguïté de la mesure de la diversité en France au travers de l'étude des sources de la mesure (1) et de l'objet de la mesure (2).

1- Les sources de la mesure

En France, ce n'est véritablement qu'à partir de la révolution française qu'un recensement sera organisé sur l'ensemble du territoire. Précédemment, et notamment sous l'Ancien Régime, il s'agit plutôt de dénombrements réalisés sur la base des foyers, les *feux*, afin de déterminer l'impôt sur le sel, la gabelle. C'est en 1801 que le recensement général de la population est instauré par Bonaparte, avec une périodicité de 5 ans, système qui perdurera jusqu'en 1946. Jugé trop coûteux et d'organisation difficile, le recensement connaîtra une nouvelle méthode de recueil de données. Sa périodicité s'allongera à 9 ans. Toutefois, après 1999, un autre mode de recensement est mis en place, rendant le comptage national « permanent ». Ainsi, le recensement général de la population de 1999 aura été le dernier concernant toute la population en même temps. En effet, depuis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité et de ces deux décrets d'application, tous les habitants ne sont pas recensés la même année ¹¹⁸⁵.

¹¹⁸² SIMON, P., « La catégorisation statistique des « immigrés ». Analyse des inégalités et lutte contre les discriminations », In *Sida, immigration et inégalités: nouvelles réalités, nouveaux enjeux*, Paris, ANRS, 2002., pp. 15-31, Sciences Sociales et Sida, 129p., p.18.

¹¹⁸³ En italique dans le texte.

¹¹⁸⁴ Le recensement lui-même recèle l'empreinte de la conception populaire de la nation (Notre traduction). PERLMANN, J., WATERS, M.C., *The new race question. How the census counts multiracial individuals*, Russel Sage Foundation, New York, 2002, 398p., p.261

¹¹⁸⁵ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, publiée au JO n° 50 du 28 février 2002. Celle-ci définit les principes d'exécution du recensement et d'authentification annuelle des populations légales des communes.

Dès lors, depuis le 1^{er} janvier 2004, le recensement de la population résidant en France est annuel¹¹⁸⁶. Il reste réalisé en vertu de la confidentialité des données individuelles telles que garantie par la loi de 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques et de la loi de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés¹¹⁸⁷. Il est entendu que les acteurs locaux puissent conduire dans de meilleures conditions leurs politiques économiques et sociales puisqu'ils disposent d'informations régulières et récentes. En effet, les évolutions qui influent sur les mouvements et les caractéristiques de la population s'accroissent et, dans le même temps, les compétences dévolues aux collectivités locales se multiplient. La rénovation du recensement a donc pour enjeu de mieux adapter l'offre statistique aux attentes des utilisateurs.

Le recensement français est organisé par l'INSEE¹¹⁸⁸ qui assure la coordination du système statistique public français. Néanmoins, le recensement n'est pas le seul instrument permettant de mesurer la diversité française. Ainsi par exemple, l'INSEE établit également périodiquement des statistiques sur des thématiques touchant à la diversité de la population et en particulier à l'immigration. Toutefois ces dernières ne prennent en compte que les personnes qui ont pu et ont bien voulu y participer. Cette situation engendre un indéniable déficit qui concernerait 1 à 2 millions de personnes pour la plupart des migrants en situation irrégulière¹¹⁸⁹. De plus, ces statistiques ne prennent pas en compte les moins de 18 ans qui, pour une grande partie d'entre eux, sont français et donc considérés parmi la population « autochtone »¹¹⁹⁰. Donc, pour approcher des chiffres correspondant d'avantage à la réalité il faudrait comparer la population d'immigrés à la population majeure française ce qui porterait le chiffre de la présence des immigrés en France de 8,1 % à 9,9%. Toutefois, ces statistiques de l'INSEE établies selon des indicateurs stables permettent de mesurer les évolutions, ce qui diffère des études américaines.

L'INSEE bien qu'ayant en charge l'organisation des recensements nationaux, n'a cependant pas le monopole de la statistique. En effet de nombreux organismes sont habilités à effectuer des comptabilisations en fonction de leur domaine de compétence. Des instituts d'enquêtes et sondages donnent ainsi régulièrement des éclairages intéressants, portant sur différentes

¹¹⁸⁶ Dans ce cadre, les communes de moins de 10 000 habitants réalisent désormais une enquête de recensement exhaustive tous les cinq ans, à raison d'un cinquième des communes chaque année. Les communes de 10 000 habitants ou plus réalisent tous les ans une enquête par sondage auprès d'un échantillon de 8 % environ de leur population. La collecte s'effectue entre janvier et février (jusqu'en mars à La Réunion).

¹¹⁸⁷ La loi n°78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978.

¹¹⁸⁸ L'INSEE a été créée par la loi de finances du 27 avril 1946.

¹¹⁸⁹ GOUREVITCH, J.P., *Les migrations en Europe: Les réalités du présent, les défis du futur*, op.cit., p. 37.

¹¹⁹⁰ Le terme autochtone est sciemment mis entre guillemets puisqu'il désigne ici les nationaux.

thématiques qui peuvent étayer la photographie de la diversité de la population en France. A côté de ces organismes, des institutions sont détentrices d'informations précieuses qu'elles rendent périodiquement publiques. Ainsi, l'Office des Migrations Internationales, OMI¹¹⁹¹ ou encore l'Agence Nationale des Etrangers et des Migrations, ANAEM¹¹⁹² calculent les entrées légales des migrants. L'OFPRA¹¹⁹³ répertorie les demandes d'asiles. La Direction de la population et des migrations, DMP¹¹⁹⁴, gère la comptabilisation des naturalisations. Le ministère de l'Intérieur dispose des chiffres relatifs à la délivrance des cartes de séjour. Le ministère de la Justice enregistre les acquisitions de nationalité. L'INED¹¹⁹⁵ étudie entre autres thématiques les migrations internationales et les minorités tout autant que les mécanismes d'intégration et de discrimination et présente annuellement un rapport au Parlement. Le Haut Conseil de l'Intégration¹¹⁹⁶, instance de réflexion et de proposition étudie l'intégration des résidents étrangers ou d'origine étrangère à travers un rapport annuel dans lequel il harmonise les informations. Il émet en outre des avis sur ces questions à la demande du gouvernement. L'observatoire des statistiques de l'immigration et de l'intégration¹¹⁹⁷ complète ce dispositif en procédant notamment à une analyse critique des catégories relatives aux étrangers entrant régulièrement en France. Il est en outre chargé de synthétiser les données statistiques relatives aux flux migratoires utilisées par les différents ministères ainsi que d'évaluer les politiques menées en matière d'intégration ayant à étudier les parcours d'intégration ainsi que les indicateurs de cette intégration.

Parmi les nombreuses critiques que l'on peut adresser au système français¹¹⁹⁸, il faut citer l'absence de réelle coordination entre les différents organismes précités. Une autre remarque tient à la confusion possible entre tous ces chiffres et par conséquent à l'opacité des évaluations. On peut en outre déplorer l'inexistence d'un observatoire national de l'immigration. Enfin, l'objet de la mesure reste sujet à caution.

¹¹⁹¹ Créé en 1945, l'OMI est un établissement public à caractère administratif relevant du ministre chargé du travail qui gère le recrutement des travailleurs de la France d'outre mer ainsi que des travailleurs étrangers en métropole.

¹¹⁹² Cet établissement public administratif est chargé de l'accueil en France des migrants en situation régulière. Il fut mis en place 20 avril 2005 par le décret 2005-381.

¹¹⁹³ Créé le 25 juillet 1952, l'OFPRA est chargé de l'application des textes français et des conventions européennes et internationales relatifs à la reconnaissance de la qualité de réfugié, d'apatride et à l'admission de la protection subsidiaire.

¹¹⁹⁴ La Direction de la population et des migrations dépend du ministère de la Cohésion sociale.

¹¹⁹⁵ Créé en 1945, l'Institut national d'études démographiques a pour mission l'étude de la conjoncture démographique nationale et internationale. L'INED est devenu depuis 1986 un établissement public.

¹¹⁹⁶ Créé par décret du 19 décembre 1989, le Haut Conseil à l'Intégration est rattaché aux services du premier ministre.

¹¹⁹⁷ Prévu dans le cadre du décret instituant le HCI à l'article 5-1, l'observatoire statistique de l'immigration et de l'intégration a été mis en place le 2 juillet 2004. Etablissement public, l'OSII a remplacé le groupe statistique du HCI. Il a réuni des membres de l'INSEE, de l'INED, de l'OMI et des différents ministères concernés.

¹¹⁹⁸ Nous reviendrons dans la seconde partie les problématiques actuelles en matière de mesure de la diversité.

2- L'objet de la mesure

Du point de vue de l'objet de la mesure, il convient de relever plusieurs éléments. Ainsi, en vertu du principe constitutionnel d'unicité du peuple français¹¹⁹⁹ il n'est pas permis d'effectuer des recensements prenant en compte l'origine des personnes faisant alors explicitement référence à des variables telles que la race ou l'ethnie (prohibées article 1er de la Constitution de 1958). La tradition nationale fait donc de l'identification par la position socio-économique le primat d'analyse des faits sociaux, et partant, le socle des politiques publiques. Dans ce cadre, toute autre référence est à la fois illégitime et illégale¹²⁰⁰. Cette position nationale a été confirmée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 15 novembre 2007¹²⁰¹ lequel déclare l'article 63 de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile contraire à la constitution. Ce dernier permettait en effet « la réalisation de traitements de données à caractère personnels faisant « apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques » des personnes »¹²⁰² dans le cadre d'une autorisation de la CNIL et dans le but de réaliser des études sur la mesure de la diversité des origines, de la discrimination et de l'intégration. Le juge constitutionnel a ainsi admis qu'une telle disposition contrevenait à l'article 1^{er} de la Constitution précédemment mentionné, lequel interdit toute distinction reposant notamment sur des critères ethniques et raciaux. En outre, le Conseil a relevé que ledit article était sans lien avec le projet de loi.

Ainsi, la catégorisation française repose sur le triptyque de la nationalité à savoir « français de naissance, français par acquisition et étranger ». Cette situation résulte du recensement de 1851 et prévaut dès 1891. Elle s'inscrit, outre dans les principes républicains sus mentionnés, sur une volonté de gestion des flux et d'observation du processus d'assimilation¹²⁰³. Cette nomenclature du recensement de la population française a prévalu jusqu'à la fin des années 1980 dans toutes les enquêtes quantitatives aussi bien que dans les données relevées par les fichiers administratifs. Dès 1990, on a assisté à l'incorporation du lieu de naissance et donc de la catégorie des personnes nées étrangères à l'étranger et résidant en France. A ensuite été

¹¹⁹⁹ Décision 91-290 DC du 9 mai 1991, Statut de la Corse.

¹²⁰⁰ Voir SIMON, P., La catégorisation statistique des « immigrés ». Analyse des inégalités et lutte contre les discriminations, op.cit., p.16.

¹²⁰¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007557/2007557dc.htm>. Consulté le 01.10.2010.

¹²⁰² *Ibid.* Considérant 24.

¹²⁰³ Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, op.cit., p.18.

insérée le lieu de naissance des parents dans l'enquête « famille » adossée au recensement. Cette évolution entre bel et bien dans le cadre de la jurisprudence de la CNIL qui a encore rappelé le 8 juillet 2005 que « le droit français autorise la collecte de données sur la nationalité et le lieu de naissance d'un individu et de ses parents. Il interdit de recueillir des données relatives à l'origine raciale ou ethnique, réelle ou supposée »¹²⁰⁴.

Ce « tabou de l'origine »¹²⁰⁵ a suscité de larges controverses¹²⁰⁶. D'un point de vue normatif, la statistique française publique, à savoir le recensement périodique de la population, permet donc certes de différencier les nationaux des étrangers mais ne peut aller au-delà. Par conséquent, il est impossible puisque interdit de connaître les chiffres officiels publics de la population immigrée de la seconde et troisième génération. Une telle carence, en plus de ne donner qu'une photographie parcellaire de la population française compromet la mise en évidence des inégalités qui existent entre populations immigrées et les non-immigrées, ou encore Français de « couleur » et ceux qui ne sont pas reconnus comme étant blancs. Cette « cécité plus ou moins volontaire des statistiques »¹²⁰⁷ semble pour ces détracteurs contribuer à relativiser les atteintes à l'égalité.

Comme nous l'avons déjà évoqué¹²⁰⁸, la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 pose comme illégal le fait d'identifier des personnes en fonction d'un critère ethnique ou racial. Pour autant, une telle interdiction est levée lorsque la CNIL confère une autorisation spéciale. En outre, les données relatives à la nationalité ou au lieu de naissance des individus peuvent figurer dans tous les fichiers à condition que leur usage respecte les exigences de finalité et de proportionnalité. Cette doctrine qui a donné lieu à une jurisprudence cumulative s'inscrit parfaitement dans la tradition française de l'égalité de principe entre tous les citoyens et dans la reconnaissance d'un droit à l'indifférence. Soulignons que l'interprétation de la CNIL l'a conduite à estimer que pour des motifs d'intérêt public des exceptions pouvaient néanmoins justifier l'emploi de certaines données. Dans ce sens, comme le mentionne la délibération du 18 janvier 1983¹²⁰⁹, les données relatives à l'origine ethnique des personnes des territoires d'Outre-mer peuvent être recueillies lors du recensement de la population étant entendu que

¹²⁰⁴ VAN EECKHOUT, L., *Recensement « ethnique » : le débat français*, le Monde, 9 novembre 2006.

¹²⁰⁵ Terme emprunté à CALVES, G., 2002, *op.cit.* p.176, entre guillemets dans le texte.

¹²⁰⁶ Polémiques ayant donné lieu à un colloque dont les actes ont été publiés par la revue *Mots*, n° 33, décembre 1992.

¹²⁰⁷ Expression empruntée à SIMON, P., *La catégorisation statistique des « immigrés ». Analyse des inégalités et lutte contre les discriminations*, *op.cit.*, p.25.

¹²⁰⁸ Voir supra p. 265.

¹²⁰⁹ Voir le 4^{ème} rapport d'activité de la CNIL, documentation française, 1984, p.73 et p.295.

de telles informations permettent d'apprécier les caractéristiques sociodémographiques de ces territoires et servent de cadre à la définition des politiques publiques. De telles informations motivées par des questions d'intérêt public sont par conséquent légales. Toutefois, si l'on s'en tient à l'exemple de la Nouvelle-Calédonie qui a réalisé ses recensements de 1989 puis 1996 en faisant référence aux communautés d'appartenance des personnes dans un objectif de rééquilibrage, on ne peut que constater les ambiguïtés politiques de telles mesures. En effet, alors que le recensement de 2003 était prêt, que son décret d'application avait été pris par le gouvernement, que la CNIL et le Conseil d'Etat avaient rendu un avis positif, le président de la République Jacques Chirac a au nom de l'égalité formelle rejeté *in extremis* cette possibilité, la jugeant « scandaleuse »¹²¹⁰.

Cette incohérence politique, fortement perceptible dès les années 80' à l'heure où les problématiques de l'intégration des « nouveaux français » ont été portées au-devant de la scène publique, a donné place à une série de mesures palliatives. Parmi elles, figurent la création du Haut conseil de l'intégration et l'incorporation de la catégorie « immigré(e) ». Ainsi, la catégorie des personnes nées étrangères à l'étranger et résidant en France a été adoptée par l'INSEE, comme nous l'avons déjà évoqué à partir du recensement de 1990 et réutilisée en 1999. Nonobstant ces mesures, la controverse actuelle entre « ethnistes » et « républicains » demeure et pose en définitive la question suivante: le fait précède-t-il le droit ou est-ce le droit qui précède le fait? En d'autres termes, est-ce la société, laquelle se trouve de plus en plus catégorisée, qui implique une reconnaissance des catégories afin de mieux « dé-catégoriser »? Ou bien est-ce au contraire la reconnaissance des catégories qui va générer une catégorisation accrue allant jusqu'à un ancrage effectif dans la société ?

Il convient cependant de noter que, si les origines ou les appartenances des personnes ne peuvent légalement faire l'objet de statistiques, dans le cadre de fichiers du personnel, d'élèves ou autre (en ce sens qu'elles constituent des fichiers de gestion et ont pour conséquence de régler le sort des personnes), il est possible dans le cadre de la statistique de recherche de réaliser de tels questionnaires. Toutefois de telles enquêtes doivent être réalisées sur la base d'un échantillon, exploité sur un mode anonyme et sous réserve de trois conditions cumulatives: la pertinence des questions posées; de l'accord express des intéressés ; et de l'utilisation des données à des fins de connaissance générale¹²¹¹.

¹²¹⁰ MERLE, J-F., « Recensement ethnique dans la République », Le monde, 21 novembre 2006.

¹²¹¹ HERAN, F., « France/ Etats-Unis: deux visions de la statistique des origines et des minorités ethniques », Santé, société et solidarités, n°1, 2005, p.167-169.

En fait, dans le cadre de la lutte contre les discriminations, et notamment dans le domaine de l'entreprise, un choix est laissé aux chercheurs : soit ils recueillent le consentement des personnes et font une simple déclaration à la CNIL mais en prenant le risque d'inexactitude des déclarations, surtout dans le monde de l'entreprise où de telles déclarations peuvent avoir une incidence; soit la CNIL estime que l'enquête révèle de l'intérêt public, ce qui implique que le consentement des parties n'est pas requis, situation qui est peu probable puisqu'elle touche d'abord le monde de l'entreprise. C'est dans ce contexte que la CNIL préconise¹²¹² de soumettre les différents traitements sur la diversité à un régime unique d'autorisation de manière à assurer la garantie du sérieux, de l'impartialité et de la sécurité des données.

B- La situation étasunienne ou la contextualisation de la mesure

Aux Etats-Unis, la question de la légalité du comptage de la population en catégories basée sur des critères raciaux ou ethniques ne s'est pas réellement posée. Par contre, la construction de ces catégories s'est révélée problématique puisque essentielle.

Notons d'abord que la question du recensement de la population américaine s'est révélée primordiale dès la naissance de la République étant entendu que la représentation à l'assemblée se fait en fonction de la population propre à chaque Etat alors que la composition du sénat est prédéterminée pour chaque Etat. Ainsi donc, un Etat qui a une population importante sera mieux représenté dans la chambre basse, *the house*, mais verra le montant de ses impôts alloué-à l'Etat fédéral augmenter. Intérêts politiques et intérêts économiques se côtoyaient dès les prémises de la République et posaient la question du droit à la participation politique *versus* la responsabilité de payer des taxes fédérales. Soulignons que les Etats-Unis sont la première nation à avoir institué le comptage de sa population à des fins politiques¹²¹³.

Si les Etats se sont dès le départ accordés pour compter le plus grand nombre possible de personnes, en y incluant les femmes, les enfants et les personnes pauvres, excluant ainsi toute considération relative à l'âge, au sexe ou au revenu des personnes, la polémique fut vive au

¹²¹² Voir les 10 recommandations de la CNIL rendues publiques le 16 mai 2007, R n°6.

¹²¹³ ANDERSON, M.J., and FIENBERG, S.E., *Who counts? The politics of census taking in contemporary America*, Russel Sage Foundation, New York, 1999, 649p., p. 14.

sujet de la prise en considération des esclaves et des indiens. Pour les Etats du Sud où la question prenait un caractère très concret, l'utilisation circonstancielle selon laquelle le calcul variait en fonction des intérêts devait laisser place à une seule et même règle. La solution fut finalement donnée par l'Article 1, Section 2, paragraphe 3 de la Constitution, *the census clause*, lequel stipule que « *the respective Numbers which shall be determined by adding the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a term of Years, and excluding indians no taxed, three fifths of all others persons* »¹²¹⁴. De ce fait, les indiens étaient considérés en fonction de leur contribution, comptabilisés comme éléments de la population seulement s'ils payaient des impôts. Concernant les esclaves, ils n'étaient envisagés, et ce au terme de discussions houleuses, que comme 3/5ème d'une personne. Toutefois, si bien des personnes ont originellement été définies en fonction de leur statut, très rapidement les notions de blancs, noirs, colorés et indiens vont s'y substituer.

L'histoire du recensement américain est en effet le fruit d'une longue construction, révélant controverses idéologiques et méthodologiques. Nous nous bornerons ici à ne mentionner que quelques éléments clefs nous permettant de saisir la prise en compte de la diversité ethnoculturelle. Ainsi, en 1790, le concept de couleur fait son apparition. Les personnes sont alors différenciées selon qu'elles sont libres ou esclaves. Les premières sont catégorisées en fonction de si elles sont blanches, noires ou mulâtres. Les secondes, les esclaves, sont répertoriées selon qu'elles sont noires ou mulâtres. Était ainsi posée l'impossibilité pour un blanc d'être esclave. En 1840, le recensement se voit greffé de l'incorporation de la mention *insane and idiotic*¹²¹⁵ qui devait définir les blancs d'un côté et les noirs de l'autre. Cette nouvelle catégorisation au service de l'idéologie dominante démontre bien, s'il fallait encore en faire la preuve, le caractère éminemment politique et orienté des catégories en présence. Les résultats révélèrent en effet que le taux d'insanité des noirs était plus important au Nord qu'au Sud ce qui donna lieu à une interprétation simpliste selon laquelle l'esclavage, en vigueur au Sud, était le statut civil le plus approprié pour les noirs.

Le recensement devenu individuel en 1850, le système de comptage (personne libre, indiens taxés et 3/5^{ème} d'une personne pour les esclaves) perdura jusqu'au lendemain de la guerre de Sécession, date à laquelle il fut rejeté grâce au vote du 14^{ème} amendement. Pour autant,

¹²¹⁴ « ...proportionnellement à leur population, laquelle sera déterminée en ajoutant au nombre total des personnes libres, y compris celles liées à un service pour un nombre donné d'années et à l'exclusion des Indiens non soumis à l'impôt, les trois cinquièmes de toutes les autres personnes ». Traduction dans ZOLLER, E., *Grands Arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., p 1290.

¹²¹⁵ Malsain et stupide. (Notre traduction).

l'abolition de l'esclavage n'a pas engendré l'arrêt d'un décompte catégorisé. En effet, sous prétexte de mieux cerner la diversité des populations, encouragées par les vagues successives d'immigration, de nouvelles catégories, présentées sous formes de « races » sont apparues. Ainsi, le recensement de 1870 ajoutait la « race chinoise », celui de 1880 la race « indien », celui de 1890 les « japonais » puis les hindous, les coréens, les philippins en 1930 et les Mexicains, etc.

Le recensement deviendra « *an explosive political issue* »¹²¹⁶ au moment du mouvement pour les droits civiques. En effet, comme le souligne le *Federal Register Notice*, les catégories définies dans le cadre des recensements n'ont pas pour unique but la production de données nationales révélant les caractéristiques démographiques de la population américaine. Elles servent en outre d'éléments de référence pour la mise en place et/ou le développement des politiques relatives aux droits civiques, et notamment aux politiques de discrimination positive¹²¹⁷. Aujourd'hui, et ce depuis les modifications introduites en 1997 par *The office of management and budget* (l'OMB), ces catégorisations sont au nombre de cinq, fondées sur l'institutionnalisation de cinq races. Dans ce sens, selon D. Lacorne « les catégories de la statistique publique ne sont pas le fruit du hasard »¹²¹⁸. Ainsi, lors du 22^{ème} recensement effectué en 2000, à la possibilité de choisir parmi un des 5 critères raciaux s'est ajoutée celle d'opter pour une autre mention, dénommée « autre race ». Celle-ci permettait d'une part à des indécis de se référer tout de même à un groupe, et d'autre part, à des personnes revendiquant une double voire une multiple appartenance identitaire d'affirmer leur « multiracialité ». A ces critères raciaux se superposait un critère ethnique cumulatif, relatif à l'appartenance ou non à l'« ethnique » hispanique/latino. Notons qu'une réponse affirmative à cette question implique une autre sélection, basée sur la nationalité d'origine des personnes. En effet, la personne doit spécifier si « oui, mexicain, mexicano-américaine ou chicano », « oui, d'un autre groupe espagnol/hispanophone/latino-américain », « oui, de Porto- Rico » ou enfin « oui, cubaine »¹²¹⁹. C'est ce même dispositif qui a été utilisé pour le recensement de 2010 avec deux modifications mineures concernant la question de la race¹²²⁰.

¹²¹⁶ ANDERSON, M.J., and FIENBERG, S.E., *Who counts? The politics of census taking in contemporary America*, op.cit., p.33.

¹²¹⁷ Voir <http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html>. Consulté le 01.01.2011.

¹²¹⁸ LACORNE, D., (dir.), *Les Etats-Unis*, Fayard-Ceri, Paris, 2006, p.16.

¹²¹⁹ LACORNE, D., *La crise de l'identité américaine*, op.cit., p.391.

¹²²⁰ Voir Overview of Race and Hispanic Origin: 2010, Annexe n° 5, p.2.

Les innovations du recensement de 2000 sont particulièrement intéressantes car en sus d'avoir augmenté les catégories raciales et de permettre aux individus de s'identifier comme appartenant à plusieurs races, elles favorisent la mesure de l'intermariage entre les catégories et la distinction entre immigrants de la première génération et enfants d'immigrants. C'est donc une nouvelle manière d'appréhender la race qui aura des effets sur la conception même de celle-ci aux Etats-Unis tout autant que sur les politiques de discriminations positives¹²²¹.

Soulignons toutefois que la compatibilité est dans le contexte étasunien difficile pour ne pas dire impossible. Les catégories évoluant d'un recensement à l'autre, on se trouve face à une confusion ne permettant pas de dresser des évolutions pertinentes des variables puisque celles-ci sont constamment modifiées. De plus, le rattachement d'un individu avec un critère racial et à un critère ethnique s'effectue, aujourd'hui¹²²², sur une auto identification, c'est-à-dire un choix, délibéré, de la part des individus¹²²³. Mais ne nous méprenons pas. En matière d'identité, la subjectivité est à relativiser, l'individu « choisissant » son affiliation en fonction de son bagage culturel et éducationnel, lesquels englobent bon nombre de référents linguistiques, culturels, idéologiques ou encore religieux. Ainsi, l'auto identification résulte tout autant si ce n'est plus de facteurs exogènes, intériorisés et fortement assimilés, que d'une décision véritablement libre et libérée de tout cadre contraignant. Ces critères sont, selon les autorités américaines, des références à des caractéristiques sociales et culturelles bien plus que des références biologiques ou génétiques¹²²⁴. Comme nous l'avons précédemment évoqué, les classifications raciales et ethniques seraient donc utiles, et par conséquent se trouveraient justifiées par les programmes fédéraux, sous-entendu ceux relatifs à la discrimination positive.

Aux Etats-Unis le recensement a lieu tous les 10 ans. C'est la Constitution elle-même qui prévoit cette périodicité dans son article 1, section 2. Ce décomptage national n'est pas, contrairement à la France¹²²⁵, obligatoire¹²²⁶. En outre la mention de la race y est facultative.

¹²²¹ PERLMANN, J., WATERS, M.C., *The new race question. How the census counts multiracial individuals*, Russel Sage Foundation, New York, 2002, p.1-2.

¹²²² La pratique de l'analyse de faciès a longtemps prédominée.

¹²²³ Le Bureau du recensement énonce que « *the data for race present self-classification by people according to the race with which they most closely identify. Furthermore, it is recognized that the categories of the race item include both racial and national origin or sociocultural groups* ». U.S. Census Bureau, 1992, B-30 cité dans PERLMANN, J., WATERS, M.C., *The new race question. How the census counts multiracial individuals*, op.cit. 2002, p.10

¹²²⁴ Voir LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit., p.18.

¹²²⁵ C'est la loi du 7 juin 1951 qui détermine cette obligation, le recensement étant envisagé comme un acte civique.

Il est organisé par le bureau du recensement des Etats-Unis, *United States Census Bureau*, placé sous la responsabilité du Département du Commerce des Etats-Unis. Les résultats sont publiés une année après la collecte des données. Les derniers résultats à disposition sont donc ceux du recensement réalisé en 2000. Notons que des recensements indépendants sont organisés dans les régions insulaires des Etats-Unis¹²²⁷.

Au même titre que la France, il existe également aux Etats-Unis des instituts privés qui réalisent des statistiques sur la population et ses origines. En outre, au niveau gouvernemental d'autres enquêtes sont effectuées. Nous pouvons par exemple citer *the current population Survey*¹²²⁸ géré par le Bureau des statistiques du travail et le Bureau du recensement. Les questions utilisées diffèrent néanmoins du recensement général et donnent parfois lieu à des classifications différentes¹²²⁹. Toutefois la directive 15 du *Federal Register* de 1997 qui pose la nouvelle terminologie gouvernementale invite les instituts nationaux à s'y conformer puisque l'administration fédérale doit utiliser ces standards ou à défaut, pour des raisons pratiques, solliciter un aménagement à l'OMB. Ces exceptions seront consenties dès lors que ladite agence démontrera le caractère raisonnable d'une autre classification spécifique¹²³⁰.

Au regard de ce qui précède, la diversité ethnoculturelle est une réalité sociologique évidente de la France et des Etats-Unis. En mutation, les différents concepts rattachés à la diversité et les éléments constitutifs de la diversité se retrouvent de la même façon dans les deux contextes. Objets de mesure, ils sont donc saisis par les pouvoirs publics et dans une certaine mesure par le droit. Cette situation nous amène alors à considérer la catégorisation implicite de la diversité identitaire des personnes dans les deux contextes d'analyse.

¹²²⁶ Néanmoins, en plus du recensement 2010, 250 000 foyers reçoivent l'*American Community Survey*, un questionnaire détaillé « obligatoire » puisque l'enveloppe porte la mention *Your response is required by law*.

¹²²⁷ Se déroule actuellement le recensement 2010. Débuté le 15 mars 2010, un formulaire simplifié a été envoyé à près de 308 millions d'habitants par le *Census Bureau*. Les personnes, estimées à 64% pour cette édition, renverront pour le 1^{er} avril le formulaire. Les résultats ne seront connus que courant 2011. Le figaro, 05 janvier 2010.

¹²²⁸ Enquête sur la population actuelle.

¹²²⁹ Ainsi par exemple, une des questions est de savoir quelle est l'origine de chaque personne de la famille. Les réponses ont donné lieu à une vingtaine de catégories ethniques.

¹²³⁰ [Http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html](http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html), Consulté le 01.01.2011.

Section 2- Une catégorisation juridique implicite de la diversité ethnoculturelle

Bien qu'il existe une incontestable diversité ethnoculturelle des populations française et étasunienne, ses manifestations ne sont pas identiques en France et aux Etats-Unis. Pourtant, d'un point de vue juridique, la diversité ethnoculturelle n'est dans aucun des deux contextes un principe juridique fondateur. Par ailleurs, la diversité des origines ou diversité identitaire ne connaît en effet aucune consécration législative en soi. Car, si comme nous allons le voir, la logique universaliste n'exclut pas l'existence de catégories de sujets de droit étant entendu que le fait même de légiférer implique d'opérer des choix¹²³¹, il est plus difficile de postuler l'existence d'un principe général de diversité. Celui-ci amènerait à fonder des catégories sur des critères identitaires, s'appuyant donc sur « ce que les personnes sont » et non plus seulement sur leurs fonctions et attitudes, c'est-à-dire sur « ce que les personnes font ». Or cela contreviendrait *a priori* aux principes républicains basés sur le primat de l'égalitarisme couplé à l'universalisme.

L'absence d'un principe explicite de diversité¹²³² ne signifie pas pour autant que la diversité ethnoculturelle telle que nous l'avons définie ne soit pas saisie par le droit. En effet, les notions qui la caractérisent sont, en France comme aux Etats-Unis, des catégories juridiques. En outre, la diversité culturelle fait l'objet d'une reconnaissance au plan international. Enfin, la diversité religieuse est implicitement consacrée dans les deux contextes d'analyse.

Nous n'analyserons que les catégories juridiques *a priori* incompatibles avec la logique universaliste par opposition aux catégories qui le sont¹²³³. Ces dernières sont en général définies à des fins gestionnaires, en fonction du statut des individus. Elles sont en ce sens ouvertes puisqu'elles reflètent l'état des personnes à un moment donné ou dans des circonstances données, sans toutefois participer de l'indivisibilité du corps social. A l'inverse, les catégories *a priori* incompatibles avec l'universalisme républicain se fondent sur l'identité

¹²³¹ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, Aix en Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, 397p., p.18.

¹²³² Nous verrons dans la seconde partie de cette étude qu'un principe de diversité peut être dégagé dans les deux contextes considérés. Voir *infra* p. 482 et s.

¹²³³ BUI- XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, 533p., p.8-9.

des personnes, c'est-à-dire sur ce qu'elles « sont », sachant que l'identité est à la fois un processus induit et construit, endogène et exogène.

Ainsi, dans un premier temps nous nous intéresserons à la reconnaissance juridique implicite de la diversité religieuse dans les deux contextes d'analyse (§1). Ensuite, nous esquisserons la question de la reconnaissance juridique des minorités en France et aux Etats-Unis (§2).

§1- La reconnaissance suggérée de la diversité ethnoculturelle

La prise en compte de la diversité ethnoculturelle dans le cadre de la nation ne s'est pas faite en référence à la reconnaissance d'une catégorie juridique explicite de diversité. Cette notion n'est définie dans aucun texte législatif et si la jurisprudence avance en matière de droit de la différence, la diversité en tant que telle n'est pas une catégorie juridique du droit français. Néanmoins, ce premier postulat ne doit pas faire penser qu'aucun élément composant la diversité ethnoculturelle telle que nous l'entendons ne fait l'objet d'une catégorisation. En effet, la définition de la diversité ethnoculturelle, proposée au début de notre étude, la présentait comme une référence à la coexistence et à la cohabitation d'individus et/ou de groupes, porteurs de références culturelles et/ou identitaires diversifiées, dans un cadre déterminé¹²³⁴. Ces références se fondent sur la diversité des origines, la diversité des appartenances identitaires et/ou culturelles, la diversité linguistique et la diversité des croyances religieuses. Ces dernières notions se rencontrent dans le cadre légal français avec un degré variable, explicitement sous l'influence du droit externe (A) et implicitement dans le cadre du développement normatif interne (B).

A- la diversité culturelle consacrée au plan international

La diversité culturelle est une notion juridique, internationalement consacrée depuis l'édition de la Convention sur la Protection et la Promotion de la diversité des expressions culturelles¹²³⁵. Cette dernière fut approuvée à Paris par l'UNESCO¹²³⁶ le 20 octobre 2005,

¹²³⁴ Rappel de la définition donnée en introduction *supra* p. 45

¹²³⁵ La convention sur la diversité culturelle a été adoptée le 20 octobre 2005.

¹²³⁶ Sur un total de 150 pays, quatre se sont abstenus et deux ont voté contre: Les Etats-Unis et Israël.

lors de sa 33^{ème} session. Ratifiée par la France¹²³⁷ et entrée en vigueur le 18 mars 2007, cette convention vient affirmer l'intention déjà présente dans la Déclaration sur la diversité culturelle¹²³⁸ laquelle avait été qualifiée de « vertueuse mais juridiquement décevante »¹²³⁹.

La convention nouvellement adoptée consacre en droit le terme de diversité culturelle tout en instituant un instrument légal et normalisateur dans le domaine de la culture. Palliant une carence de définition, la diversité culturelle est définie en vertu du Titre III, Article 4- 1, une « multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression ». Celle-ci se manifesterait « non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés. ».

Déclarée patrimoine commun de l'humanité, la diversité culturelle reflète une nouvelle approche, plus englobant que le concept d' « exception culturelle ». En effet, elle ne se situe pas exclusivement au plan du patrimoine culturel mais s'ancre dans une dimension personnelle qui se fonde sur les droits culturels. Ainsi donc, les identités sont reconnues et protégées. La consécration juridique du patrimoine permet donc de rattacher la diversité culturelle à la souveraineté culturelle.

Au travers de cette convention, la diversité culturelle acquiert une force juridique incontestable. Néanmoins, il s'agit d'une convention cadre qui relève du *soft Law*. Le titre IV de la Convention, intitulé « droits et obligations », pose plusieurs prérogatives et dispositions que les Etats se doivent de respecter. Parmi elles se trouvent le droit souverain dont dispose chaque état dans le cadre de sa politique culturelle. Ainsi donc, chaque état dispose d'un droit opposable aux décisions de l'OMC¹²⁴⁰.

¹²³⁷ Loi n° 2006-792 du 5 juillet 2006 autorisant l'adhésion à la convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

¹²³⁸ La déclaration a été adoptée à l'unanimité le 2 novembre 2001 à Paris, à l'issue de la 31e session de la conférence générale de l'UNESCO.

¹²³⁹ REGOURD, S., *Avant Propos, De l'exception à la diversité culturelle*, Problèmes politiques et sociaux, la Documentation française, n° 904, septembre 2004, 120 p.

¹²⁴⁰ Néanmoins, les accords de l'OMC gardent toute leur valeur puisque, bien que la Convention n'y soit pas subordonnée, elle reconnaît les obligations souscrites dans d'autres traités internationaux. De plus, la force contraignante de la Convention est limitée de par le caractère facultatif de la commission de conciliation instituée pour régler les différends. En outre, étant donné que les Etats-Unis ne sont pas parties à la Convention, seul l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC est habilité à régler les différends, ce qui minimise d'autant plus la valeur juridique de la Convention.

L'influence du droit européen est également significative. Notons que la notion de diversité culturelle est sous-entendue dans le Traité d'Amsterdam de 1999 lequel dispose dans son article 152 que la « diversité nationale ou régionale doit être préservée ». En outre, ce principe a été réaffirmé dans le cadre de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne qui stipule dans son article 22 que « l'union européenne respecte la diversité culturelle, linguistique et religieuse »¹²⁴¹. La charte a une force contraignante, tout au moins pour 25 états¹²⁴².

B- La reconnaissance induite de la diversité religieuse en France et aux Etats-Unis

La question de la reconnaissance juridique de la diversité religieuse est spécifique. Elle fut un objet implicite ou explicite de débats dès les prémices de la construction de la nation républicaine, que ce soit en France ou aux Etats-Unis. En effet, la liberté religieuse est une liberté fondamentale, fondatrice des républiques française et américaine. Proclamée dans le cadre de la liberté d'expression, la liberté religieuse est formalisée tout autant par l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 que par le 1^{er} amendement de la Constitution américaine adopté en 1791¹²⁴³.

Dans les deux contextes, la liberté religieuse est au fondement de la notion de laïcité et se trouve tout à la fois protégée par ce principe. Mais alors que ce dernier s'exprime aux Etats-Unis par l'idée de désétablissement d'une religion particulière résultant d'une volonté de rupture avec l'Angleterre, il se manifeste par une démarche volontariste de réforme du catholicisme en France. Ainsi donc, dans le premier cas, on se trouve face à un pluralisme religieux prôné, alors que dans le second, on se situe d'avantage dans une relégation sur un plan privé d'une religion particulière. Si l'expérience française ne rejette pas en soi le

¹²⁴¹ Elle fut proclamée et adoptée le 12 décembre 2000 par les présidents du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil de l'UE.

¹²⁴² La Charte est à son origine une déclaration des droits. Son statut juridique fut discuté lors du Conseil européen de Nice. Intégrée au Traité de Rome de 2004, elle va acquérir une valeur juridique contraignante par son incorporation dans le Traité de Lisbonne, ou Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne à travers une référence contenue dans l'article relatif aux droits fondamentaux.

¹²⁴³ Néanmoins, dans les deux ensembles constitutionnel, la liberté de religion n'est pas définie par le droit constitutionnel. Elle apparaît comme une manifestation particulière de la liberté de conscience. Voir ROBERT, J., *Libertés publiques*, Montchrestien, 1982, p.472.

pluralisme religieux, elle se détermine par rapport à la place d'une religion spécifique, la religion dominante dont veut s'affranchir l'Etat.

Nous verrons d'abord en quoi la diversité religieuse se fonde sur le principe de laïcité (1) avant de nous interroger sur la réalité de la diversité religieuse en tant que catégorie juridique (2).

1- La diversité religieuse à travers le principe de laïcité

La diversité religieuse est par principe garantie dans les deux contextes au travers du concept de laïcité¹²⁴⁴ qui, même s'il prend différentes formes en France et aux Etats-Unis, ne se présente dans aucun des deux contextes comme une proclamation d'irréligion ou une injonction à l'athéisme. Le principe laïque s'est ancré aux Etats-Unis sur une séparation des pouvoirs alors qu'il s'est structuré en France d'abord par une reconnaissance de la liberté de conscience, fondement d'une citoyenneté laïque¹²⁴⁵. Dès lors, la laïcité apparaît dans les deux contextes comme un principe d'organisation des rapports Etat- religions, impliquant en France une démarche volontariste de laïcité négative (a) et aux Etats-Unis, une démarche double d'abstentionnisme (b). Dans les deux contextes, la laïcité comporte toutefois un certain nombre de paradoxes (c).

a. La laïcité à la française: une définition volontariste impliquant la neutralité de l'Etat

Présente dans l'esprit des révolutionnaires de 1789, étant entendu que les biens du clergé furent saisis et les prêtres contraints à prêter allégeance à la République¹²⁴⁶, la laïcité en tant que telle ne sera réellement effective qu'en 1905, substituant de fait une « religion civile à un religion dominante »¹²⁴⁷. Pour autant, la qualification de la République comme laïque ne sera réalisée qu'avec la constitution de 1946, sans pour autant qu'il ne soit procédé à la définition

¹²⁴⁴ Sur le concept de laïcité, voir notamment BAUBEROT, J., « Laïcité », in CANTO-SPEBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e Éd., vol 2, Paris, PUF, 2004, pp. 1059-1066. BAUBEROT, J., *Histoire de la laïcité en France*, Paris, PUF, coll « Que sais-je ? », 2000, 127p., DURAND-PRINBORGNE, *La laïcité*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996. C., HAARSCHER, G., *La laïcité*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, coll « Que sais-je ? », 2004, 127p.

¹²⁴⁵ Au sein des Etats occidentaux, les Etats-Unis sont proches de la France en tant que Républiques laïques. Voir ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, 210p., p.6. Voir aussi FROIDEVAUX-METTERIE, C., « Les Etats-Unis, une république laïque », in *Ibid*, pp.89-99.

¹²⁴⁶ La DDHC du 26 août 1789 se caractérise notamment par le refus à toute inféodation à la religion catholique.

¹²⁴⁷ ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p.7.

de ce caractère. Aujourd'hui inscrit dans la constitution de 1958 comme un élément républicain fondamental, ce principe n'en continue pas moins d'évoquer des « résonances passionnelles contradictoires »¹²⁴⁸. Traduisant une conception du bien commun, elle repose aujourd'hui sur trois valeurs complémentaires : la liberté de conscience, l'égalité en droit des opinions spirituelles et religieuses et la neutralité du pouvoir politique¹²⁴⁹. Précisons que la laïcité à la française ne rejette pas toute expression religieuse de la sphère publique mais la délimite afin que ces expressions n'endiguent pas le débat démocratique.

Tout au long de l'histoire juridique française, l'appréhension de la laïcité a évolué, passant d'une laïcité « ouverte » à une réinterprétation plus stricte. Au cours du XIX^{ème} siècle, le débat sur la laïcité a opposé cléricaux et anticléricaux. Au-delà de cet antagonisme primaire, l'idée d'une « laïcité de séparation » entre Eglise et Etat fondée sur des conceptions rationalistes¹²⁵⁰ s'est opposée à une « laïcité de neutralité » dans laquelle le fait religieux n'est pas banni mais est considéré avec impartialité par l'Etat¹²⁵¹. L'idée qui finira par triompher en 1905 est un principe de neutralité de l'Etat. Notons que le terme de laïcité ne figure pas dans cette loi dont l'intention est d'abord d'assurer une liberté fondamentale dont la neutralité étatique ne serait qu'une garantie supplémentaire. C'est ainsi que l'article 1^{er} de la loi énonce qu'elle « proclame la liberté de conscience et de culte ». La mention « la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte » ne figure qu'ensuite.

Ainsi, la laïcité s'est fondée d'une part sur un principe de séparation, incarnée à la fois par une sécularisation du pouvoir politique et par la relégation de l'activité religieuse à la sphère privée et d'autre part, sur un principe de neutralité¹²⁵², manifesté par une neutralité de l'espace public, et par voie de conséquence, par un pluralisme de l'espace commun.

La loi du 9 décembre 1905, bien qu'essentielle n'est pas la seule référence législative au principe de laïcité. Déjà, l'article 10 de la DDHC de 1789 posait que « nul ne devait être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». En outre, la laïcisation de l'état civil et du mariage intervient le 20 septembre 1792. Cette laïcisation du droit des personnes deviendra effective avec

¹²⁴⁸ RIVERO, J., *La notion juridique de Laïcité*, Recueil Dalloz, 1949, p.137.

¹²⁴⁹ Rapport de la commission dit Stasi, op.cit., p.9

¹²⁵⁰ Il s'agissait surtout de se séparer de l'Eglise catholique.

¹²⁵¹ Cela s'explique par une volonté de gérer la pluralité des religions.

¹²⁵² Le principe de neutralité a toujours été appréhendé dans un sens général, ce qui a incité certains à parler de « laïcité de cohabitation ». POULAT, E., *Liberté laïcité. La guerre des deux France et le principe de la modernité*, Cerf-Cujas, 1987.

l'entrée en vigueur du Code civil en 1804. Les lois du 28 mars 1882 sur l'enseignement obligatoire primaire, du 30 octobre 1886 sur l'organisation de cet enseignement primaire ou encore la loi du 2 janvier 1907 sur l'exercice public des cultes complètent ce dispositif. Mais c'est surtout la jurisprudence et notamment celles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat qui vont donner à la laïcité la couleur juridique que nous lui connaissons aujourd'hui. Cette laïcité définie par la négative, puisque supposant une neutralité de la part de l'Etat, n'en implique pas moins une démarche volontariste dans le sens où l'Etat est contraint, à travers une série de devoirs, à garantir et rendre effective cette neutralité.

Ainsi donc, l'Etat est le garant de la laïcité puisqu'il doit faire primer la liberté fondamentale de liberté de conscience et de religion en assurant la liberté des cultes. Dans ce cadre, l'Etat garantit une certaine neutralité. C'est pourquoi, par exemple, en vertu de l'article 28 de la loi de 1905, les édifices publics voient l'affichage des signes religieux restreints. De même, les agents publics se voient interdire dans le cadre de leur service la manifestation de leur croyance¹²⁵³. Le droit de légiférer en matière religieuse existe donc bel et bien. La laïcité rime donc davantage avec démocratisation du religieux qu'avec reconnaissance d'un pluralisme *stricto sensu*. En outre, l'Etat garantit la liberté de conscience et favorise la liberté de culte¹²⁵⁴.

L'évolution jurisprudentielle a toutefois révélé une nécessité de réinterprétation du principe séculaire de laïcité au regard, d'une part, du principe intangible de liberté de conscience et de religion, et d'autre part, de l'évolution du droit et notamment du droit international en faveur du principe de non-discrimination religieuse. C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat, a, en 1989, dans l'affaire du foulard islamique, différencié entre la neutralité des programmes et des enseignants dans le cadre scolaire public et le respect de la liberté de conscience des élèves. L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989¹²⁵⁵ admet ainsi que les élèves ont le droit de manifester leur croyances religieuses dans le cadre des établissements scolaires « dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans

¹²⁵³ Le devoir de stricte neutralité des agents du service public a été rappelé par le Conseil d'Etat, CE 3 mai 1950 *Demoiselle Jamet*, réaffirmé dans son avis contentieux du 3 mai 2000 *Melle Marteaux*. Ainsi, l'agent du service public est en droit en dehors de son service de manifester ses opinions et ses croyances de telle sorte que ces manifestations n'aient pas de répercussions sur son service. C'est ce qu'a mentionné le Conseil d'Etat, CE 28 avril 1958 *Demoiselle Weiss*. Cette neutralité absolue dans les services publics est valable dans l'enseignement. Voir Dossier « Laïcité et fonction publique », Les cahiers de la fonction publique février 1997, n°154.

¹²⁵⁴ Ainsi, depuis la loi du 28 mars 1907 les fidèles se réunissent librement, peuvent réaliser des convois funéraires. Voir Conseil d'Etat 19 février 1909 *Abbé Olivier*. La seule limite relève des menaces faites à l'ordre public. Ainsi, des mesures de police peuvent être prises en cas de telles menaces, sous le contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif. Voir Conseil d'Etat 19 mai 1933 *Benjamin*.

¹²⁵⁵ RIVERO, J., « *Laïcité scolaire et origines d'appartenance religieuse : l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989* », R.F.D.A.1990, 9, p. 1.

qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité ». Toutefois, le Conseil d'Etat précise bien que le fait d'arborer des signes d'appartenance religieuse doit se faire sous certaines conditions et notamment dans le respect de la liberté et de la dignité des autres élèves ou encore du fonctionnement normal du service public¹²⁵⁶. En 1996, le Conseil d'Etat précise que l'évaluation doit se faire au cas par cas, arguant du fait que le port du foulard islamique ne peut être considéré en soi comme « intrinsèquement contraire aux finalités de l'éducation, notamment en raison de son caractère prétendument « ostentatoire » »¹²⁵⁷. Cette position de la Haute Assemblée semble ne pas avoir donné « satisfaction sur un plan pratique »¹²⁵⁸ en ne définissant pas les termes « ostentatoires », « prosélytismes » et « provocation », et en laissant l'appréciation au cas par cas aux chefs d'établissements.

La « réinterprétation politique de la laïcité »¹²⁵⁹ s'est effectuée à travers la remise du rapport Stasi en décembre 2003 par la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République¹²⁶⁰. Ce rapport se caractérise par quatre éléments. Le dernier marque un changement significatif de perspective par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat puisqu'il estimera que la question primordiale ne s'appréhende plus en termes de liberté de conscience mais d'ordre public¹²⁶¹. Cet encadrement de l'expression religieuse dans la sphère publique va dans le sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme mais ne concorde pas avec d'autres instruments internationaux, notamment la Convention relative aux droits de l'enfant. Le comité des droits de l'enfant, qui est chargé de veiller au respect de la convention, avait ainsi par exemple, recommandé à l'Etat français¹²⁶² d'effectuer un suivi de la situation des filles expulsées de leur école en application de la loi de mars 2004.

¹²⁵⁶ Voir Conseil D'Etat, l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989, p.153

¹²⁵⁷ BOSSUET, P., *Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches*, Communication présentée à Montréal le 11 mai 2004, au 72^{ème} congrès annuel de l'ACFAS, dans le cadre du colloque « gouvernance politique et régulation de la diversité religieuse : perspectives comparatives France –Québec », p.4.

¹²⁵⁸ SAYAH, J., *La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004*, Doctrine droit constitutionnel, Revue du Droit Public, n°4- 2006, pp. 915-950, p. 916.

¹²⁵⁹ Expression empruntée à BOSSUET, P., *Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec: une même problématique, deux approches*, *Ibid*, p. 5

¹²⁶⁰ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la république, rapport au Président de la République, 11 décembre 2003, 77 pages, dénommé ci-après rapport de la commission Stasi du nom de son président.

¹²⁶¹ *Ibid*, p.57.

¹²⁶² Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, *Examen des rapports par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention : Observations finales (France)*, Doc. N.U., CRC/C/15/Add.240 (4 juin2004), par.25-26.

Précisément, la loi du 15 mars 2004 suit sur un point précis les recommandations du rapport de la commission Stasi et se focalise sur la perception d'un risque appréhendé pour l'ordre public. Cette loi traduit la volonté de républicaniser la religion et surtout la religion musulmane. Elle apparaissait ainsi pour certains comme « la seule issue pour secourir la base laïque du pacte républicain en souffrance »¹²⁶³. Elle se révèle en fait un moyen pour stigmatiser et encadrer la religion musulmane. Cette loi ne suit le rapport Stasi que concernant l'interdiction des signes religieux à l'école, devenant alors une « simple » loi antivoile. Elle stipule en effet dans son article 1 incorporé à l'article L.141-5-1 du Code de l'éducation que « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit »¹²⁶⁴. Cette dérive entre la laïcité dans la sphère publique vers une exigence dangereuse de laïcité dans l'espace public, également perceptible avec la loi sur la burqua¹²⁶⁵ déclarée constitutionnelle¹²⁶⁶ n'est pas sans poser problème. En effet, un tel glissement fait passer la

¹²⁶³ SAYAH, J., *La laïcité réaffirmée: la loi du 15 mars 2004*, Doctrine droit constitutionnel, op.cit., p. 917

¹²⁶⁴ Pour l'application *rationae loci* de la loi voir SAYAH, J., *La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004*, Doctrine droit constitutionnel, op.cit., p947-949.

¹²⁶⁵ La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, dite loi contre la burqa ou la niqab, a été promulguée le 11 octobre 2010 et est entrée en vigueur le 11 avril 2011. Elle dispose dans son article 1er que « Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage »; l'article 2 précise que « I. Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public. - II. L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles». Par ailleurs, l'article 3 prévoit que la méconnaissance de l'interdiction fixée à l'article 1er est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe. La loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹²⁶⁶ La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, a été déclarée constitutionnelle par le conseil constitutionnel. Ce dernier, dans sa décision *Voile intégral*, saisi simultanément par le président du sénat et de l'Assemblée nationale, a estimé que l'interdiction formulée par le législateur peut être fondée sur « une interprétation combinée de liberté et égalité ainsi que sur le principe d'égalité entre les femmes et les hommes ». C.C., Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. FAVOREU, L., PHILIP, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MELIN-SOUCRAMANIEN, F., ROUX, A., *GDCC*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2011, n°49, pp. 550-556. Notons toutefois que la liberté invoquée par le juge constitutionnel dans son considérant 4, n'est pas une liberté religieuse mais la liberté individuelle. En effet, le législateur a pris soin de ne pas interdire les vêtements à caractère religieux mais toute dissimulation intégrale du visage. *Ibid.*, p. 552. Le conseil constitutionnel énonce en effet dans son considérant 4 que « les articles 1^{er} et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public ». Ainsi, il estime dans son considérant n°5 que « le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée; que, toutefois, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public; que, sous cette réserve, les articles 1er à 3 de la loi déferée ne sont pas

laïcité d'une obligation de l'Etat à une obligation incombant aux particuliers ce qui n'est pas l'esprit de la loi 1905.

Notons que la neutralité de l'Etat est somme toute relative étant donné que de nombreuses exceptions au régime général existent. Quelques exemples méritent d'être cités. Ainsi, les ministres des cultes sont financés par l'Etat en Guyane, à Saint Pierre et Miquelon, ou encore à Mayotte tout comme en Alsace et Lorraine¹²⁶⁷. En outre, partout en France, l'Etat prend en charge le traitement des aumôniers militaires et civils de même qu'il couvre les frais de gardiennages au profit des ministres de culte dont les édifices leur sont confiés par les communes. Dans le même ordre d'idée, est couvert l'entretien des édifices du culte appartenant aux collectivités publiques ou à l'Etat, contribution plus importante encore lorsqu'il s'agit de monuments historiques. A ces exceptions, on peut y ajouter les terrains mis à la disposition gratuite des églises par les collectivités publiques au titre de baux emphytéotiques afin de réaliser la construction de certains bâtiments affectés aux cultes. En outre, des déductions fiscales sont permises pour les dons faits aux associations culturelles¹²⁶⁸ en plus du financement direct à travers les subventions faites aux musées d'arts sacrés. A cette longue liste non exhaustive¹²⁶⁹ il nous faut adjoindre certaines déductions fiscales consenties. De manière implicite, il existe bien des avantages concrets accordés à certains cultes puisque les édifices religieux que nous venons de mentionner appartiennent aux religions « historiques » de la France et plus spécifiquement à l'église catholique. Nous pouvons également citer le particularisme des droits individuels à propos de la question de la

contraires à la Constitution ». Voir aussi les commentaires et notes suivants: LEVADE, A., « Epilogue d'un débat juridique: l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée !, Sem. Jur.. EG, 2010, n°43, p.1043 et s.. VERPEAUX, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public, AJDA 2010., 2373 et s. Il reste que la CEDH a jugé dans un arrêt du 23 février 2010 que les tenues religieuses dans l'espace public ne peuvent être interdites que si elles s'accompagnent d'un prosélytisme abusif, entendu comme des pressions effectives sur les passants. CEDH du 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie, Requête n° 41135/98*. Les termes de la loi française et les dispositions du CC ne laissent pas préjuger d'un risque de « pressions effectives sur les passants » comme motif de l'interdiction. Il sera alors intéressant de suivre le développement de la jurisprudence européenne.

¹²⁶⁷ Notons que la spécificité du droit local alsacien-mosellan est souvent sujette à question. En effet « s'il existe en Alsace-Lorraine une législation locale, il n'y existe pas, par contre, de Constitution locale ». WOEHLING, J.-M., « La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien –mosellan : consécration ou restriction ? Les difficultés d'élaboration d'un cadre constitutionnel pour une territorialisation du droit », *in op.cit.*, p.131.

¹²⁶⁸ Loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat.

¹²⁶⁹ Le Conseil d'Etat a pu reconnaître comme légitime d'inscrire au budget de la commune une ligne budgétaire destinée à financer une cérémonie culturelle pour le retour des morts du front. CE 6 janvier 1922 *Commune de Perquie*.

polygamie, qui à Mayotte aujourd'hui encore¹²⁷⁰, en Algérie jusqu'à l'indépendance en 1962¹²⁷¹ a été permise pour les musulmans.

La laïcité, à travers d'une part la reconnaissance du droit fondamental à la liberté de culte et d'autre part l'obligation de neutralité de l'Etat, est par principe favorable à la diversité religieuse pour autant que celle-ci se manifeste dans un cadre privé ou sans contrarier l'ordre public. Cette situation française est relayée par la position de l'Union Européenne qui sans poser le principe de laïcité en tant que tel, répond néanmoins à ces considérations à travers l'idée de sécularisation. Notons en effet que la France est le seul pays européen à faire de la laïcité un principe constitutionnel¹²⁷². Ainsi, la liberté religieuse est protégée par l'article 9 de la CEDH bien que cette liberté puisse être limitée par l'Etat lorsque la loi le prévoit, que cette limitation répond à un but légitime et à une obligation de nécessité. En fait, la Cour européenne des droits de l'Homme, à travers une série d'arrêts, s'est évertuée à établir un système respectueux des particularités propres à chaque Etat. L'arrêt *Cha'are Shalom ve Tsedek contre France* en date du 27 juin 2000 témoigne de cette position. La cour rappelle ainsi qu'une « marge d'appréciation » est laissée à l'Etat dans le cadre de l'« établissement des délicats rapports entre les églises et l'Etat »¹²⁷³.

La situation étasunienne est quelque peu différente puisque la diversité n'est pas à déduire de l'ensemble du corpus de la laïcité mais apparaît plus clairement en raison du pluralisme religieux prôné et garanti.

b. La laïcité à l'américaine: une définition abstentionniste favorisant le pluralisme religieux

Si le mot laïcité n'existe pas à proprement parler dans le droit américain son esprit est bel et bien présent¹²⁷⁴ et ce dès les prémices de la République¹²⁷⁵. Nous pouvons même arguer du

¹²⁷⁰ Cette spécificité est aujourd'hui limitée par la départementalisation.

¹²⁷¹ On pourrait également parler de Djibouti et des Comores avant leur indépendance.

¹²⁷² Rapport Stasi, op.cit., pp-32-36.

¹²⁷³ Cette position sera réaffirmée avec force. L'arrêt *Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres contre Turquie* du 13 février 2003 en est une parfaite illustration. Dans cet arrêt, la cour estime que la laïcité tenant une place si importante dans la constitution de l'Etat Turc, il n'est pas reconnu contraire à la CEDH la mesure de l'Etat turc visant à dissoudre le parti Refah, lequel parti islamiste aurait pu, s'il était arrivé au pouvoir, mettre en œuvre sa politique et de fait, réduire voire même supprimer toute idée de laïcité.

¹²⁷⁴ E. ZOLLER mentionne que les dispositions contenues dans la constitution et dans le Bill of right, signent inmanquablement la présence de la chose ». ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit, p.4.

fait que la laïcité américaine existait avant sa réalité française¹²⁷⁶. Notons que le terme laïcité trouve un écho sémantique dans les notions de *secularism* ou de *secular state* même si aujourd'hui le concept de *laicity* tend à s'imposer¹²⁷⁷.

Aux Etats-Unis, la laïcité se fonde sur deux éléments: la clause de l'établissement, *the establishment clause*¹²⁷⁸ et la clause du libre exercice, *the free exercise clause*¹²⁷⁹. Comme en France, elle repose donc sur deux règles: la première est destinée à l'Etat et se manifeste par un devoir d'abstention qui va plus loin que la simple neutralité¹²⁸⁰; la seconde se rattache aux personnes lesquelles se voient reconnaître le droit de croire et d'exercer librement leur culte¹²⁸¹. Ces principes constitutionnels sont énoncés dans le premier amendement à la constitution adopté en 1791 lequel stipule que le « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof* »¹²⁸².

Il existe donc, en vertu du 1^{er} amendement une logique d'abstention de l'Etat¹²⁸³. Ainsi, ce dernier, en vue de garantir la liberté religieuse et donc de soutenir le pluralisme religieux qui lui est attendant, ne doit faire aucune loi dont le but serait d'établir une religion ou d'en interdire le libre exercice. Placée sous l'égide de Dieu, la déclaration d'indépendance américaine ou encore la laïcité américaine n'est cependant pas une laïcité aveugle à la spiritualité. La religion est présente, reconnue mais tout confessionnalisme est rejeté de l'idée étatique. Il est donc, dès l'origine, acquis que le gouvernement fédéral ne doit pas établir d'église nationale.

¹²⁷⁵ Notons que la fondation du Rhode Island par Williams comportait déjà la notion de séparation « they establish the principle of disestablishment » cité in BAUBEROT, J., MILOT, M., Laïcités sans frontières, op.cit., 34.

¹²⁷⁶ A. BRIAND, à l'origine de la loi de 1905, citait les Etats-Unis aux côtés du Brésil, du Mexique et du Canada, comme des contextes où « l'Etat est réellement neutre et laïque ». Chapitre IV du rapport de BRIAND, A., à la chambre des députés. www.laicite-laligue.org.

¹²⁷⁷ Voir par exemple Social Compass, « Twists and turns of laicity », n°47 (3), 2000.

¹²⁷⁸ La clause d'établissement. (Traduction).

¹²⁷⁹ La clause de libre exercice. (Traduction).

¹²⁸⁰ La cour suprême considère que « L'impératif le plus clair de la clause de non-établissement est que les pouvoirs publics ne peuvent pas préférer une religion à une autre ». CS, *Larson v. Valente*, 456 US 28, 244 (1982).

¹²⁸¹ Cela répond à ce que A. de TOCQUEVILLE décrivait, lorsqu'il mentionnait que les protestants radicaux venus s'installer en Amérique étaient venus « prier dieu en toute liberté ». TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, I, I, ii, Paris, Gallimard, coll., « Bibliothèque de la Pléiade », 1992, p.35.

¹²⁸² Le congrès ne fera aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice (...). ZOLLER, E., op.cit., p.1307.

¹²⁸³ Notons que le terme de loi contenu dans le premier amendement est entendu dans un sens large, incluant toute action à caractère législatif ou exécutif qui a une force de loi. De même la prohibition ne s'entend pas seulement au niveau de l'Etat fédéral comme nous l'avons précédemment mentionné sinon comme s'imposant aussi aux Etats fédérés et même aux gouvernements locaux.

Cette clause d'établissement a en réalité deux aspects¹²⁸⁴. D'une part, l'interdiction de l'interférence dans les relations Etat- religion et la prohibition de l'établissement d'une église nationale¹²⁸⁵. Cette mutation dans l'attitude de la Cour marque une réinterprétation du premier amendement, non plus compris comme une interdiction d'aider les religions, sinon comme l'interdiction de préférer une religion. D'autre part, et ce contrairement à l'appréhension de la laïcité à la française, une telle disposition ne s'oppose pas à ce que des groupes de prières s'organisent au sein de l'école publique ou de toute autre institution publique. Ce qui est prohibé, c'est bien le fait que l'Etat instaure de telles prières. On voit donc bien la différence entre les deux conceptions de la laïcité, le contexte américain ne bannissant pas la religion de l'espace public mais interdisant une orientation étatique de la religion dans la sphère publique tout autant que dans l'espace privé.

Mentionnons que l'idée de désétablissement de la religion au niveau de l'Etat fédéral n'est pas parallèle avec celui des Etats fédérés. Ainsi, au moment de l'adoption du premier amendement, 13 Etats supportaient officiellement une religion¹²⁸⁶. Le premier amendement s'impose véritablement à ces derniers à travers l'adoption du 14^{ème} amendement en 1868, qui comme les deux autres amendements de la Guerre civile, limitent expressément les pouvoirs des Etats. En effet qu'en dépit de plusieurs tentatives, notamment de la proposition d'amendement Blaine¹²⁸⁷, la Constitution n'a pas en tant que telle étendu l'interdiction formulée dans la clause d'établissement aux Etats. Pour ce faire, il faudra attendre la décision de la Cour Suprême en 1947 dans *Everson v. Board of education of the township of Ewing. Al*¹²⁸⁸. Par cette décision, la Haute cour détermine d'une part, conformément aux termes de Jefferson formulés près de deux siècles plus tôt qu'il existe bien un mur de séparation entre les églises et l'Etat et d'autre part que la clause dite d'établissement du premier amendement est incorporée dans la clause du *due process* du 14^{ème} amendement, et se trouve donc opposable aux Etats fédérés. Aussi, ce n'est qu'à partir de 1868 que le libre exercice de la religion sera incorporé aux privilèges et immunités des citoyens américains. Il convient de souligner que la rédaction du 1^{er} amendement ne pose pas l'existence d'un mur entre l'Eglise et les Etats. L'idée de mur de séparation résulte d'une interprétation, celle de Thomas

¹²⁸⁴ GOLDBERG, G., *Church, State and Constitution*, Regnery Gateway, Washington D.C., 1987, 160 p., p.10.

¹²⁸⁵ Toutefois, l'interprétation d'une telle clause se révèle difficile. Ainsi par exemple la Cour a pu décider, que n'est pas contraire au premier amendement les dispositions visant au remboursement de l'écologie des écoles paroissiales.

¹²⁸⁶ *Ibid.* p.10

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p.14-15.

¹²⁸⁸ C. S., 10 février 1947, *Everson v. Board of education of the township of Ewing. Al.*, 330 us. 1 (1947).

Jefferson¹²⁸⁹, qui voyait dans le texte de l'amendement de 1971 plus qu'une simple interdiction de légiférer sinon une véritable distance voire même absence de contact entre Eglises et Etat¹²⁹⁰. Dans ce contexte, et contrairement à d'autres interprétations, Jefferson y percevant une garantie de protection de l'Etat face aux demandes des églises¹²⁹¹. Cette position sera finalement entérinée par la décision *Everson* de 1947 précitée et confirmée en 1971 dans la décision *Lemon v. Kurtzman*¹²⁹². Néanmoins, cette idée de séparation est nuancée sans être contestée en tant que telle, notamment par les propos du Juge Warren Burger. Ce dernier, en 1984 dans la décision *Lynch v. Donnelly*¹²⁹³ remarque qu'il ne peut exister de totale isolation entre les différents segments d'une société¹²⁹⁴.

En outre, la liberté de croyance et de pratique de la religion implique que le gouvernement ne doive pas interférer dans le libre exercice de la religion des citoyens. Ainsi, comme en France, l'obligation qui pèse sur l'Etat, obligation d'abstention dans le contexte étasunien¹²⁹⁵, est un instrument au service de la liberté religieuse des personnes. En effet, aucun individu ne peut être obligé par le gouvernement de participer à une quelconque activité religieuse. En outre, personne ne peut être empêché par une autorité gouvernementale de se rendre dans une église, une mosquée ou une synagogue ou quel qu'autre lieu de culte de son souhait. Toutefois, comme en France, certaines pratiques ont été estimées contraire à la morale publique comme c'est le cas de la polygamie¹²⁹⁶, du sacrifice des jeunes filles vierges¹²⁹⁷ ou encore des employeurs amish qui refusaient de payer des taxes pour la sécurité sociale¹²⁹⁸. La jurisprudence américaine apprécie de manière restrictive ce qui peut contrevenir à la morale

¹²⁸⁹ JEFFERSON, T., *Letter to Messrs. Nehemiah Dodge, Ephraim Robbins and Stephen S. Nelson, A committee of the Danbury Baptists Association in the State of Connecticut (Jan.1, 1802)* in DREISBACH, D.L., « *Sowing Useful Truths and principles : The Danbury Baptists, Thomas Jefferson and the Wall of separation*, Journal of church and sat, 39:468 (1997) cité dans HAMBURGER, P., *Separation of church and state*, Harvard University Press, Cambridge Massachussetts, London, England, p.1.

¹²⁹⁰ HAMBURGER, P., *Separation of church and state*, op.cit., p.3.

¹²⁹¹ *Ibid*, p.5.

¹²⁹² C.S. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 614 (1971). Cet arrêt de principe pose trois conditions cumulatives auxquelles sont soumises les Etats pour passer la clause de non-établissement : "1) avoir un objet purement séculier; 2) ni promouvoir, ni empêcher la religion; 3) ne pas imbriquer l'Etat dans la religion de manière excessive. ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit, p.17.

¹²⁹³ C.S. *Lynch v. Donnelly*, 465 US.668,673 (1984).

¹²⁹⁴ PHAMBURGER, P., *Separation of church and state*, op.cit., p.7.

¹²⁹⁵ On parle alors de liberté négative. Cette situation se différencie de la France mais aussi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment en référence à la notion d' « obligation positive ». Voir, SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, coll. 2 Droit fondamental, 2003, pp. 228-230, 163-164.

¹²⁹⁶ C.S., *Reynolds v. United States*, 98 US 145, 167 (1879).

¹²⁹⁷ A noter que nous n'entendons pas enfermer ces pratiques dans la seule catégorie des pratiques religieuses.

¹²⁹⁸ Notons toutefois que les employeurs amish ont obtenu un statut dérogatoire leur permettant de ne pas payer de taxes de sécurité sociale pour eux-mêmes.

publique ou à l'ordre public puisqu'il faut que, pour que soit condamnée une pratique religieuse, cette dernière représente *a significant public harm*¹²⁹⁹. Les Amish ont pu retirer leurs enfants de l'école à 14 ans alors même que l'Etat posait la scolarité obligatoire à 16 ans¹³⁰⁰. Les témoins de Jéhovah ont quant à eux obtenu que leurs enfants ne prêtent pas allégeance devant le drapeau américain¹³⁰¹. Tous ces exemples n'allant pas dans le sens d'un danger public. Ainsi, le principe de tolérance à l'égard des religions dites minoritaires est garanti par la Cour Suprême.

c. Les controverses inhérentes aux deux contextes

Il existe en définitive dans les deux contextes d'analyse une tension voire même une controverse inévitable entre l'obligation de neutralité (en France) ou d'abstention (aux Etats-Unis) et celui de la garantie de la liberté religieuse. Le gouvernement se trouve en effet pris dans un étau entre ce qu'il ne peut faire dans le premier cas et ce qu'il doit faire dans le second. La Cour Suprême a ainsi stipulé, en 1973 que « *it may often not be possible to promote the (free exercise clause) without offending the (establishment clause)* »¹³⁰².

En France, la question de la tension entre la neutralité de l'Etat d'une part et de la garantie de la liberté religieuse d'autre part se pose avec acuité dans le cadre des services publics, tout autant pour les usagers que pour les agents publics. Cela est d'autant plus effectif dans les lieux dits clos, comme c'est le cas de l'armée, des prisons, des hôpitaux mais surtout dans les établissements scolaires. Pour ce qui est de l'armée, la situation est relativement claire puisque la liberté d'opinion est reconnue à l'article 7 du statut des militaires et facilité par l'existence d'aumôneries. Par contre, les militaires sont tenus à une stricte neutralité dans le cadre de leur service. Dans l'enceinte carcérale, le code de procédure pénale favorise une assistance spirituelle des détenus par le biais des aumôneries et sous contrôle étroit de l'administration carcérale. Dans l'enceinte des services publics hospitaliers, la tension est perceptible au niveau de l'organisation du service en tant que tel et les missions de services publics priment. Enfin, dans le cadre scolaire, et comme nous l'avons précédemment évoqué,

¹²⁹⁹ Un danger public significatif. (Notre traduction).

¹³⁰⁰ C.S., *Winconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972).

¹³⁰¹ Par exemple CS, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943). Dans cet arrêt la cour admettait qu'une exception soit donnée aux enfants élevés comme témoins de Jéhova, et en l'occurrence, qu'ils ne soient pas soumis à l'obligation matinale du salut du drapeau dans le cadre de leur scolarité.

¹³⁰² Il arrivera souvent qu'il ne soit pas possible de promouvoir la clause du libre exercice sans contrevenir à la clause d'établissement (Notre traduction).

la question est prenante et préoccupante dans la mesure où les bénéficiaires sont des enfants à qui le système doit garantir tout à la fois protection et ouverture afin de façonner leur esprit critique. Ainsi, en dehors de la jurisprudence et des avancées législatives en matière de port d'insignes religieuses, il a été reconnu que l'assiduité est la règle et tout manquement n'est toléré que s'il est compatible avec les études et le respect de l'ordre public dans l'établissement¹³⁰³, que les cours sont obligatoires et ne peuvent pas faire l'objet de refus d'assistance¹³⁰⁴, ou encore que toute manifestation religieuse dans l'établissement constitue un trouble grave au fonctionnement de l'établissement¹³⁰⁵.

Aux Etats-Unis, les différentes cours ont donné préférence pour la clause de l'établissement alors même que les commentateurs ont estimé, à l'inverse, que la clause du libre exercice de la religion devait primer puisque les deux clauses ont pour finalité la garantie de la liberté religieuse¹³⁰⁶. Il convient en définitive de distinguer cinq cas de figures¹³⁰⁷: l'aide aux institutions religieuses; l'invocation publique de Dieu et de la religion; l'enseignement de la religion dans les écoles publiques; le libre exercice de la religion; et enfin l'implication des religions au sein du gouvernement. Concernant les aides et notamment les aides gouvernementales aux écoles religieuses, la Cour va dans le sens d'une autorisation de ces dernières comme en témoigne la décision *Zelman Simmons-Harris*¹³⁰⁸. Concernant l'invocation publique de Dieu et de la religion, il est entendu que l'usage de symboles, de rhétoriques religieuses sont admises dans la sphère publique, ayant perdu une grande part de leur signification religieuse. Dans ce sens, la Cour a admis la pratique de la prière au Congrès dans *Marsh.v Chambers*¹³⁰⁹ ou encore dans *Lynch v. Donnelly*¹³¹⁰.

2- La diversité religieuse, une catégorie juridique ?

La diversité religieuse est un fait, que ce soit dans le contexte français ou encore dans le contexte américain. Son existence est juridiquement garantie par le concept de laïcité et de

¹³⁰³ C.E., 14 avril 1995 *Koen et Consistoire central des israélites de France*. Recueil des arrêts du Conseil d'Etat 1995 p.168 et 171.

¹³⁰⁴ C.E., 27 novembre 1996 *Atouff* et C.E., 27 novembre 1996 *Wissaadane*.

¹³⁰⁵ C.E., 27 novembre 1996 *Ligue islamique du Nord*.

¹³⁰⁶ HAMBURGER, P., *Separation of church and state*, op.cit., p.130.

¹³⁰⁷ LEDEWITZ, B., *American Religious democracy, Coming to terms with the end of secular politics*, Praeger, Westport, Connecticut London, 2007, 242 p., p.71-81.

¹³⁰⁸ Dans cette décision la cour approuve un programme dit Cleveland school voucher program lequel prévoit des aides directes aux familles pour l'écolage de leurs enfants qui participent à des écoles publiques ou privées.

¹³⁰⁹ C. S., 5 juillet 1983, C.S., *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).

¹³¹⁰ C. S., 5 mars 1984, C.S., *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).

liberté de culte. Pour autant, on est en droit de se demander si cette diversité religieuse constitue à proprement parler une catégorie juridique. Il semble que ce soit une diversité implicitement reconnue par le droit à travers de l'émergence d'un droit à la différence religieuse¹³¹¹. Nous nous intéresserons d'abord au contexte français (a) avant de nous attacher à analyser la situation américaine (b).

a. En France, dans le sens d'une reconnaissance de la diversité religieuse

Le principe de laïcité ne s'oppose pas en tant que tel à une reconnaissance de la diversité religieuse. D'abord parce qu'il n'est pas, comme on l'a vu une injonction à l'athéisme ou à l'irréligion. Ensuite, parce que son application souple implique certaines exceptions constitutionnelles, l'Alsace et la Lorraine mais aussi l'Outre-mer connaissant des modulations notoires. De plus, dans les faits, de très nombreuses aides directes ou indirectes sont accordées par les collectivités territoriales et locales aux églises. L'application de régimes particuliers va d'une part dans le sens de la reconnaissance implicite de la diversité religieuse. La particularisation se fonde sur deux éléments: un élément géographique et un élément sectoriel.

Au niveau des exceptions territoriales, il nous faut considérer plusieurs contextes. Dans le cas de l'Alsace et la Lorraine, depuis une loi du 1^{er} juin 1924 qui entérine une disposition transitoire du 17 octobre 1919, le droit allemand régit les relations entre les églises et l'Etat, en vertu du concordat. Ainsi donc, en 1804 quatre cultes sont reconnus et soumis au régime concordataire: le catholique, le luthérien, le culte réformé et le culte israélite. De ce fait, leurs ministres sont rétribués par l'Etat. Le pluralisme religieux est donc dans ce cadre reconnu, induisant une politique volontariste de l'Etat objet d'une législation spécifique¹³¹².

La situation des départements d'Outre-mer est aussi particulière. En Guyane, seul le catholicisme est reconnu, et comme en Alsace et Moselle, le principe de séparation de l'église et de l'Etat n'est pas appliqué. A Saint Pierre et Miquelon, en Nouvelle Calédonie et en Polynésie, le système applicable est celui des décrets Mandel de 1939 instaurant un début d'harmonisation dans les territoires d'Outre-mer, et ce, en dehors du droit commun de la loi

¹³¹¹ Voir DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, op.cit., p.104 et s.

¹³¹² Certains auteurs ont pu alors se demander si la situation en Alsace et Moselle ne constituait pas une reconnaissance implicite de la constitutionnalité du droit local. Voir par exemple ECKLY, P., « Droit et constitution », *La situation du droit local alsacien-mosellan*. LGDJ, 1986, p.196.

de séparation des églises et de l'Etat¹³¹³. A Mayotte, le régime applicable est encore différent puisque les musulmans disposent d'un statut personnel inspiré de l'Islam.

Au niveau des exceptions ou plus exactement de la modulation des prescriptions juridiques générales dans certains domaines, il nous faut là encore distinguer les dérogations ponctuelles aux règles générales, des mesures bienveillantes ou encore des véritables modifications juridiques. Au terme des dérogations ponctuelles, on peut mentionner les contraintes de service public et autorisations d'absence pour motif religieux. Ainsi, les élèves des établissements d'enseignement public bénéficient d'une autorisation d'absence, dérogoire à l'obligation d'assiduité¹³¹⁴. C'est ce que le Conseil d'état a estimé, afin de permettre de concilier l'exercice d'une obligation religieuse avec une obligation d'assiduité. Ainsi, le conseil d'Etat a confirmé les dispositions de la circulaire du 12 décembre 1989 en estimant que des élèves qui en font la demande puissent bénéficier individuellement d'une autorisation d'absence nécessaire à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une obligation religieuses. Toutefois, ces absences doivent être « compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et au respect de l'ordre public dans les établissements »¹³¹⁵.

Ainsi, comme nous avons eu l'occasion de nous y attarder, la séparation de l'Eglise et de l'Etat répond d'avantage à un principe de neutralité que de séparation *stricto sensu*, faisant passer la réglementation des cultes de l'univers du droit public à celui du droit privé. La non-reconnaissance des cultes est une laïcité négative qui nie à l'Etat républicain la faculté d'accorder en son nom des privilèges particuliers à un quelconque culte. Cela implique évidemment de ne pas reconnaître de religion officielle. Par contre, c'est une laïcité négative volontariste puisque pour parvenir à cette neutralité, l'Etat a l'obligation d'agir. Par conséquent, l'idée de diversité religieuse est implicitement reconnue par l'Etat.

De ce fait, nous pouvons aisément postuler que la diversité religieuse est un principe implicitement défendu par le droit français. En témoigne le fait que les opinions, qu'elles soient religieuses ou spirituelles, sont protégées et garanties, que ces religions ou spiritualités sont à l'abri de l'intrusion du pouvoir politique, que la liberté de culte est favorisée allant jusqu'à la protection des religions non majoritaires. Pour autant, la diversité religieuse

¹³¹³ Voir par exemple les difficultés au regard du principe de laïcité dans l'arrêt CE, 16 mars 2005, Ministre de l'outre-mer c/gouvernement de la Polynésie française, AJDA, 2005, note C. Durand-Prinborgne, p. 1463.

¹³¹⁴ L'assiduité est prévue par l'article 10 de la loi d'orientation sur l'éducation en date du 10 juillet 1989. Loi n°89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation. A.J.D.A. 1989. P. 491, note J.Y. FABERON.

¹³¹⁵ Arrêt Consistoire central israélite de France, C.E., Ass, 14 avril 1995, « *Consistoire central israélite de France et autres* », Rec., p. 171

entendue dans un sens de pluralisme religieux entériné par l'Etat de droit, n'existe pas en tant que tel. En outre, la loi du 9 décembre 1905 prône que la République est laïque et respecte toutes les croyances. Ce principe a acquis une valeur constitutionnelle depuis 1946 étant posé à l'article 1^{er} de la Constitution de la IV^{ème} république avant d'être à nouveau consacré par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958. Bien que la laïcité sous-tende ce principe de diversité, aucun texte ne pose la diversité religieuse comme un principe de droit, n'en faisant à aucun moment une catégorie juridique.

b. Aux Etats-Unis, une reconnaissance de la diversité religieuse

Aux Etats-Unis, la laïcité semble évoquer une véritable reconnaissance de la pluralité religieuse et donc de la diversité religieuse. « *We are increasingly a nation divided by God* »¹³¹⁶ postule N. Feldman¹³¹⁷ qui revendique une telle diversité présentée comme plus développée aujourd'hui encore en vertu de l'immigration accrue de musulmans, d'hindous ou encore de bouddhistes.

Selon l'article 6 de la Constitution et du 1^{er} amendement adopté en 1791, les Etats-Unis sont un Etat laïc, garantissant la séparation des églises et de l'Etat. Au-delà de cette séparation, c'est une véritable non-ingérence qui est requise de la part de l'Etat, abstention prônée comme à même de rendre effective la liberté de culte et de fait le pluralisme religieux. Ainsi donc, Dieu n'est pas mentionné et la devise américaine *E pluribus unum* n'y fait aucune référence. Il s'agit en effet, contrairement au contexte français qui rejette la religion de l'espace public, de donner une grande latitude au discours religieux. Ainsi, si la séparation institutionnelle existe bien entre églises et Etat, la valeur religieuse est-elle prônée tant au niveau politique qu'au plan judiciaire.

La reconnaissance de la diversité religieuse peut en définitive être appréhendée sous deux angles, à partir d'une neutralité de l'Etat permettant l'effectivité de la diversité, ou au contraire à travers une démarche volontariste en faveur de la diversité. La liberté religieuse protégée par le premier amendement semble contenir en elle-même l'idée de reconnaissance du pluralisme religieux. En fait, la Cour Suprême semble bien accepter que la diversité

¹³¹⁶ Nous sommes incontestablement une nation divisée par Dieu.

¹³¹⁷ FELDMAN, N., *Divided By God, America's church-state problem- and what we should do about it*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2006, 320 p., p.235.

culturelle croissante des populations nécessitait une neutralité absolue de l'Etat en matière de religion¹³¹⁸. Au nom de cette liberté religieuse, aucune école religieuse n'est subventionnée et la prière à l'école est prohibée depuis la décision *Engel v. Vitale*¹³¹⁹.

La diversité religieuse semble donc être reconnue par le droit américain et dans une certaine mesure envisagée par le droit français. De manière plus générale, la diversité ethnoculturelle, incontestable réalité sociologique, connaît une certaine juridisation implicite, à travers la prise en considération juridique d'éléments qui servent à sa définition. Cette juridisation implicite de la diversité ethnoculturelle dans le cadre des nations française et américaine s'articule avec une reconnaissance juridique des minorités.

§2- La question de la reconnaissance juridique des minorités en France et aux Etats-Unis

A ce stade de notre réflexion, nous pouvons postuler qu'il existe bien des groupes définis en termes ethnoculturels dans les deux pays d'analyse. Ces groupes semblent constituer ce qu'il conviendrait d'appeler des minorités. Minorités territoriales¹³²⁰, minorités diffuses¹³²¹ cohabitent alors avec des peuples autochtones et « une » majorité en France et aux Etats-Unis. Le terme de minorité est d'utilisation fréquente mais sa définition n'est pas aisée. Si l'on s'en tient aux propos de N. Rouland, il ne désigne pas une réalité en tant que telle mais plutôt une situation. Selon lui, « il n'existe pas de minorité en soi; elles ne se définissent que structurellement. Ce sont des groupes mis en situation minoritaire par les rapports de force et de droit, qui les soumettent à d'autres groupes au sein d'une société globale dont les intérêts sont pris en charge par un état qui opère la discrimination soit au moyen de statuts juridiques inégaux (politique d'Apartheid), soit grâce au principe d'égalité civique (en privant de droits spécifiques des collectivités dont la situation sociale et économique est particulière), l'égalité

¹³¹⁸ RICHEL, I., *Les « Guerres scolaires » américaines: les Eglises, la Cour Suprême et la religion dans les écoles*, Point de vue sur les politiques de l'identité, Revue Française d'Etudes Américaines, n° 96, mai 2003, pp. 114-126, p.115.

¹³¹⁹ C.S., *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962)

¹³²⁰ En France sont considérées comme des minorités territoriales, historiques et linguistiques: les Alsaciens-Lorrains, les Basques, les Bretons, les Catalans, les Flamands, les Occitans, les Corses. Voir KOUBI, G., *Droit et minorités dans la République Française*, op.cit., p.197-198.

¹³²¹ Les minorités diffuses ou non territoriales regroupent à la fois les minorités religieuses, essentiellement non catholiques ou protestantes pour le cas des Etats-Unis, mais aussi des minorités socioculturelles telles que les Tziganes. Voir KOUBI, G., *Ibid*, p. 198.

civique peut créer ou perpétrer des inégalités de fait »¹³²². Dans ce sens, les minorités représentent des groupes placés dans une situation de confrontation par rapport à une majorité. L'infériorité numérique ou symbolique (supposée ou réelle, appréhendée en terme culturel, d'influence ou selon d'autres critères) de la minorité par rapport à la majorité est implicite dans la terminologie même. C'est l'idée suggérée par la définition de la minorité donnée par E. Kant pour qui elle représenterait « l'incapacité de se servir de son entendement (pouvoir de penser) sans la direction d'autrui »¹³²³.

Or, le propre de toute démocratie est que les groupes minoritaires, quel que soit leur base de définition, puissent devenir à un moment donné constitutifs de la majorité. Cela suppose que la majorité et la ou les minorités ne soient pas forcément appréhendés en termes de races ou d'ethnies qui, par définition, sont des références relativement figées, mais plutôt en termes de préférences et de références idéologiques, éléments davantage contingents. Pour autant, une différence voire un décalage existe entre l'idéal démocratique et l'ancrage sociologique. Plus exactement, le droit différencie ce que l'on qualifie de majorité électorale, des concepts de majorité ou minorité, analysés en référence aux groupes identitaires. Pour ces dernières, on peut se demander s'il ne conviendrait pas mieux de parler de groupe minorés que de minorités afin d'éviter toute confusion et de se défaire du caractère substantiel du terme même de minorité .

Nous verrons alors que la délicate appréhension sémantique des minorités (A) conduit à une définition nationale complexe (B) ce qui révèle la problématique d'un droit des minorités (C).

A- La délicate appréhension sémantique des minorités

Au préalable, il convient d'opérer un travail de définition. Or cette entreprise s'avère extrêmement périlleuse eu égard à l'absence de définition communément admise et faisant l'objet d'une acception internationalement consensuelle¹³²⁴. Il est toutefois possible de dégager une définition générale qui désignerait sous le terme de minorité « des groupes non dominants de la population qui possèdent des caractéristiques ethniques, linguistiques, religieuses, stables, se différenciant nettement du reste de la population et qui désirent les

¹³²² ROULAND, N., *L'autonomie du Groeland: du droit à la réalité*, Arctique Horizon, 2000

¹³²³ KANT, E., *Qu'est-ce que les lumières?*, Saint-Etienne, Université de Saint-Etienne, 1991, 120p.

¹³²⁴ RIGAUX, F., « Mission impossible: la définition de la minorité », R.T.D.H. avil 1997, n°30, pp.155 et s.

conserver »¹³²⁵. Cette définition pourrait être complétée par une autre, posant la minorité comme « un groupe social dont les spécificités culturelles, distinctes de celles de la société étatique globale, vont cimenter la cohésion, la chose étant plus prévisible s'il existe- à ses dépens- un rapport de domination sociale auquel répond une forme de résistance collective »¹³²⁶. L'idée de rapport de domination sociale reprend la position de N. Rouland pour qui la minorité existe structurellement¹³²⁷ et affirme son identité aussi par la revendication de spécificités juridiques¹³²⁸.

Cette appréhension globale des groupes minorés combine facteurs objectifs et subjectifs, accordant une place importante à l'auto qualification. Toutefois, elle ne nous permet pas de distinguer les différents types de minorités. Minorités nationales, territorialisées, peuples autochtones, minorités ethniques, sont autant de notions aux confins de la politique et du droit sur lesquelles il convient de s'attarder quelque peu. Nous envisagerons la problématique d'une définition des minorités (1) avant d'appréhender la carence d'une définition en droit international (2) et de nous interroger sur les différences entre minorités et peuples autochtones (3).

1- La problématique d'une définition des minorités

Avant de distinguer ces différentes notions, il semble primordial de délimiter le terme de majorité en référence à laquelle ces minorités sont définies et se définissent. Par majorité nationale on entend un groupe ayant une langue, une culture et/ou une histoire spécifique qui est majoritaire sur un territoire donné et qui forme sur ce territoire la plus grande concentration au monde de gens ayant cette langue, cette culture et cette histoire. Ainsi, en vertu de cette définition, la majorité nationale aux Etats-Unis est constituée par les blancs paneuropéens qui ont imposé l'anglais et le protestantisme comme référent culturel, forgé une partie de la culture américaine et qui ont été pendant longtemps majoritaire en nombre sur

¹³²⁵ KOUBI, G., « Penser les minorités en droit », in FENET, A., (dir.) *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 462 p., p.254.

¹³²⁶ NOREAU, P., VALLET, E., « Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique par le droit », p.5.

¹³²⁷ Cette idée semble déjà émerger du Traité de Versailles. Voir LAPONSE, J.A., *The protection of minorities*, Berkeley, University of California Press, 1960.

¹³²⁸ Voir VANDERLINDEN, J., « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités? », in *Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.665.

l'ensemble du territoire¹³²⁹. En France, la majorité nationale serait constituée par une référence masculine, chrétienne et essentiellement catholique, et de manière implicite, blanche.

A cette majorité identitaire définie sur des bases ethnoculturelles, on oppose alors des minorités qui sont placées dans des situations différentes, en général infériorisées. La nomenclature que nous proposons se base donc sur la relation de la minorité avec l'Etat qui l'abrite. Ainsi, une nation minoritaire désigne un peuple entier (nation ethnique, culturelle, civique, diasporique ou sociologique) qui serait minoritaire sur le territoire d'un Etat. En général, les nations minoritaires sont issues d'un processus de conquête. Deux distinctions sont alors possibles: les minorités territorialisées et les peuples autochtones¹³³⁰. Il est important de distinguer les deux étant donné que si leur définition peut parfois se confondre, les peuples aborigènes jouissent d'un statut spécifique en droit international public¹³³¹. Parmi les nations minoritaires territorialisées on pense aux Basques, Catalans, Gallois, Ecosais mais aussi aux Corses. Concernant les peuples autochtones, ils représentent les peuples descendants des premiers habitants¹³³². En France, entrent dans cette catégorie les habitants d'Outre-mer qui furent colonisés. Aux Etats Unis, ce sont principalement les populations indiennes.

Une minorité nationale est sur un territoire plus ou moins contigu à celui sur lequel se trouvent une majorité nationale, une population moins nombreuse partageant les mêmes caractéristiques que la majorité nationale du pays voisin. Les minorités nationales sont en général issues d'un processus d'incorporation comme en témoigne l'exemple des minorités nationales aux Etats-Unis. Parmi elles, on trouve par exemple les populations hispaniques des Etats du Nouveau Mexique et du Texas. En France, ces minorités nationales ne résultent pas

¹³²⁹ Notons que cette majorité a évolué, s'étant élargie au fil du temps. Au début, la culture dominante était une culture anglo-saxonne, substituée par une culture dite *WASP*, aujourd'hui devenue une culture essentiellement pan européenne. Corrélée sur l'ensemble du territoire à une prédominance numérique, elle est remise en cause dans son aspect hégémonique dans certains Etats. En effet, la Californie a rejoint Hawaï au titre des Etats dont la majorité n'est plus composée par de blancs non-hispaniques. Voir BOWLER, S., SEGURA, G.M., « Social, Political and Institutional Context and Representation of Minority Americans », op.cit., p.1. Les résultats du dernier recensement de 2010 montrent par ailleurs que pour la première fois dans l'histoire du pays, les enfants issus de minorités sont majoritaires, tendance qui se poursuit. Par exemple, ils représentent 50,4% des bébés nés entre juillet 2010 et juillet 2011. Voir *Census Bureau*.

¹³³⁰ Nous reviendrons sur cette distinction dans les développements *infra*, p. 308 et s.

¹³³¹ Nous traiterons pas ici en détail le long processus de reconnaissance progressive du droit des peuples autochtones. Nous esquisserons la problématique de ces peuples dans les développements ultérieurs. *Ibid.*

¹³³² FRITZ, J.C., *La nouvelle question indigène*, Paris, l'Hermattan, 2006, 506 p.

d'un processus d'incorporation mais sont plutôt le fruit d'un phénomène migratoire comme l'illustre la présence des minorités nationales espagnoles et italiennes.

Les minorités ethnico-culturelles représentent quant à elles un groupe issu d'un processus migratoire qui se perçoit et est perçu comme une formation sociale plus ou moins hétérogène et relativement visible. Selon cette définition, les algériens, marocains, tunisiens, turcs, ou encore albanais pour ne citer qu'eux constituent bel et bien les minorités ethniques de la France. Aux Etats-Unis, les asiatiques, les latinos non Mexicains ou cubains pourraient être appréhendés selon cette conception. Ces minorités ethnico-culturelles se définissent principalement par des données identitaires et non territoriales, contrairement aux deux types de minorités précédemment citées. Elles peuvent donc être identifiées sur la base d'une religion commune comme c'est le cas des juifs immigrés, sur une base linguistique comme les latinos aux Etats-Unis ou les arabes en France ou encore sur une origine ethnique entendue dans le sens de réalités historiques. Elles peuvent aussi se penser à la jonction de plusieurs variables, telles que la langue et la culture croisant le facteur religieux et l'élément ethnique. En outre, ces minorités ethnoculturelles sont plus hétérogènes que les minorités nationales ou que les nations minoritaires puisqu'elles ne désignent pas toujours des groupes ayant partagé une même histoire ou un territoire. Le partage se situerait d'avantage à partir d'une expérience commune ou tout au moins similaire dans le pays de réception.

Selon cette énumération, éminemment imparfaite, la catégorisation des noirs aux Etats-Unis est difficile. En effet, on ne peut dire qu'ils sont une minorité nationale, l'Afrique n'étant pas un pays mais un ensemble de pays comprenant plus de 63 nationalités différentes. Qui plus est, les noirs ne constituent pas une minorité nationale, le continent africain ne jouxtant pas le territoire américain. Les *Blacks* ne constituent pas non plus une nation minoritaire puisque les noirs américains ne représentent pas une nation entière, ici envisagée à l'échelle d'un continent. Cependant, les afro-américains ne relèvent pas non plus de la dernière catégorie puisque la définition suppose un processus migratoire, lequel repose sur un acte volontaire¹³³³. Quoi qu'il en soit, les populations issues du continent africain n'ont pas immigré au sens actuel du terme mais ont été physiquement forcées à quitter leur territoire pour être exploitées sur un autre territoire. C'est pourquoi certains auteurs parlent aussi de groupes minorés,

¹³³³ Bien que dans les faits dans la migration, la notion de volonté soit sujette à caution. En effet, elle est souvent implicitement ou explicitement imposée, reposant sur une volonté de survie plutôt que comme la manifestation d'un choix entre plusieurs options favorables.

référence qui permet de rendre compte de leur situation sans rattacher celle-ci à une genèse particulière¹³³⁴.

La difficulté de définition du terme de minorité s'explique de diverses manières. En premier lieu, elle se révèle délicate par le fait qu'une définition évolue et peut définir un état ou une situation, prenant en compte l'histoire du groupe ou seulement sa condition à un moment donné¹³³⁵. Si l'on se réfère à nouveau aux écrits de N. Rouland, le fait minoritaire « pénètre dans la sphère du droit non pas comme une donnée mais comme un construit »¹³³⁶. De plus, toute tentative de définition enferme potentiellement le groupe dit minoritaire dans un ensemble de critères, cristallisant les frontières entre les groupes. En outre, chaque définition implique une certaine catégorisation, à laquelle va pouvoir correspondre une dotation de droits et prérogatives spécifiques. Enfin, mais de manière non exhaustive, toute tentative de définition est avant tout, éminemment politique, attachée à un positionnement historique et idéologique fort.

Ces problématiques expliquent en partie les difficultés à trouver un consensus en droit international tant sur une définition « juridiquement achevée »¹³³⁷ des minorités que sur les droits attachés aux différentes minorités définies et partant de là, aux obligations incombant aux états où ces minorités vivent.

2- La carence d'une définition unanime en droit international public

Le droit international souffre d'une définition unanime et consensuelle du terme de minorité. Cette situation s'explique sûrement par le fait que la protection des minorités a longtemps été la responsabilité des Etats qui l'ont assuré en vertu de leur droit interne. En outre, si l'on se réfère à l'avis de la CPJI, *Affaire des communautés gréco-bulgares*¹³³⁸, l'existence d'une minorité serait une question de fait et non de droit. Néanmoins, cela n'exclut pas d'établir les implications de l'existence juridique de la minorité¹³³⁹.

¹³³⁴ NDYAYE, P., *La condition noire*, op.cit., p.58.

¹³³⁵ Sur le glissement de la notion de minorité voir LAJOIE, A., *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, Paris, PUF, 2002, 217 p., p.20-24.

¹³³⁶ PIERRE-CAPS, S., POUMAREDE, J., ROULAND, N., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, 581 p., p.262.

¹³³⁷ KOUBI, G., « Penser les minorités en droit », in A. Frenet (dir.), *Le droit des minorités- Analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 461 p., p.251.

¹³³⁸ CPIJ, *Affaire des communautés gréco-bulgares*, CPIJ, Série B, n° 17, 1930, pp.19, 21-22 et 33.

¹³³⁹ Les majorités ne deviennent pas des minorités lorsqu'elles sont numériquement inférieures dans une région. De même, les minorités ne perdent pas leur statut dès qu'elles acquièrent une majorité numérique. Voir.....in

L'absence de définition de la minorité en droit international ne doit pas masquer le fait que la protection des minorités est un élément essentiel des droits de l'homme. De fait, les principaux textes internationaux en matière de respect et protection des droits de l'homme posent le principe du respect des minorités. Ils en définissent donc implicitement le contenu et consacrent principalement la dimension individuelle des droits des minorités¹³⁴⁰.

Si nous reprenons pour mieux la répéter la définition posée par le professeur Capotorti, rapporteur spécial elles représentent 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, un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue »¹³⁴¹. Cette définition fait état à la fois de critères objectifs et subjectifs, d'éléments endogènes (solidarité) et exogènes.

Concernant le terme de minorités nationales, bien que le droit international n'ait pas officialisé la référence à celles-ci telles qu'elles étaient appréhendées avant 1918, notamment au sein de l'empire Austro Hongrois, il en a multiplié les références. L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 1^{er} février 1993 la recommandation 1201¹³⁴² dans laquelle il demandait aux Etats membres d'adopter un protocole additionnel à la CEDH portant sur les droits des minorités nationales¹³⁴³. Cette recommandation a permis d'instituer une définition du terme minorités nationales. Ainsi dans l'article 1^{er} de la proposition de

PENTASSUGLIA, G., *Minorités en droit international, Minorités en question*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2004, 328 p., pp.70-71

¹³⁴⁰ Ainsi, les principales sources des droits des minorités sont: La Déclaration des Nations Unies sur les droits des minorités (résolution 47/135), adoptée par l'Assemblée générale en 1992 qui octroie une série de droits aux personnes appartenant à des minorités. Le PIDCP, notamment dans son article 27. Le PIDESC, notamment au §2 de son article 2. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, notamment dans son article 1. La convention relative aux droits de l'enfant, notamment article 30. Nous pourrions aussi mentionner les observations générales concernant les droits des minorités du comité des droits de l'homme (Observation générale n° 23 de 1994) ou encore la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 qui protège l'existence physique des minorités, le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, la Convention n°111 de l'OIT de 1958, ou encore les conventions de l'UNESCO, notamment celle pour la sauvegarde du patrimoine culturel et immatériel de 2003 et celle sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005. Pour une liste plus détaillée et pour connaître des mécanismes internationaux des droits de l'Homme pouvant s'occuper des questions concernant les minorités, voir Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme (HCDH), « Droit des minorités: Normes internationales et indications pour leur mise en œuvre », 2010, 54p.

¹³⁴¹ Capotorti, Rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979, & 568.

¹³⁴² <http://assembly.coe.int/mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta93/FREC1201.HTM>

¹³⁴³ Projet de résolution et de recommandation adoptées par la Commission à Paris le 16 novembre 2011. Voir Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Un Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur les minorités nationales, AS/Jur (2011) 46, 8 novembre 2011, fjd46 2011, <http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2011/fjd46.pdf>, Consulté le 01.05.12.

protocole annexée à cette recommandation, la minorité nationale est définie comme « un groupe de personnes dans un état qui résident sur le territoire de l'état et en sont citoyens, entretiennent des liens anciens et durables avec cet état, présentent des caractéristiques ethniques, culturelles, religieuses ou linguistiques spécifiques, sont suffisamment représentatives, tout en étant moins nombreuses que le reste de la population de cet état ou d'une région de cet état et sont animés de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité comme, notamment leur culture, leur tradition, leur religion ou leur langue ». Ainsi désignées, les minorités nationales semblent se définir à la fois par des critères objectifs et par un sentiment subjectif relatif à la volonté de préservation de leur identité commune. Le Parlement Européen a fait de cette définition la définition de l'Union Européenne en recommandant le 8 juin 2005 qu'une telle définition se fonde sur celle posée par la déclaration 1201¹³⁴⁴.

Ainsi, si une définition clairement formulée au plan international fait défaut, il est possible de déterminer le champ d'application d'une minorité. Il en est de même pour les peuples autochtones.

3- La question spécifique des peuples autochtones

Les peuples autochtones doivent être envisagés indépendamment des minorités en ce sens qu'ils se revendiquent comme des peuples à part entière. Ces populations sont caractérisées par une consubstantialité avec leur territoire et une antériorité historique par rapport à la société dominante. Colonisés, les peuples autochtones sont aujourd'hui minorisés dans les Etats dans lesquels ils vivent. Pourtant premiers habitants des territoires des Etats-Nation actuels, ils se trouvent en situation de domination à la fois culturelle, économique, sociale et politique.

¹³⁴⁴ Notons que l'avis du CDDH sur un protocole additionnel à la Convention européenne sur les minorités nationales reconnaît l'importance de la protection des minorités tout en concluant que de nouveaux travaux normatifs dans ce domaine ne sont pas nécessaires et qu'il n'est donc pas approprié d'assortir la CEDH de protocoles qui énoncent une gamme de droits applicables à des groupes spécifiques de personnes. En outre, est souligné l'absence de consensus quant à la notion même de « minorité nationale » et la difficulté corrélée de rédiger un instrument international sur cette base. Voir l'Avis du CDDH sur la Recommandation 1994 (2012) sur un protocole additionnel à la Convention européenne sur les minorités nationales, CDDH: 75^e réunion – 19/22 juin 2012 CDDH(2012)R75, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/OPINIONS/Recommandation1994_2012_%20sur%20un%20protocole%20additionnel%20C3%A0%20la%20Convention%20europ%C3%A9enne%20sur%20les%20minorit%C3%A9s%20nationales..pdf, Consulté le 01.10.2012.

Plusieurs appellations sont utilisées pour les qualifier, notamment celles de peuples autochtones, indigènes, aborigènes, peuples premiers, premières nations, etc. L'utilisation de ces différentes terminologies varie selon les contextes. En France, le terme autochtone est favorisé en ce sens qu'il renferme le lien original de ces peuples à la terre, terre base de leur culture et donc, d'un grand nombre de leur revendication. Aux Etats-Unis, le mot *Indigenous* est d'emploi fréquent, traduction de la dimension collective des natifs américains. Par contre, le vocable français ne s'y réfère pas, y voyant une connotation péjorative en référence au statut de l'indigénat. Toutefois, même dans le vocabulaire *anglo-saxon*, le terme *Indigenous* tend à être relégué à un second plan, substitué par la mention Aborigène, *Aboriginal*¹³⁴⁵.

A la difficulté d'avoir une terminologie unique, se greffe celle d'envisager une même définition, unanimement acceptée. Aussi, comme pour les minorités, une définition internationalement approuvée fait défaut. Cette problématique s'explique par les implications juridiques et politiques de telles définitions. Les peuples autochtones eux-mêmes sont réticents à toute tentative de définition qui serait potentiellement enfermante. Dans ce sens, ils revendiquent alors un droit à l'autodéfinition consubstantiel d'un droit à l'auto identification.

Néanmoins, plusieurs travaux permettent de dégager des caractéristiques servant de base à une définition¹³⁴⁶. Par ailleurs le travail du Rapporteur spécial des Nations Unies, José Martínez Cobo, permet de dégager définition de base¹³⁴⁷. Ainsi « Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles 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 ou parties de ces territoires et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuples, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques ». En vertu de cette définition, huit éléments semblent prépondérants pour la définition de peuples autochtones: la continuité historique avec des sociétés précoloniales; des liens solides avec un territoire; un système social, économique et politique spécifiques; une langue, culture et croyances spécifiques; des groupes non dominants dans la société dans

¹³⁴⁵ Cette référence traduit la situation d'un peuple indigène en situation de dépendance de type colonial.

¹³⁴⁶ Citons par exemple les documents établis par le Groupe de travail sur les populations autochtones, les dispositions de la Convention n°169 de l'OIT mais aussi, le texte de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

¹³⁴⁷ Document ONU n°E/CN.4/Sub.2/1986/87.

laquelle ils vivent; un sentiment d'être différent de la société du pays dans lequel ils vivent; des liens avec le réseau mondial de peuples indigènes; enfin, l'autodéfinition en tant que peuple autochtone.

Les peuples autochtones ont vu la reconnaissance de leurs droits avancer, notamment avec l'adoption le 13 septembre 2007 par l'Assemblée Générale des Nations Unies de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones¹³⁴⁸. Celle-ci a été adoptée par la France mais a fait l'objet d'une déclaration interprétative, tendant à en limiter la portée nationale « aux autochtones des collectivités territoriales d'Outre-mer »¹³⁴⁹. Par contre, les Etats Unis, tout comme l'Australie, le Canada et la Nouvelle Zélande l'ont rejetée¹³⁵⁰. En plus d'interdire la discrimination, la déclaration qui pose un cadre universel de normes minimales insiste sur la participation effective des *indigenous people* sur toutes les questions qui les concerne. Le préambule de la déclaration affirme que « les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures (...) » et qu'ils sont « égaux à tous les autres peuples ». Plus qu'une simple déclaration, ce texte marque une victoire non négligeable après des décennies de réflexions, de plaidoyer et de luttes. Elle est donc extrêmement significative, indépendamment de sa portée juridique limitée. A noter que les peuples autochtones peuvent revendiquer des droits internationalement reconnus en tant que minorité.

Les hésitations internationales quant à la proposition de définitions, elles-mêmes bases de textes internationaux porteurs de droits et d'obligation, fait écho à la difficulté de donner des définitions au plan national. La France ne reconnaît pas la catégorie juridique des peuples autochtones. Néanmoins, les distinctions réalisées entre les habitants des collectivités d'Outre-mer confirment explicitement l'existence de peuples autochtones. La reconnaissance de statut local rattaché au statut personnel s'oppose en effet au statut de droit commun; la présence de conseils consultatifs coutumiers, notamment dans la loi du 9 novembre 1988

¹³⁴⁸ Résolution 61/295. La Déclaration établit que les peuples autochtones ont le droit, en tant que collectivités ou en tant qu'individus, à tous les droits de l'Homme et aux libertés fondamentales reconnues par l'Organisation des Nations unies. Toutefois, elle va plus loin puisque dans ses 45 articles elle établit les paramètres minimaux pour le respect des droits des peuples autochtones. Sont ainsi reconnus: la libre détermination, l'autonomie, la propriété du sol, l'accès aux ressources naturelles sur les terres et territoires dont ils sont traditionnellement les détenteurs ou les occupants, et l'assurance de la reconnaissance des États ainsi que de la protection juridique à l'égard de ces terres et territoires. De plus, les peuples autochtones devront donner leur accord pour l'exploitation des ressources naturelles. La déclaration reconnaît également les droits individuels et collectifs relatifs à l'éducation, à la santé, à l'emploi, au renforcement de leurs institutions politiques, légales, économiques, sociales et culturelles, de leurs cultures et traditions, et à poursuivre leur croissance en conformité avec leurs besoins et leurs aspirations propres.

¹³⁴⁹ La France, dans sa réserve interprétative a en outre spécifier que le droit à l'autodétermination ne peut s'exercer que « conformément aux normes constitutionnelles nationales ».

¹³⁵⁰ A côté de ces 4 votes contre on relève 11 abstentions.

portant sur le statut de la Nouvelle Calédonie; ou la prise en compte par la CNIL de l'origine ethnique des personnes dans les recensements de la population des TOM¹³⁵¹. Ainsi, pour le Pr. Boyer, il existe une reconnaissance constitutionnelle de la spécificité des populations autochtones mais une impossible consécration constitutionnelle puisque « l'unité constitutionnelle du peuple français constitue une règle supra constitutionnelle »¹³⁵². Par conséquent, on peut alors se demander comme N. Belkacemi si « la gestion des différences entraîne une reconnaissance implicite de l'entité autochtone »¹³⁵³.

B- Une définition « nationale » problématique des minorités

A la lecture des différents textes relatifs aux droits de l'homme et ceux spécifiques aux minorités, on pourrait alors dire que le droit international retient seulement les minorités ethniques, culturelles et linguistiques. Ainsi, ces minorités de type culturel¹³⁵⁴ s'opposeraient aux groupes dits vulnérables¹³⁵⁵ lesquels aspireraient à l'égalité et non pas forcément à une sauvegarde de leur spécificité.

Cette opposition semble marquer les deux tendances exprimées et vécues par la France et les Etats Unis. Ainsi, en France, il semble qu'une définition de la minorité entendue comme une minorité culturelle pour ne pas dire identitaire est impossible, les droits collectifs ne pouvant être rattachés qu'à de groupes vulnérables (1). Par contre, aux Etats-Unis, la définition des minorités est institutionnalisée, mais sujette à évolution (2).

1- En France : Une définition a priori impossible

Bien que l'Etat nation français soit « une matrice de minorités »¹³⁵⁶, il n'y a pas de corrélation entre l'existence sociologique des minorités et leur réalité juridique. Tel que le relève N.

¹³⁵¹ LOCHAK, D., « La race, une catégorie juridique », *Mots*, n°33, 1992, pp.291-303, p.295-296, p.301-302.

¹³⁵² BOYER, A., « Les autochtones français, populations, peuples ? les données constitutionnelles, op.cit., p. fin moins 3.

¹³⁵³ LUCHAIRE, F., « Droit des populations autochtones françaises ? », op.cit.

¹³⁵⁴ WOERHLING, J., « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, 2003-2004, vol.34., pp.93-155, cité dans LANTERO, C., « L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination », *RDP*, n°3-2009 ; pp.816-851, p.820.

¹³⁵⁵ *Ibid.* p.820.

¹³⁵⁶ PIERRE-CAPS, S., POUMAREDE, J., ROULAND, N., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, 581 p., p.10.

Rouland, la « consubstantialité entre l'Etat, le peuple et le droit »¹³⁵⁷ empêche de penser en terme de différenciations et, partant de là, rend *a priori* impossible toute prise en compte du fait minoritaire. Les relations entre individus sont alors envisagées sous le prisme du principe d'égalité, une égalité qui tout en défendant les expressions minoritaires empêche toute constitution d'un droit des minorités¹³⁵⁸. Ainsi donc, les minorités appréciées en fonction de leur caractère linguistique, culturel, confessionnel, ethnique voire national ou encore celles définies sur une base mélangée et/ou par rapport à une expérience historique n'ont pas d'existence institutionnelles, ne sont pas officiellement et expressément reconnues par le droit français.

Le terme même de minorité est d'utilisation publique relativement récente. La référence actuelle aux « minorités visibles » s'appuie alors sur l'apparence des personnes et est corrélée à la suspicion de traitements inégalitaires, pour des personnes réputées appartenir à des groupes définis sur des bases ethno-raciales. Ainsi, il semble que cette appréhension terminologique permette d'appréhender les groupes de personnes indépendamment de leur nationalité et/ou de leur processus migratoire (primo arrivants, groupes installés de longue date...). Elle se fonde sur une « expérience discriminatoire avérée en raison d'une caractéristique supposée, indépendamment de leur lieu de résidence (français ou non, situation légale ou non) et de leurs identités choisies ». Toutefois, si l'idée de minorité visible fait son chemin, ce concept est loin d'être apprécié dans sa dimension juridique. Car, comme nous l'avons déjà suggéré, parler de minorité, c'est parler de groupes. Or le droit français des droits de l'homme repose sur une acception individuelle des droits. En outre, la logique d'intégration et celle d'assimilation entend séparer l'individu de son groupe d'appartenance et à « abandonner toute forme d'expression différenciée »¹³⁵⁹, tout au moins dans la sphère publique.

Ainsi, il ne serait pas surprenant, si tant est que la France maintienne sa position fermée à l'égard des minorités et partant du concept de minorités et des droits qui lui sont attachés, que le terme de personnes minorées s'impose. De plus en plus présent dans la littérature des sciences humaines, il se réfère à des personnes, appréhendées dans leur individualité, et qui

¹³⁵⁷ ROULAND, N., *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, Droit et société 27, 1994, p.396.

¹³⁵⁸ Ce paradoxe fut soulevé par le Conseil d'Etat, *L'égalité*, Rapport public 1996, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n°48, Paris, La Documentation française, 1997, p.73.

¹³⁵⁹ KOUBI, G., *Droit et minorités dans la République Française*, Bruxelles, 1995, pp, 197.249.

« font l'objet d'un processus social de minoration par la fait de leur appartenance supposée à un groupe stigmatisé »¹³⁶⁰.

2- Aux Etats-Unis: une définition en mutation

Le terme minorité ne fait guère l'unanimité aux Etats-Unis mais il continue à être utilisé d'une part en raison de son rattachement aux textes issus de la révolution civile, d'autre part parce qu'il permet d'englober diverses situations qui ne sont pas basées sur les critères économiques¹³⁶¹.

Le terme de minorité tel que connu aujourd'hui est né au lendemain de la révolution pour les droits civiques. En définissant une nouvelle catégorie, les minorités, on garantissait l'application du principe de non-discrimination en donnant une vision positive de la différence. Ce mouvement est largement corrélé à la prise en compte des minorités dans le monde, notamment par le système des Nations unies. Il a acquis une grande notoriété lors du mouvement pour les droits civiques. Il a été rattaché à la discrimination positive et a servi à qualifier les groupes faisant l'objet de mesures correctrices. Le terme a alors acquis une légitimité et un caractère officiel sur la scène publique américaine.

C'est pourquoi, aux Etats-Unis, une minorité désigne en droit un groupe de personnes qui fait l'objet de traitements discriminatoires, en raison de leur sexe, ou de leur origine réelle ou supposée, ou de leur phénotype. Cette minorité est conceptualisée à partir d'une différenciation raciale ou racialisées du groupe, sur la base de ses habitudes et pratiques, différenciations par rapport au modèle de l'américain-européen hétérosexuel¹³⁶².

Le fait que le recensement de la population de 2000 permette de se revendiquer de plusieurs races pose incontestablement la question de la définition des minorités¹³⁶³. En outre, le fait

¹³⁶⁰ NDIAYE, P., *La condition noire*, op.cit., p.58.

¹³⁶¹ SKRENTNY, J.D., *The minority rights revolutions*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2002, 473 p.

¹³⁶² BOWLER, S., SEGURA, G.M., « Social, Political and Institutional Context and Representation of Minority Americans, in *Diversity in Democracy, Minority representation in the United States*, op.cit., p.6.

¹³⁶³ PERLMANN, J., WATERS, M.C., *The new race question. How the census counts multiracial individuals*, op.cit., 2002, p.1-2

que dans plusieurs Etats la population des groupes dits minoritaires ne cesse d'augmenter, questionne la définition même de la minorité, et au-delà de cette dernière, la prise en charge des intérêts des minorités par le système politique et institutionnel. En effet, le risque est que l'absence de prise en considération de ces groupes grandissants génère des problèmes de légitimité, perceptibles sur le long terme¹³⁶⁴. Cette « browning » des Etats-Unis¹³⁶⁵ complexifiera de plus en plus la distinction entre les groupes.

C- La problématique d'un droit des minorités

Si l'on reprend les diverses formes de mobilisation du droit exprimées par P. Noreau et d'E. Vallet, on relèverait trois types de prétentions revendiquées par les minorités: la revendication de droits collectifs nouveaux; l'exercice de droits acquis; la confirmation judiciaire de droits déjà reconnus¹³⁶⁶. Ce triple processus, appréhendé cumulativement ou non, simultanément ou chronologiquement, passe par deux phases successives de l'action collective: d'une part la sphère de la reconnaissance politique dans laquelle la minorité s'évertue à faire reconnaître ses droits; d'autre part, la sphère de l'effectivité institutionnelle où la minorité tente de faire institutionnaliser ses droits¹³⁶⁷. La première démarche joue indéniablement un rôle de sédimentation identitaire, scellant l'expression de l'existence de la minorité. Le droit apparaît alors comme un « outil fonctionnel du pouvoir politique minoritaire, consacré institutionnellement »¹³⁶⁸. La seconde participe à un processus réognitif dans l'espace public.

Reconnaître juridiquement une notion, c'est lui conférer des conséquences juridiques. Celles-ci peuvent se décliner de diverses manières mais pourraient être schématisées selon le triptyque suivante: protection¹³⁶⁹, droits et prérogatives, et enfin obligations. Ainsi, reconnaître le concept de minorité en droit public interne et *de facto*, instituer les minorités à

¹³⁶⁴ BOWLER, S., SEGURA, G.M., « Social, Political and Institutional Context and Representation of Minority Americans », op.cit., p.3.

¹³⁶⁵ Terme employé à RODRIGUEZ, R., *Brown: The last Discovery of America*, New York: Penguin USA, 2003.

¹³⁶⁶ NOREAU, P., VALLET, E., « Le droit comme ressources des minorités nationales: un modèle de mobilisation politique du droit », in NOREAU, P., WOEHLING, J., (dir.), *Diversité des appartenances culturelles et réaménagement des institutions politiques et de la citoyenneté*, Montréal, Wilson Lafleur, 2004, p.10.

¹³⁶⁷ *Ibid*, p.16.

¹³⁶⁸ *Ibid*, p. 22.

¹³⁶⁹ Définir

travers un corpus juridique, conduit à envisager le droit des minorités, c'est-à-dire prévoir sa protection, son respect ou sa sauvegarde, son développement ou son émancipation. Cela signifie que le droit va à la fois devoir être pro actif en développant un système favorable aux minorités, tout en répondant, ou tout au moins en se positionnant par rapport aux revendications des minorités¹³⁷⁰.

Néanmoins, le droit apparaît également comme une ressource politique¹³⁷¹, ayant une fonction structurante, puisque étant enjeu du conflit entre la majorité et les minorités¹³⁷², il va contribuer à formaliser les minorités. Ainsi, différentes formes de mobilisation du droit existent, telles que la revendication unificatrice de droits collectifs nouveaux, lieu d'affirmation d'une forme d'autonomie politique par l'exercice des droits acquis ou confirmation d'un barrage judiciaire des acquis politiques d'une minorité¹³⁷³.

C'est dans ce contexte épineux que nous tâcherons de comprendre les hésitations françaises face à la problématique des minorités (2) avant de nous intéresser dans un deuxième temps à la situation fort différente des Etats- Unis (3). Etant donné que le droit des minorités national est aussi tributaire des avancées du droit international, nous poserons au préalable le cadre de la reconnaissance internationale des minorités (1). Nous verrons alors que les deux Etats- nation ont connu d'une part des évolutions divergentes et d'autre part, tous deux, des hésitations permanentes ne suivant aujourd'hui pas la même tendance.

1- La reconnaissance internationale du droit des minorités

Le droit des minorités est diffus en droit international, sans pour autant être inexistant. La S.D.N. traitait la question des minorités de manière *ad hoc*, sur la base de traités ou accords

¹³⁷⁰ L. WIRTH distingue 4 minorités en fonction de leurs attentes et objectif par rapport à l'Etat: les minorités pluralistes qui souhaitent que leurs spécificités soient reconnues ; les minorités assimilationnistes lesquelles veulent leur intégration dans la majorité ; les minorités sécessionnistes qui revendiquent leur indépendance ; enfin, les minorités militantes qui aspirent à la domination. WIRTH, L., « The problem of minority groups», in LINTON, R., *The science of man in the world crisis*, New York, Columbia University Press, 1945, p. 347. Cité in NDIAYE, P., *La condition noire*, op.cit., p.56.

¹³⁷¹ McCANN, M.W., « Legal mobilization and social reform movements: Notes on Theory and its Application », *Studies in law, Politics and Society*, vol.11, 1991, p.225-254.

¹³⁷² NOREAU, P., VALLET, E., « Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique par le droit », op.cit., p.2.

¹³⁷³ *Ibid* p.3.

entre belligérants¹³⁷⁴. Les prémisses d'un droit international des minorités¹³⁷⁵ envisageaient déjà un double système limitatif: une partie des droits est reconnue à seulement quelques groupes. Pourtant, la CPI dans l'avis relatif aux écoles minoritaires en Albanie postulait que « la base des traités sur la protections des minorités est d'assurer à des groupes sociaux incorporés dans un Etat dont la population est d'une race, d'une langue ou d'une religion autre que la leur, la possibilité d'existence pacifique et d'une collaboration cordiale, tout en gardant les caractères par lesquels ils se distinguent de la majorité »¹³⁷⁶. Le préambule de la DUDH de 1948 parle de la dimension collective de certains droits reconnus à l'être humain qui peuvent résulter de situation minoritaire. L'article 2 stipule en outre qu' « être membre d'une minorité ne peut justifier de dérogation ou limitation aux droits et libertés que fonde la déclaration sans distinction de race, de couleur, de religion, de sexe, d'opinion politique, d'organisation sociale, de naissance ou de toute autre caractéristique individuelle, ni sans distinction de statut du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante ». L'article 7 de la même déclaration protège toutes les personnes contre les discriminations. L'article 27 du PIDCP du 19 décembre 1966¹³⁷⁷ mentionne en outre que « Dans les Etats 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 ». Au côté de ces textes conventionnels, il convient de mentionner la déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques de 1993 adoptée par les Nations-Unies le 18 décembre 1992. Son article 1^{er} invite les Etats à « protéger l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs et à favoriser l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité »¹³⁷⁸.

Au niveau européen, la protection des minorités est devenue un élément de plus en plus important de la protection des droits de l'Homme au point que l'on peut parler de la construction pragmatique d'un corpus juridique européen en matière de droit des minorités.

¹³⁷⁴ VERHOEVEN, J., « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », R.T.D.H., avril 1997, n°30, p.177.

¹³⁷⁵ ROULAND, N., « L'émergence du droit des minorités et des peuples autochtones dans les conventions et traités internationaux », in ROULAND, N., (dir.), *Le droit à la différence*, AIX, P.U.A.M., 2002, 310 p., pp.191 et s.

¹³⁷⁶ C.P.I.J., 6 avril 1935, Avis relatif aux écoles minoritaires en Albanie, Série A/B, n°64, p.69.

¹³⁷⁷ Le pacte fut adopté le 16 décembre 1966 et est entré en vigueur le 23 mars 1976. La France l'a ratifié le 4 novembre 1980 et publié par décret n° 81-76 du 29 janvier 1981, J.O. 1^{er} février 1981, p.398. Les États-Unis l'ont signé en 1992 avec plusieurs réserves qui la rendent en grande partie non exécutoire.

¹³⁷⁸ YACOUB, Y., « Nations, minorités, communautés et états », in *L'Etat souverain à l'aube du XX^{ème} siècle*, colloque de Nancy, Paris, Pédone, 1994, p.107.

En effet, le droit européen semble se construire en système juridique autonome qui, selon I. Boev dispose de quatre éléments: d'un objet propre, la minorité nationale; de principes fondamentaux qui le structurent; d'un contenu normatif, comprenant les règles concrètes relatives à la protection des minorités ; enfin, des mécanismes d'application mis en place par ou auprès des trois principales institutions européennes¹³⁷⁹, l'Union Européenne, le Conseil de l'Europe, et l'OSCE¹³⁸⁰. Si l'on se réfère au droit de l'Union Européenne, on remarque que la Charte des droits fondamentaux de l'UE ne traite le phénomène minoritaire qu'implicitement en prônant le respect de la diversité culturelle, religieuse et linguistique dans son article 22¹³⁸¹ et l'interdiction de la discrimination ethnique ou d'appartenance à une minorité nationale dans son article 21¹³⁸². L'étude du droit du Conseil de l'Europe révèle qu'il convient d'opérer une distinction entre, d'une part, les traités internationaux qui consacrent des droits individuels comme la CEDH et, d'autre part, les recommandations qui confèrent des droits collectifs. Ainsi, la convention européenne des droits de l'Homme, principal cadre politique de la protection des droits de l'homme en Europe interdit dans son article 14 toute discrimination, notamment celle fondée sur l'appartenance à une minorité nationale¹³⁸³. Donc bien qu'un lien soit établi entre la protection des minorités et des droits individuels des droits de l'homme, ce texte reste peu efficace en matière de protection des droits des minorités.

Le conseil européen de Copenhague réuni les 21 et 22 juin 1993 a initié un cycle important en posant pour la première fois le respect des minorités et leur protection comme une condition essentielle à l'adhésion des pays en transition d'Europe de l'Est. Dans ce sens, les accords

¹³⁷⁹ BOEV, I., Thèse de doctorat, Règlement européen des problèmes minoritaires en Europe de l'Est. « Formation d'un corpus juridique relatif aux minorités et institutionnalisation de ses mécanismes d'application » soutenue en nov. 2003 à l'université de Nancy 2.

¹³⁸⁰ Notons que l'OSCE s'est également beaucoup impliquée dans la protection des minorités notamment depuis la fin de la guerre froide. La rencontre de Copenhague du 29 juin 1990 a été particulièrement importante puisque des mesures de promotions positives en faveur des minorités et le droit à la participation aux affaires publiques ont été évoquées. Voir Chapitre IV du document rédigé à l'occasion de la rencontre de Copenhague du 29 juin 1990. Pour autant, tout comme les recommandations de La Haye de 1996 relatives aux droits des minorités à l'éducation et les recommandations d'Oslo de 1998 concernant les droits linguistiques des minorités, ou encore celles de Lund de 1999 sur la participation effective des minorités nationales à la vie publique, ces déclarations traduisent davantage des annonces de volonté politique que de véritables avancées juridiques.

¹³⁸¹ L'article 22 intitulé « Diversité culturelle, religieuse et linguistique » dispose que « L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique. ». Journal officiel n° C 83 du 30 mars 2010.

¹³⁸² L'article 21 intitulé « Non-discrimination » dispose que « 1. Est interdite, 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 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. 2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite ». Journal officiel n° C 83 du 30 mars 2010.

¹³⁸³ Le protocole n°12 en date du 14 novembre 2000 ne change pas cette situation en garantissant une jouissance égalitaire des droits et libertés garantis par la CEDH aux membres des groupes minoritaires.

conclus avec les PECO depuis 1993¹³⁸⁴ mentionnent le respect des droits de l'homme y compris des minorités, confirmant ainsi que la protection des minorités fait partie prenante de la protection des droits de l'Homme¹³⁸⁵.

Par ailleurs, le conseil de l'Europe a adopté le 5 novembre 1992 la Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires qui pour la première fois adopte des dispositions claires et précises¹³⁸⁶. Toutefois, le premier instrument multilatéral spécifiquement consacré à la protection des minorités est la Convention Cadre du Conseil de l'Europe pour les minorités nationales de février 1995¹³⁸⁷. Il établit les bases d'un contrôle en obligeant les Etats signataires qui l'ont accepté à produire un rapport. Ce texte ne fait référence qu'aux minorités nationales sans en donner de définition. Ainsi, le Conseil de l'Europe a laissé toute latitude aux Etats pour définir ce terme et par conséquent. Il leur permet par conséquent de déterminer si la discrimination à l'encontre des membres de ces minorités est avérée et s'il y a donc violation des droits de l'Homme. Bien que ne concernant que les pays européens et n'étant pas assorti de véritables pouvoir de sanctions, la portée normative de ce texte reste importante. Elle est triple puisqu'elle vise tout à la fois :

-la non-discrimination

-la promotion de l'égalité entre les minorités nationales et la majorité

-la promotion des conditions de préservation et de développement de la culture, de la religion, de la langue, des traditions des minorités nationales, la liberté de la réunion, d'association, d'expression, de pensée, de conscience, d'accès à l'éducation et aux médias, la participation aux affaires publiques, à la vie politique, économique, culturelle et sociale.

2- Les hésitations françaises, ou une nation théoriquement aveugle aux minorités

En droit français, le terme « minorité » renvoie à une situation (la majorité politique) ou à un statut personnel (la majorité civile ou sexuelle) et ne se base donc pas sur des éléments identitaires, l'âge des personnes mis à part. Cette dénégation du groupe en tant que potentielle

¹³⁸⁴ Voir notamment l'accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Bulgarie, d'autre part, Journal Officiel n° 1 358 du 31 décembre 1994, p.3-222.

¹³⁸⁵ Voir RIEDEL, S., *Minorités nationales en Europe et protection des droits de l'Homme: un enjeu pour l'élargissement*, Politique étrangère 3/2002, 664 p., p. 647-664.

¹³⁸⁶ WOEHLING, J-M., « La promotion des langues régionales et minoritaires dans le projet de la Charte du Conseil de l'Europe, in PUIER, P., et WOEHLING, J-M., *Langue et droit*, Wilson et Lafleur, 1989, pp.133 et s.

¹³⁸⁷ La convention cadre pour la protection des minorités nationales du conseil de l'Europe fut adoptée n 1995, et est entrée en vigueur le 1er février 1998.La France n'est pas partie à ce traité.

minorité est sans nul doute, comme nous l'avons vu, le fruit d'une tradition révolutionnaire qui entendait porter l'individu citoyen face à l'Etat en condamnant tout corps intermédiaire. Cette conception individualiste des droits de l'homme a conduit à exclure des textes la notion de minorités et a par conséquent interdit toute appréhension juridique des minorités. Comme le soulève D. Lochak, comment alors traiter d'un sujet qui n'existe pas ? ¹³⁸⁸ La réponse ne peut être qu'ambiguë. Le sujet existe sans avoir d'existence légale explicite. Pour autant, l'absence de reconnaissance des minorités (a) n'en implique pas moins une reconnaissance de la situation objective des minorités (b).

a. La « non reconnaissance » de principe des minorités

L'Etat français dénie toute reconnaissance explicite du fait minoritaire. Cette position se manifeste à deux niveaux: d'abord dans le cadre du développement normatif national; ensuite par rapport aux textes internationaux qui font référence à des minorités.

En premier lieu, l'absence du terme de « minorités » dans les textes juridiques français cohabite avec une méfiance manifeste des juges de toute catégorisation dans ce sens. Néanmoins, comme nous l'avons déjà évoqué, cela ne signifie pas que les différences entre les individus ne soient pas du tout prises en considération. Toutefois les droits de ces personnes appartenant à certains groupes sont envisagés comme des droits catégoriels individuels. Le fait de vider le discours de sa dimension collective corrobore l'idée de démenti du fait minoritaire. C'est par exemple la position du Conseil d'Etat qui permet à des élèves qui en font la demande de bénéficier *individuellement*¹³⁸⁹ d'autorisations d'absences nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse »¹³⁹⁰.

Le fait qu'il n'y ait pas de minorité en France trouve son expression constitutionnelle dans l'article 1^{er} déjà mentionné, notamment rattaché au caractère indivisible de la République ainsi qu'à l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. Ainsi, et de manière plus que paradoxale, la négation du fait minoritaire s'explique

¹³⁸⁸ LOCHAK, D., «Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences » dans FENET, A., (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, 287 p., pp.111-183.

¹³⁸⁹ Souligné par nous.

¹³⁹⁰ C.E., Ass., 14 avril 1995, Consistoire central des israélites de France et autres, Rec., p. 171 et C.E., Ass., 14 avril 1995, Koen, Rec.,p.168. op.cit.

par cette non-discrimination découlant du principe d'égalité. Elle s'intègre dans une logique assimilationniste résultant d'une perspective individualiste du droit français.

En second lieu et se fondant sur le même dogme universaliste et égalitariste, l'Etat français applique sa réticence et sa politique de non-reconnaissance explicite des minorités et des droits qui pourraient lui être consubstantiel par un rejet qui concerne aussi bien des droits collectifs rattachés à des considérations ethniques, religieuses ou culturelles¹³⁹¹ que la mention même du terme minorité¹³⁹². En considérant que le concept de groupe est « fondamentalement incompatible avec les principes de la Révolution française »¹³⁹³, la France ne pouvait que faire un certain nombre de réserves aux principaux textes internationaux et européens. La première en date porte sur l'article 27 du PIDCP précité, au motif qu'il porte atteinte à l'article 2 de la Constitution¹³⁹⁴ en posant l'existence de minorités ethniques, religieuses ou linguistiques. Elle a été suivie d'un certain nombre de réserves telle que celle formulée à l'encontre de l'article 30 de la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant¹³⁹⁵ lequel mentionnait que les enfants avaient droit de parler leur langue régionale. L'avis du conseil d'Etat en date du 6 juillet 1995¹³⁹⁶ proposait au gouvernement auteur de la saisine d'apporter une réserve à la signature de la Convention-cadre pour la protection de minorités nationale du Conseil de l'Europe. Celui-ci arguait du fait que, non seulement la constitution prohibe les distinctions entre citoyens fondés sur certains critères, mais qu'elle refuse « l'exercice conjoint de droits fondés sur le même critère »¹³⁹⁷. C'est encore en invoquant le principe d'égalité corrélé au principe d'unicité du peuple français que le Conseil Constitutionnel fondera sa décision déclarera non conforme à la constitution la Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires¹³⁹⁸.

¹³⁹¹ Par exemple réserve à l'article 27 du PIDCP.

¹³⁹² Par exemple, refus de ratifier la convention cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe.

¹³⁹³ GUILLAUME, G., « Droit international des droits de l'homme », in *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Actes du colloque des 12 et 13 octobre 1989, Cahiers du C.E.D.I.N, n°5, Paris, Montchrestien, 1990, p.198.

¹³⁹⁴ Article 2 devenu article 1^{er} en raison de la révision constitutionnelle du 4 aout 1995.

¹³⁹⁵ La convention fut adoptée le 20 novembre 1989 et est entrée en vigueur le 2 septembre 1990. La France l'a ratifiée et publiée par décret n° 90-917 du 8 octobre 1990, J.O. 12 octobre 1990, p.12369. Elle a émis des réserves notamment en raison de l'article 30 qui porte sur le droit des enfants des minorités linguistiques et culturelles. Les Etats-Unis l'ont signé mais pas ratifié, notamment en raison de la prohibition de la peine de mort.

¹³⁹⁶ Avis du Conseil d'Etat, 6 juillet 1995, n°357.466, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1995.

¹³⁹⁷ *Ibid*, p.397.

¹³⁹⁸ Dans son consd. 5 il considère que « Ces principes fondamentaux 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 ». C.C. n°99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Rec. P.71, J.O. 18 juin 1999, p.8964. Voir par exemple DEBBASCH, « La charte européenne des langues régionales ou minoritaires compte des clauses contraires à la constitution », JCP, 1999, II, 10198 ; MELIN-SOUCRAMANIEN, F., « La République contre Babel », RDP, 1999, n°4, p. 985-1003.

b. La reconnaissance de la situation objective des minorités

La conception française a toutefois évolué dans la pratique. Néanmoins, les minorités continuent d'être occultées de la scène politico-juridique alors même qu'elles sont implicitement abordées sous l'angle de la reconnaissance des différences. Paradoxe de taille puisque ces différences sont à la fois identifiées par les pouvoirs publics et revendiquées par les groupes eux-mêmes. Comme le postule D. Lochack, « le refus de principe de la différence, jamais démenti, coexiste de plus en plus nettement avec une gestion pragmatique des différences qui sont désormais non plus seulement tolérées mais reconnues, voir institutionnalisées »¹³⁹⁹. L'application directe du droit communautaire dans l'ordre juridique interne favorise certainement cette tendance¹⁴⁰⁰.

La reconnaissance implicite du phénomène minoritaire par le droit français s'est donc effectuée par pallier aboutissant, pour reprendre un terme utilisé par S. Romano, à une certaine « relevance des normes » de certains groupes¹⁴⁰¹. C'est-à-dire que l'ordre juridique national français a peu à peu tenu compte des ordres juridiques spécifiques de certains groupes. On peut à ce titre parler d'acculturation juridique conduisant à des phénomènes différents, non exclusifs les uns des autres à savoir: une assimilation des ordres particuliers par l'ordre juridique national, la coexistence de deux ordres articulés, ou encore un syncrétisme institutionnel et juridique conduisant à une autolimitation du droit national.

Le fait que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁴⁰², même s'il ne remet pas en cause le fondement

¹³⁹⁹ LOCHACK, D., « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences », in *les minorités et leurs droits* depuis 1789 (collectif), L'Harmattan, 1989, op.cit 261., pp.111-185, p.111

¹⁴⁰⁰ Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat, C.E. 20 octobre 1989, Nicolo, concl. P. Frydman, *Revue française de droit administratif*, 1989, p.813.

¹⁴⁰¹ ROMANO, S., *L'ordre juridique*, 1946, trad.fr.Dalloz, 1975 cité dans LOCHACK, D., *Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences*, in *les minorités et leurs droits* depuis 1789 (collectif), op.cit., p.123

¹⁴⁰² CC. n° 87-232 DC du 07 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse nationale du Crédit agricole*, RJC I-317. Notons que cette formule a connu une légère modification avec l'ajout de la mention direct apposée au terme

individualiste du droit, permet la construction de statuts dérogatoires. Ceux-ci se fondent sur l'appartenance à des groupes sociaux spécifiques. Les critères de cette appartenance ne sont pas toujours explicites, afin de ne pas entrer en concurrence avec les éléments différentialistes interdits par le texte constitutionnel précédemment cité. Néanmoins, sous couvert de caractéristiques historiques, géographiques, ou encore économiques, les dimensions ethnoculturelles¹⁴⁰³, sont implicitement prises en considérations.

Ainsi, et comme nous le verrons ultérieurement, les minorités sont implicitement reconnues par la gestion des différences, et plus précisément par l'institutionnalisation de certains groupes. Le droit des minorités apparaît dès lors comme sublimé dans le principe d'égalité vu que c'est « toute la force et le paradoxe du principe d'égalité tel qu'il est appliqué en France, de défendre les expressions minoritaires en refusant la création d'un droit des minorités »¹⁴⁰⁴.

3- L'ambivalence américaine, entre reconnaissance et limitation

Les minorités en tant que groupes formellement reconnus et détenteurs de droits sont d'apparition récente aux Etats-Unis, en dépit de la prise en considération dès les prémises de la nation américaine de la question des groupes, des indiens et des noirs en particulier. Si l'on se réfère à la genèse fédérale, les référendums ont de tout temps appréhendé les populations vivant sur le territoire américain en vertu de classifications déterminées en fonction de considérations ethnico raciales et/ou nationales¹⁴⁰⁵.

Toutefois, avant les années 1960, il n'y a eu aucune catégorisation juridique en soi des minorités, qu'elles soient ethnico raciales ou sexuelles. Cette absence ne signifie pas que la question des minorités n'ait jamais été envisagée auparavant en tant que possible catégorie. Par exemple, l'opinion majoritaire formulée par juge Stone dans *United States v. Carolene Products*¹⁴⁰⁶, parle de *discrete and insular minorities*¹⁴⁰⁷ lesquelles peuvent être définies comme « tout groupe social porteur de traits relativement indélébiles, tels la langue, la

« en rapport ». CC. Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996 Diverses dispositions d'ordre économique et financier, RJC I-668.

¹⁴⁰³ Que certains appelleront plutôt socioculturelles KOUBI, G., *Droit et minorités dans la République française*, op.cit.

¹⁴⁰⁴ *L'égalité*, Rapport public 1996, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n°48, Paris, La documentation française, 1997, p.73.

¹⁴⁰⁵ Voir *supra*, p. , le développement des catégories dans le recensement.

¹⁴⁰⁶ C.S., *United States v. Carolene Products*, 304, US 144 153, n°3 (1938).

¹⁴⁰⁷ Minorités insulaires et irréductibles (Notre traduction).

religion, la fidélité à des traditions ancestrales, et dont les membres ne sauraient pour ce motif se fondre dans une population homogène apte à générer des majorités flexibles et changeantes »¹⁴⁰⁸. Toutefois, la formalisation d'une réelle reconnaissance juridique des minorités découle de la révolution des droits civiques. Bien qu'elle ait d'abord concerné les populations noires dont le dispositif initial de discrimination positive en faisait les bénéficiaires principaux, cette politique de reconnaissance, voire de véritable institution de groupes minoritaires ethnico raciaux, va bénéficier à d'autres groupes.

Ainsi, aux Etats-Unis, la reconnaissance explicite des minorités est allée de pair avec le souci d'instaurer un système effectif et cohérent de non-discrimination. Précisément, ce droit à la non-discrimination est progressivement devenu une politique de sécurité nationale¹⁴⁰⁹. Moyen de légitimation à l'heure où les Etats-Unis aspiraient à être un leader mondial et où la lutte contre les régimes racistes nazi et japonais était à son comble, la référence à cette notion fut motivée par la ratification de la Déclaration du 10 décembre 1948 laquelle pose une éthique de non-discrimination¹⁴¹⁰. Pour autant, elle avait un ancrage antérieur, en raison de la signature de l'*executive order 8802* par Roosevelt le 28 juin 1941. Ce dernier interdisait en effet la discrimination dans l'emploi dans le gouvernement et dans les industries de guerre, sur la base de la race, de la couleur et de l'origine nationale¹⁴¹¹. La place centrale conférée au dispositif de non-discrimination sera accentuée par la décision de la Cour Suprême *Shelley v. Kraemer* de 1948¹⁴¹², elle-même confirmée en 1950¹⁴¹³. Elle faisait explicitement de la protection des droits civiques un problème de sécurité nationale. Cette catégorisation des droits civiques, et en premier lieu des droits civiques des noirs marque un élément majeur de la révolution des droits des minorités.

C'est dans ce contexte de non-discrimination que s'est mis en place le dispositif de discrimination positive dite d'*affirmative action*¹⁴¹⁴. Précisément, c'est sur la base de ce

¹⁴⁰⁸ RIGAUX F., « Le droit à la différence aux Etats-Unis d'Amérique », in ROULAND, N., Le droit à la différence, op.cit., pp. 46-70 p. 46. Voir aussi note de bas de page 4 de l'opinion de la cour lue par le juge Stone, in ZOLLER, E., *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp.499-505, p.505. Voir aussi ERLER, EDWARD J., *Equal Protection and Personal Rights: The Regime of the Discrete and Insular Minority*. Georgia Law Review 1982, 16 pp. 407-444.

¹⁴⁰⁹ DSKRENTNY, J.D., op.cit., p. 21

¹⁴¹⁰ BERGER, J., *A new deal for the world: Eleanor Roosevelt and American Foreign Policy*, New York: Columbia University Press, 1981, 177p., pp. 68-73.

¹⁴¹¹ Cette mesure sera accompagnée de la création d'un Committee on Fair Employment Practices (FEPC) qui a pour mission d'enquêter sur les plaintes. Russel Rley, *The Presidency and the politics of Racial Inequality*, New York: Columbia University Press, 1999, 400p., pp. 145-154.

¹⁴¹² C.S., *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S.1 (1948).

¹⁴¹³ C.S., *Henderson v. United States*, 339 U.S. 816 (1950).

¹⁴¹⁴ Pour une définition du terme voir *infra* p. 415-425.

mécanisme correcteur que vont être définis pour être institutionnalisés des groupes raciaux et sociaux. Ainsi, la juridisation des minorités résulte principalement du développement de la discrimination positive dans les trois domaines concernés : l'emploi, l'entrepreneuriat privé et l'admission dans les universités. Les noirs, puis les *Latinos*, les *Asian-Americans*, les *American-Indians* et les femmes ont été les bénéficiaires de ces droits.

Par voie de conséquence, à partir d'un mécanisme juridique qui visait à promouvoir les droits civiques et à lutter contre les discriminations, la notion de minorité est passée d'un registre sociologique à une catégorie juridique. Le *Truman's President's Committee on Civil Rights* (PCCR) a dans ce sens défini la minorité « comme un groupe qui est traité ou se regarde lui-même comme un peuple à part ». Le *EEOC* à travers le formulaire EEO-1 institutionnalise alors la reconnaissance des minorités en identifiant celles qui vont bénéficier du dispositif de discrimination positive. Le choix se fera sur la base du titre VII. L'analogie entre la situation des *blacks*, des *latinos*, des asiatiques et des indiens va donner naissance à des groupes institutionnalisés et figés. Cette officialisation des minorités raciales et ethniques a dès lors généré une fixation identitaire qui contribue à ce que le juge Stone nomma the *discrete and insular minorities*¹⁴¹⁵.

A la question de savoir si les classifications raciales bénéficient aux minorités¹⁴¹⁶, on pourrait donner deux réponses contradictoires. Le développement du contrôle *Strict Scrutiny* dégagé dans les jurisprudences *Richmond v. J.A. Croson Co.*¹⁴¹⁷ Et *Adarand Constructors, Inc v. Peña*¹⁴¹⁸ pour apprécier la constitutionnalité des programmes gouvernementaux d'*affirmative action*, s'avère souvent fatal. Il met en effet en tension la garantie offerte aux individus par le 14^{ème} amendement avec la prise en compte de la race au bénéfice des personnes appartenant aux minorités, pour enrayer des discriminations du passé. Celle-ci est résolue par le primat des droits individuels sur les droits collectifs que le contrôle *strict scrutiny* garantit¹⁴¹⁹. Nonobstant cette tendance à la remise en cause de la discrimination positive basée sur la

¹⁴¹⁵ Voir *supra* p. 323.

¹⁴¹⁶ Idée formulée par CHEMERINSKY qui titre « *Racial discriminations benefiting minorities* ». CHEMERINSKY, E., *Constitutional law*, 2nd éd., New York, Aspen Publishers, 2005, 1574p., p.706.

¹⁴¹⁷ C.S., *Richmond v. J.A. Croson Co.* 488 U.S. 469 (1989),

¹⁴¹⁸ C.S., *Adarand Constructors, Inc v. Peña*.

¹⁴¹⁹ Le juge Thomas dans la décision *Adarand* énonce « In my mind, government-sponsored racial discrimination based on benign prejudice is just as noxious as discrimination inspired by malicious prejudice. In each instance, it is racial discrimination, plain and simple ». cité in CHEMERINSKY, E., *Constitutional law*, op.cit, p.721. Cette position est controversée par ceux qui estiment qu'il faille différencier entre les politiques du gouvernement qui favorisent les minorités et celles qui les désavantagent. *Ibid.*, p.721.

race¹⁴²⁰, l'usage de celle-ci reste opérant et bénéfique pour les minorités dans au moins deux domaines: le premier est relatif à l'admission dans les collèges et université, en tant que promotion de la diversité, pour autant que la race ne soit pas un facteur exclusif d'appréciation¹⁴²¹; le second a trait au redécoupage des districts électoraux pour accroître la représentativité des minorités. Dans ce sens la décision *Easley v. Cromartie*¹⁴²² opère une distinction entre l'utilisation de la race dans le sens politique pour rendre la démocratie effective dans les districts et dans le sens de la discrimination positive afin de promouvoir la qualité de vie des minorités dans un district donné¹⁴²³.

En conséquence, l'évolution du droit américain va vers une indifférenciation progressive des minorités, y compris dans les programmes de discriminations positives, remettant semble-t-il en cause l'existence d'un droit des groupes.

La reconnaissance implicite de catégorisations identitaires, dans les deux contextes d'analyse, renforce la diversité statutaire explicitement reconnue et essentiellement basée sur des critères territoriaux, historico-culturels ainsi que sur un statut établi au regard de la nationalité. Ce cadre révèle que la nation, en France et aux Etats-Unis a traduit juridiquement la diversité des populations qui la compose.

¹⁴²⁰ Il se dégage en effet un consensus selon lequel l'affirmative action n'est plus justifiée sur la race ou le genre seulement mais sur la classe économique. FISCHER, L., HARRIGER, K., J., *American constitutional law*, op.cit. p. 822.

¹⁴²¹ C.S., *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) et *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003). Voir CHEMERINSKY, E., *Constitutional law*, op.cit, pp.722-747.

¹⁴²² C.S., *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234 (2001). *Ibid*, pp. 748-751.

¹⁴²³ *Ibid*, p. 748.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

La nation est bel et bien une réalité qui n'a cessé d'évoluer et de se redéfinir à partir d'éléments exogènes et endogènes. Elle reste une donnée tangible, un élément de référence structurant des contextes français et américain. Développée et sans cesse régénérée par la diversité des populations, la nation se trouve au cœur d'un processus de reconstruction permanente de l'identité nationale, intégrant perpétuellement des éléments externes en les traduisant préalablement selon des critères définis par elle. La notion de « continuité de la vie de la nation » examinée par le Conseil constitutionnel ¹⁴²⁴ témoigne bien de l'idée d'héritage et de prolongement (continuité) mais aussi de dynamisme d'un cycle¹⁴²⁵.

En effet, la nation en France et aux Etats-Unis s'est construite sur des bases historiques différentes mais avec des principes fondateurs républicains d'universalisme et d'unité similaires. Les phénomènes coloniaux et migratoires, caractéristiques communes aux deux histoires nationales et leur approche normative ont contribué au développement du cadre national. Le corpus juridique bâti autour, par et pour la gestion de la diversité démographique de la population a conduit dans les deux contextes à la définition de statuts spécifiques. Assurément, le droit, dans sa fonction constituante et « légitimante » de la nation, a eu à connaître de la diversité croissante appréhendée tout autant en termes de quantité que de contenu. Saisie par le droit, cette diversité, en tant que fait social, a été à la source de changements juridiques significatifs. Sa gestion pratique a en effet suscité la production de textes législatifs et réglementaires, ainsi que parfois des accommodements constitutionnels. Si

¹⁴²⁴ La continuité de la vie de la Nation a été pour la première fois relevé par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, relative au protocole n° 6 de la CEDH relatif à la peine de mort. Voir FAVOREU, L., « La décision du 23 mai 1985 du Conseil constitutionnel relative au 6e protocole additionnel et la Convention européenne des Droits de l'homme (abolition de la peine de mort) », *In Annuaire français de droit international*, volume 31, 1985. pp. 868-875. Le conseil s'y est ensuite référé dans la décision du 25 juillet 1991, «Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991. La continuité de la vie de la Nation peut être rapprochée de la continuité de la vie nationale, mentionnée dans la Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances. Cette dernière engloberait ainsi à la fois la continuité des services publics et la continuité des pouvoirs publics. BERTILE V. *et al.*, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel » 1er octobre-31 décembre 2001, *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/1 n° 49, p. 151-198.

¹⁴²⁵ Entendu dans l'idée de cycle de vie.

cette organisation de la nation face à la diversité ethnoculturelle a pris des formes différentes en France et aux Etats-Unis, elle constitue toutefois un processus commun aux deux ensembles nationaux.

Ainsi, après avoir envisagé la diversité comme un fait, traduction de la réalité de la condition identitaire des deux pays, nous verrons la diversité envisagée comme un idéal que la nation a construit *ad hoc* pour répondre et parfois reconnaître cette diversité sociologique. Cette construction juridique empirique exprime une certaine vision de la nation et conditionne la manière dont elle va accepter des différenciations tout en garantissant un système unitaire, respectueux de ses principes fondateurs.

Construites tout à la fois contre et par la diversité ethnoculturelle, les nations française et américaine ont par conséquent été conduites à questionner leurs principes républicains et à moduler la représentation conceptuelle de leur corpus juridique. Cherchant à faire évoluer les principes afin de ne pas procéder à leur remise en question, la France et les Etats-Unis ont construits deux modèles singuliers de société multiculturelle. Néanmoins, des similitudes dans les processus, les mécanismes et ou dans les résultats sont observables. Les ressemblances les plus notables concernent l'adaptation du principe d'égalité et l'élasticité du principe d'universalité face à la prise en compte des identités ethnoculturelles. Ainsi, se trouvent ré-envisagés l'indivisibilité présupposant un droit uniforme, l'égalité envisageant un droit identique pour tous et la laïcité posant un droit neutre. Cette remise en question ne se situe pas non pas tant au niveau de leur finalité mais dans les moyens de leur mise en œuvre.

Objet et sujet de transformation, les nations française et américaine n'ont point abouti leur quête de cohérence et de cohésion, articulant effectivement unité et respect de la diversité. Au manque de volonté politique se couple la complexité juridique d'une telle reconnaissance. Les choix nécessaires pour effectuer cette mutation engendrent une série de conséquences, parfois délicates à articuler les unes avec les autres. Les transformations réalisées aux Etats-Unis après la décennie des années 60, les revirements et les questionnements incessants qui depuis lui sont subséquent, en soulignent la difficulté.

Néanmoins, si l'on se rattache à la mention de Sénèque, on pourrait arguer que c'est parce que nous ne les affrontons pas que les choses sont difficiles. En outre, difficile ne signifie pas insurmontable. Dans cette optique, nous proposons à présent d'envisager une nouvelle appréhension de la nation à la lumière de la diversité ethnoculturelle.

SECONDE PARTIE :
UNE NOUVELLE APPREHENSION
DE LA NATION
INTEGRANT LA DIVERSITÉ ETHNOCULTURELLE

« Unifier, c'est nouer mieux les diversités particulières »

Saint-Exupéry

Il est des notions qui revêtent d'abord une normativité formelle avant d'acquiescer une normativité réelle¹⁴²⁶. Avec la diversité et le postulat d'un principe de diversité, nous nous trouvons dans le schéma inverse. Tel qu'il en résulte de notre analyse préalable, le fonctionnement social de la diversité semble indéniable alors même que sa normativité entendue dans un sens positiviste n'est pas effectivement établie. Or, cette diversité « patente, durable, structurale »¹⁴²⁷ appelle bel et bien à une nouvelle appréhension de la nation. Et cette redéfinition de la nation, centrée sur le principe de diversité, induit *a priori* une *juridicisation* de ce terme, afin de lui donner un contenu normatif¹⁴²⁸, positif¹⁴²⁹. Ainsi, on s'accorde avec F. Palermo pour qui « *there is a need for more sophisticated legal instruments so as to accommodate diversity in pluralistic societies, at least within the Western legal tradition* »¹⁴³⁰.

En effet, l'évolution des nations française et américaine, leur adéquation grandissante à la diversité revendiquée de façon forte, implicitement ou explicitement par les populations vivant sur leur territoire, conduit à envisager un cadre nouveau. Au sein de celui-ci, pourraient alors s'harmoniser la reconnaissance de la diversité des individus composant la nation avec l'unité reconquise de la nation. Ce qui pour certains ne relèverait que de la prospective juridique, notamment en France, n'en est pas moins un processus largement amorcé, notamment à travers l'évolution ou plus exactement la reconsidération du principe d'égalité.

Bien que nous assistions à une remise en cause de l'Etat nation, à la fois de l'Etat nation français et du modèle français d'Etat nation¹⁴³¹, ce cadre politico juridique demeure encore le

¹⁴²⁶ VARGA, C, « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, 1973, t.18, p.231.

¹⁴²⁷ FRAUDEL, F., *L'identité de la France*, Paris, Arthaud-Flammarion 1986, t.2, p.243, cité par ROULAND, N., « *Les politiques juridiques de la France dans le domaine linguistique* », R.T.D.C. 1998, p.520.

¹⁴²⁸ Par normatif on entend le fait pour la diversité de devenir une norme, source de droits et d'obligations. G. TREMBLAY décrit la production normative comme « *le fruit d'une pluralité de forces et d'initiatives de sources diverses qui ne convergent pas nécessairement en fonction des seuls intérêts étatiques ou nationaux* », in G. TREMBLAY, G., « Le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine: du pluralisme juridique au constructivisme », (2000-2001), 32, *Revue de droit* 155, § 28.

¹⁴²⁹ Par cette expression est envisagée l'incorporation de la diversité dans le corpus du droit positif, droit effectivement en vigueur et pouvant être sanctionné.

¹⁴³⁰ Il y a un besoin de plus d'instruments légaux sophistiqués afin d'accommoder la diversité aux sociétés plurielles, au moins dans la tradition juridique occidentale (Notre traduction). PALERMO, F. « *Accommodating differences: the present and future of the law of diversity. An introduction* », op.cit., p.1.

¹⁴³¹ De nombreux auteurs parlent de crise de l'Etat Nation. Aussi, la mort de l'Etat Nation est annoncée. OHMAE, K., *The end of the Nation State: the rise of regional economies*, Harper Collins, 1995. Pour autant, on peut s'interroger avec B. BADIE sur le fait qu'il s'agirait plus d'une transformation de l'Etat que d'une fin, même si l'auteur note que « *L'intégration par la citoyenneté semble faire faillite* », BADIE, B., *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1995, 276p., p. 133. Voir également MANN, M. *Nation-State: Death or transfiguration ? Europe and the world*, Le Débat, Université Californie, 1995, n° 84, pp. 139-169 (dissem.), pp. 49-69, Les Mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXIe siècle; actes du séminaire Universités pour la démocratie (UniDem) organisé à Nancy du 6 au 8 novembre, 1997, 1998, 427p. Kenichi Ohmae, *De l'Etat-nation aux États-régions*, Dunod, 1996 ; HABERMAS J., « 2000, Après l'état nation », Paris,

cadre privilégié du développement normatif. La « corrélation désirable entre la réalité et le droit »¹⁴³², conduit alors le législateur à jouer son rôle de sacerdoce si cher à Portalis¹⁴³³. En endossant un rôle pro actif ou en étant à l'écoute des évolutions sociétales, le corpus juridique se présente comme étant à-même de résoudre « cette grande contradiction (...) entre la revendication d'égalité (...) et cette revendication du droit à la différence ou au particularisme »¹⁴³⁴. Par conséquent, selon la formule de J.-J. Rousseau, il s'agit alors d'« allier (...) ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit »¹⁴³⁵.

Ainsi, la gestion de la diversité ethnoculturelle appelle à une reconsidération des principes fondateurs et fondamentaux de la nation. La prise en compte progressive de la diversité ethnoculturelle dans le corpus juridique français et américain, à des niveaux variables mais avec un certain parallélisme, a engendré une adaptation des règles républicaines pour aboutir à une gestion pragmatique de la diversité. L'appréhension normative de la diversité a conduit à une articulation des principes républicains avec un droit différentialiste. Ainsi, garants de l'unité nationale, les principes d'égalité et d'universalité se trouvent confrontés à un système de prise en compte de la différence. La gestion de la diversité ethnoculturelle, articulée avec les principes fondateurs républicains, conduit à des mutations juridiques importantes qui donnent une nouvelle image de la nation. Dans ce cadre, nous pourrions nous demander si la reconnaissance d'un principe de diversité ne serait pas une condition de la garantie de l'unité nationale, dans le cadre d'une nation plurielle. Si la consécration constitutionnelle d'un principe de diversité semble faire défaut, le développement d'un principe de diversité reposant sur le principe d'égalité pourrait être développé en France comme aux Etats-Unis. Il favoriserait alors une conciliation effective des principes fondateurs et unificateurs avec une

Fayard. Geneviève Nootens, «État et nation: fin d'un isomorphisme? », *Politique et Sociétés*, vol. 21, n° 1, 2002, p. 25-41. Par rapport à l'influence de l'Union Européenne, voir VANDELLI, L., « La fin de l'Etat-nation ? », *Revue française d'administration publique*, op.cit. Sur la crise du compromis historique qui s'était réalisé au niveau de l'État-nation. Un article de THÉRIAULT, J.Y., « La société globale est morte... vive la société globale! », in la revue *Cahiers de recherche sociologique*, no 28, 1997, pp. 19-35. Montréal, Département de sociologie, UQAM.

¹⁴³² VARGA, C., « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques », op.cit., p.237.

¹⁴³³ « Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes faites pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ». PORTALIS, « Discours préliminaire du code civil », Extraits, http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/portalis_discours_code_civil.htm, Consulté le 01.01.2011.

¹⁴³⁴ BRAIBANT, G., « Débat » (A la suite de son intervention, « le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat »), in Conseil constitutionnel, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil Constitutionnel, Paris, P.U.F., coll. : « Recherches politiques », 1989, p.120.

¹⁴³⁵ ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, (1762), Pluriel, Livre premier, 1978, p.157.

reconnaissance de la diversité ethnoculturelle, au moins au travers de deux options: celle d'un contrat social formulé autour du multiculturalisme, assumant un droit de la différence; celle d'un contrat social fondé sur une certaine « laïcité de la diversité »¹⁴³⁶, reposant sur un droit de l'indifférence. Le choix conscient en faveur d'un des deux modèles permettrait de garantir la gestion de la diversité ethnoculturelle dans le cadre de la nation de façon cohérente et constructive.

Ainsi nous verrons en premier lieu l'articulation entre l'unité de la nation et la diversité culturelle (Titre I) avant de nous intéresser au maintien de l'unité de la nation par une reconnaissance mesurée de la diversité ethnoculturelle (Titre II).

¹⁴³⁶ Ce terme sera explicité en *infra* p. 559.

TITRE I :

LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE, UN DEFI POUR LA NATION

La mise en relation de la nation et de la diversité interpelle inmanquablement le principe d'égalité tout autant que celui de différence. Combiner deux notions *a priori* difficilement conciliables ne signifie pas s'évertuer à tenter l'impossible. Il s'agit plutôt de saisir l'étendue de chacune des deux nations et d'en rechercher les éléments malléables, ceux qui peuvent être désarticulés et recomposés sans désintégrer l'ensemble auxquels ils se réfèrent. Accordons-nous alors avec N. Rouland pour qui l'unité du monde devrait se faire « non par l'uniformité mais par la gestion de l'hétérogénéité »¹⁴³⁷. Cette posture ne doit pourtant pas conduire à éluder l'importance des enjeux, l'ampleur des défis, la pluralité des difficultés et des contradictions inhérentes à la gestion de la diversité dans un cadre national unifié, couplée d'une dimension unitaire en France.

Réalité historique et sociologique, la diversité est en France comme aux Etats-Unis saisie par le droit, ce qui a conduit parallèlement à une mutation du droit. Inaboutie, aux effets parfois contradictoires, souvent en conflit avec les principes républicains fondateurs, l'articulation entre nation et diversité ethnoculturelle a généré un corpus juridique complexe dans les deux pays. Il se caractérise en premier lieu par une gestion pragmatique de la diversité, tendant à orchestrer cette donnée sociologique, et donc à l'aménager par le canal du droit dans le cadre républicain (Chapitre I). En second lieu, il induit une adaptation mutuelle et constante des principes fondateurs et fondamentaux des deux Etats-nations républicains (Chapitre II).

¹⁴³⁷ ROULAND, N., *La tradition juridique et la diversité culturelle*, Rapport adressé à la commission française pour l'UNESCO, le 27 avril 1993, p. 382.

CHAPITRE I- DES REACTIONS AD HOC A LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE

Nous tâcherons à présent d'envisager comment l'Etat organise, aménage la diversité ethnoculturelle et s'accommode d'elle, à travers la constitution d'un corpus normatif spécifique. Cette analyse donne un éclairage saisissant sur la façon dont l'Etat vit cette diversité c'est-à-dire comment, d'une part, il agit face aux différences identitaires définies sur une base ethnoculturelle et d'autre part, il organise en son sein ces relations identitaires.

Ainsi, l'Etat nation gère à travers son corpus juridique sa relation avec les différentes catégories de populations, pour ne pas parler des différents groupes de personnes, tout autant qu'il intervient dans la gestion même des relations et rapports entre ces groupes. Dans le premier cas de figure, l'Etat pose l'idée d'une majorité définie sur la base d'un critère de nationalité, linguistique et culturel. Or cet élément culturel renvoie à une tradition historique, à des principes unificateurs tout autant qu'à des références religieuses et parfois ethnico-raciales. C'est à cette société majoritaire que les personnes caractéristiques de la diversité doivent s'assimiler et/ou s'intégrer. C'est également par rapport à cette majorité que des groupes vont être définis en tant que « groupes minoritaires ».

En outre, l'Etat est conduit plus ou moins directement à orchestrer les relations entre les groupes identitaires. Cette intervention l'amène à deux positions, non exclusives l'une de l'autre: d'une part, à se poser comme un arbitre, garant de l'égalité institutionnelle et non-discriminatoire; d'autre part, à jouer un rôle actif visant à compenser les déséquilibres entre les groupes. Par conséquent, nous analyserons à la fois l'attitude de l'Etat face aux différences identitaires et son action pour mieux réguler les différences entre les groupes ethnoculturels.

Nous verrons ainsi la façon dont s'est traduite en France et aux Etats-Unis la reconnaissance d'une structure ethnique posant pour référent le modèle de la majorité (Section 1). En second lieu nous envisagerons la position des deux Etat-nations afin de garantir des relations inter-identitaires non-discriminatoires notamment par une action positive dans le sens d'un différentialisme universaliste (Section 2).

Section 1-L'existence d'une ethnicisation des rapports sociaux

Parler de diversité dans le cadre juridique revient à envisager deux possibles: des éléments divers égaux, et des éléments divers non égaux. Autrement dit, la diversité peut avoir à s'exprimer dans une similitude à la fois d'expression, de traitement et au final de situation. Au contraire, elle peut se manifester par une différenciation, et partant de là, par le biais d'une hiérarchisation des éléments caractérisant cette diversité. Dans le cas où des différences existent que ce soit dans l'accès à la communication, dans la prise en considération des droits et prérogatives ou encore en matière d'égalité des chances, on peut alors postuler une structuration pyramidale de la société. Parler de différenciation statutaire induit alors de penser la société sur une base au moins duale, préposant une majorité à laquelle se confrontent une, voire des, minorités. Ainsi, bien au-delà de la référence à un groupe majoritaire, l'insertion dans la société semble ne pouvoir passer que par l'adhésion et/ou l'adéquation à un modèle majoritaire.

Cette situation de déséquilibre potentiel entre les différents éléments de la diversité se traduit dans l'espace public à travers les canaux habituels de revendication sociale et politique. Face à cette situation, l'Etat est à même de jouer un rôle afin d'équilibrer les différentes composantes faisant la diversité ou tout au moins d'harmoniser les relations inter-identitaires. L'Etat démocratique occidental contemporain s'appréhende en effet comme la manifestation d'un consensus entre l'expression d'une majorité et de minorités. Toutefois, ces notions de majorité et minorité sont principalement envisagées en terme électoraux, c'est-à-dire partisans, et non explicitement en fonction de référents identitaires. Il s'agit donc d'une adhésion, *a priori* libre, à des idées et programmes politiques et non d'une inscription identitaire, largement induite, subie plutôt que choisie. Néanmoins, comme nous l'avons précédemment analysé, l'Etat nation en France et aux Etats-Unis a une identité, définie tant par les différentes composantes de la société que par leur articulation identitaire, plus ou moins souple. Or l'Etat nation propose dans les faits et à travers le canal du droit une identité spécifique, certes modulée par les évolutions sociétales, mais tout de même caractérisée par une certaine permanence. Celle-ci résulte indéniablement d'éléments identitaires fortement déterminés par une majorité de personnes, liées entre elles par des considérations culturelles, voire culturelles, linguistiques ou ethniques. A cette majorité implicitement définie sur des bases ethnoculturelles, s'opposent des minorités, qui même si elles ne sont pas juridiquement

reconnues, n'en constituent pas moins des groupes qui doivent s'intégrer et/ou s'assimiler et eux-mêmes être assimilés au modèle dominant.

Ainsi, si l'on parle d'intégration ou d'assimilation dans le cadre de politiques publiques, c'est que l'on définit la société à travers le prisme d'un modèle dominant, imprégné du sceau d'une majorité¹⁴³⁸. Si l'on s'accorde sur un modèle national incarné par une majorité, auquel il convient de se rattacher et se conformer pour jouir de l'assimilation/intégration, on accepte *de facto* l'existence de minorités. Cette acceptation est rejetée par la France qui ne connaît pas de minorités sur son territoire, et donc, n'envisage pas de majorité définie sur la base de référents ethnoculturels. Pour autant, le Haut Conseil de l'Intégration n'hésite pas à parler de « population majoritaire » par opposition aux immigrés ou aux descendants d'immigrés¹⁴³⁹. Aux Etats-Unis, si l'on en croit la décision *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁴⁴⁰, la population américaine ne comprendrait aucune «majorité monolithique» puisque la «majorité» blanche est elle-même composée d'une variété de groupes minoritaires, dont la plupart peuvent faire état de pratiques discriminatoires autrefois exercées à leur encontre par les pouvoirs publics ou par des acteurs privés » (...) « les concepts de "majorité" et de "minorité" [ne] reflèt[e]nt [que] des arrangements temporaires»¹⁴⁴¹.

Dans ce contexte fort problématique, nous nous attacherons néanmoins à analyser la référence au modèle posé par la « majorité » en France et aux Etats-Unis et ses implications juridiques (§1) avant de nous intéresser à la problématique des droits des groupes dits minoritaires (§2).

¹⁴³⁸ Notons qu'Aristote caractérisait la démocratie par « l'égalité par le nombre », relevant aujourd'hui du fait majoritaire. Voir -FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PENA-SOLER, A., PFERSMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J. , *Droits des libertés fondamentales*, op.cit., p.381.

¹⁴³⁹ Il énonce par exemple : « Le Haut Conseil relève un chiffre selon lui très marquant de la réalité de l'intégration des immigrés dans notre pays, au regard des exemples étrangers : 65% des descendants d'immigrés vivent en couple avec des personnes de la "population majoritaire". De façon générale, ce sont les hommes descendants d'immigrés qui épousent des femmes de la population majoritaire ». « La France sait-elle encore intégrer les immigrés ? » *Bilan de la politique d'intégration en France depuis vingt ans et perspectives*. Rapport du HCI, Décembre 2010, 144p.p.25. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000211/0000.pdf>, Consulté le 31.08.2011.

¹⁴⁴⁰ C.S., *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), Voir *supra* p. 268. Voir également Annexe n° 18. La cour déclara inconstitutionnels les quotas raciaux pour le recrutement d'étudiants. Elle réaffirme alors le primat de la justice individuelle sur une justice réparatrice en faveur des groupes. Voir ZOLLER, E., *Grands Arrêts de la Cour Suprême*, op.cit., pp.917-944.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 295.

§1- La référence au modèle posé par la « majorité » en France et aux Etats-Unis

Poser l'existence d'une majorité culturelle, bien souvent attachée à une majorité décisionnelle, politique et économique semble relever de l'évidence, tant en France qu'aux Etats-Unis. C'est par rapport aux valeurs d'une société, au consensus majoritairement apprécié que se définit la notion d'adhésion à la société. Les concepts d'assimilation et d'intégration, mais on pourrait aussi parler d'insertion, découlent de cette référence et de l'expression d'une certaine loyauté au corpus général.

Pour autant, si les idées d'assimilation et d'intégration sont comprises, il n'est guère aisé d'en trouver une définition claire. En réalité, ces concepts recourent des réalités distinctes et traduisent des logiques différentes de part et d'autre de l'Atlantique. Toutefois, il est plus que nécessaire de partir de définitions de base, suffisamment générales pour nous servir de références communes tout en étant assez précises pour ne pas amalgamer assimilation et intégration. Aux confins de considérations sociopolitiques et juridiques, les concepts d'assimilation et d'intégration ne sont pas des notions juridiques *stricto sensu* bien que leurs caractéristiques soient saisies par le droit.

Ainsi, l'assimilation s'entend comme la fusion dans un tout. Elle se fonde dans la culture nationale selon deux modalités: soit la personne garde son identité communautaire (assimilation pluraliste selon le modèle anglo-américain); soit elle nie toute identité collective dans la sphère publique pour n'adopter que l'identité dominante (assimilationisme acculturaliste à la française)¹⁴⁴². L'intégration s'envisage quant à elle comme un processus participatif d'adaptation. S'intégrer ou être intégré, c'est être ou être perçu comme participant à la société, soit en gardant une identité communautaire propre (intégration multiculturelle), soit en perdant et/ou renonçant à cette/ces identités collectives particulières (intégration assimilationniste)¹⁴⁴³. L'assimilation traduit donc un processus intégratif par rapport à la

¹⁴⁴² On trouve de nombreuses autres définitions, plus ou moins concordantes. Par exemple, pour L. VAN EECKHOUT, « L'assimilation se définit comme la pleine adhésion par les immigrés aux normes de la société d'accueil, l'expression de leur identité et leurs spécificités socioculturelles d'origine étant cantonnée à la seule sphère privée. Dans le processus d'assimilation, l'obtention de la nationalité, conçue comme un engagement "sans retour", revêt une importance capitale ». VAN EECKHOUT, L., *L'immigration*, Collection Débat Public, 2006, 281p.

¹⁴⁴³ Pour L. VAN EECKHOUT toujours, « L'intégration exprime davantage une dynamique d'échange, dans laquelle chacun accepte de se constituer partie d'un tout où l'adhésion aux règles de fonctionnement et aux valeurs de la société d'accueil, et le respect de ce qui fait l'unité et l'intégrité de la communauté n'interdisent pas

culture d'un pays alors que l'intégration est le produit d'une adhésion et d'une inclusion dans un projet sociétal. De ce fait, on peut être assimilé sans être intégré et *vice versa*¹⁴⁴⁴. Notons que d'un point de vue sémantique, la différence entre les deux termes est toutefois moins nette aux Etats-Unis qu'en France.

Nous verrons dans les développements suivants que, bien que les deux nations aient développé des modèles différents d'assimilation et d'intégration, ceux-ci ont évolué pour aujourd'hui grandement converger. Développée entre les deux guerres, l'assimilation a fait l'objet de deux appréhensions distinctes générant des conséquences juridiques spécifiques dans chaque contexte (A). Le concept d'intégration, dont la référence s'est surtout imposée dans les années 70, est envisagé de façon relativement similaire dans les deux nations, tant d'un point de vue de sa philosophie que des mécanismes institutionnels qui l'accompagnent (B).

A- L'assimilation des personnes: deux appréhensions distinctes, un parallélisme des mécanismes

Parler d'assimilation ou de politique assimilationniste postule d'un modèle général préalablement défini et reconnu comme normal voire meilleur ou tout au moins prévalant sur les autres modèles au point que « les autres » sont sommés d'y adhérer. L'assimilation est en ce sens une des résultantes possibles du processus d'acculturation¹⁴⁴⁵.

le maintien des différences ». Elle la différencie du processus d'insertion qu'elle considère comme moins marqué. « Tout en étant reconnu comme partie intégrante de la société d'accueil, l'étranger garde son identité d'origine, ses spécificités culturelles sont reconnues, celles-ci n'étant pas considérées comme un obstacle à son intégration dès lors qu'il respecte les règles et les valeurs de la société d'accueil ». *Ibid.*

¹⁴⁴⁴ Pour une analyse comparative de ces notions, voir FERRY, V., GALLORO, P., NOIRIEL, G., (dir.), *20 ans de discours sur l'intégration*, Paris, L'Harmattan, 2005, notamment pp.42-43, 322p.

¹⁴⁴⁵ Pour l'anthropologie culturelle le terme acculturation désigne précisément les processus et changements entraînés par des interactions ou des contacts directs et prolongés entre groupes ethniques différents. Ceux-ci se traduisent par des échanges ou des emprunts, des affrontements ou des rejets, l'assimilation ou l'accommodation, le syncrétisme ou la réinterprétation. Par conséquent, dans le terme acculturation, le préfixe « a » n'est pas privatif, il provient du latin « ad » et indique un processus de rapprochement qui entraîne des changements dans les modèles culturels initiaux. Cette interaction peut avoir lieu à l'occasion de différentes situations de rencontres, desquelles vont dépendre la nature, le sens et l'importance des changements culturels en jeu. Ainsi par exemple, l'ampleur des contacts va être déterminant tout autant que les circonstances de la rencontre ou encore la nature des cultures en contacts. Cette rencontre peut constituer un enrichissement de l'une, de l'autre ou des deux cultures ou éléments culturels en présence ou au contraire la destruction d'une des cultures, en général celle de la culture dominée. En principe, le changement n'est jamais unilatéral et même si les mutations réalisées par la rencontre de cultures éloignées sont plus difficiles, elles sont plus profondes lorsqu'elles s'opèrent. Celui-ci s'effectue par étape: d'abord à travers une sélection des emprunts culturels en fonction de la compatibilité entre les systèmes culturels en présence; ensuite par une interprétation des traits culturels qui peut

Ainsi, l'assimilation préconise une perte des différenciations ethniques au profit de l'adoption et de la fusion dans un tout culturel cohérent mais pas forcément homogène, qui en général garde les caractéristiques essentielles de la culture dominante. Il s'agit donc d'une substitution d'une culture dominante à la culture initiale¹⁴⁴⁶. Elle s'effectue au nom d'un civisme et d'une unité qui préserve la cohésion sociale d'une collectivité. De fait, le modèle assimilationniste se fonde sur un Etat fort, qui privilégie la citoyenneté, générant une série de droits et impliquant des devoirs¹⁴⁴⁷.

Cette doctrine sociopolitique a été illustrée en France et aux Etats-Unis par un ensemble de politiques publiques. Toutefois, une construction différenciée de l'assimilation (1) a conduit à une matérialisation juridique différente (2). Au-delà des différences conceptuelles, on relève un parallélisme des modalités d'assimilation (3).

1- Une approche différenciée du concept d'assimilation

Concordant avec E. Todd sur le fait qu'il est particulièrement délicat d'opposer deux modèles sur la base de schémas figés¹⁴⁴⁸, nous tenterons toutefois de cerner les éléments différenciateurs du contexte français (a) et étasunien (b).

se traduire par l'attribution de significations différentes; enfin par une restructuration culturelle. Les effets de ce processus pourront donc être de nature très diverse. Par exemple, peut en résulter une culture syncrétique, c'est-à-dire une culture inédite issue de la combinaison et de la réinterprétation. Nous pouvons aussi être confrontés à un processus d'assimilation lorsque l'un des groupes finit par adopter l'ensemble des traits culturels de l'autre société et abandonne, voire même nie sa culture d'origine. Un mouvement de contre-acculturation peut également naître, lorsque les agents de la culture dominée veulent réhabiliter des éléments de leur culture d'origine. Enfin, lorsque l'acculturation est imposée, elle peut déboucher sur la déculturation, c'est à dire la destruction de la culture dominée. VINSONNEAU, G., *L'identité culturelle*, Paris, Armand Colin, Collection U- Psychologie, 2002, 234 p., p.44. Voir BALANDIER, G., *Sens et puissance. Les dynamiques sociales*, Paris, PUF, 1986, 334 p. (1^{ère} éd. : 1971); LINTON, R., (dir.), *Acculturation in Seven American Indian Tribes*, New York, Appleton Century, 1940, 526p., MALINOWSKI, B., *Les dynamiques de l'évolution culturelle, Recherches sur les relations raciales en Afrique*, trad. Fr., Paris, Payot, 1970, 183p. (1^{ère} éd. En langue anglaise : 1945).

¹⁴⁴⁶ VINSONNEAU, G., *L'identité culturelle*, Armand Colin, Collection U- Psychologie, Paris, 2002, p.44.

¹⁴⁴⁷ Trois mécanismes interdépendants expliquent le processus d'assimilation. Le premier est un mécanisme institutionnel. Il consiste en l'ensemble des lois et des politiques publiques qui visent à rompre les barrières entre les groupes et lutter contre les discriminations afin de favoriser un climat institutionnel et social propice à l'assimilation. Le second se rattache à la décision individuelle des immigrants. Deux stratégies sont adoptées dans ce cadre, un relais ethnique donc la recherche d'appuis communautaires et une implication sociétale, notamment à travers le marché du travail et le système scolaire. La troisième enfin, a trait au rôle des communautés auxquelles les migrants se rattachent. Voir NEE, V., ALBA, R., « Toward a new definition », in JACOBY, T., (dir.), *Reinventing the Melting Pot*, 2004, op.cit., p.89-93.

¹⁴⁴⁸ « La France est hétérogène sur le plan anthropologique, divisée contre elle-même et par conséquent capable d'un dédoublement schizophrénique dans son rapport à l'étranger. Le concept d'homme universel et l'assimilationnisme jacobin ne sont que des voiles idéologiques masquant la subtilité des attitudes françaises

a. *En France: Une idéologie ayant pour finalité la francisation*

S'imposant dans l'entre-deux guerres¹⁴⁴⁹, l'assimilation a rimé en France avec la francisation des populations autochtones¹⁴⁵⁰ et est donc corrélée à l'histoire coloniale. Agissant alors comme une idéologie, l'assimilation avait pour objectif la perte totale des caractéristiques qui rattachent un individu à sa culture d'origine. Ainsi H. Fulchiron la définit comme un processus « au terme duquel l'étranger est devenu semblable au reste de la communauté : ses différences ont disparu pour se fondre dans le groupe »¹⁴⁵¹.

Le mot assimilation apparaît dans les textes législatifs tardivement. Toutefois, ce n'est pas parce qu'un terme ne figure pas dans un texte qu'il faille en conclure qu'il n'appartient pas au discours juridique. En effet, comme l'évoque P. Lascoumes à propos du Code pénal «Un tel texte doit être lu en creux comme en plein, car ce qui n'y figure pas est aussi significatif que ce que contiennent ses plus de quatre cents articles»¹⁴⁵². Aussi en est-il de l'assimilation. Pour autant, les textes législatifs ou réglementaires n'en donnent pas une définition mais en présentent plutôt le contenu. Ainsi, la circulaire du 23 avril 1952, reprise en partie par la circulaire du 12 février 1974 stipule qu'est assimilé au sens de l'article 69, l'étranger qui, par son langage, sa manière de vivre, son état d'esprit, son comportement à l'égard des institutions françaises se distingue aussi peu que possible des nationaux au milieu desquels il vit: la venue en France dès le jeune âge, l'ignorance de la langue du pays d'origine, le mariage avec un français, la présence au foyer d'enfants instruits dans nos écoles, la fréquentation exclusive ou préférentielle des français... »¹⁴⁵³. Comme le souligne A. Fornerod¹⁴⁵⁴,

concrètes. Réciproquement, l'Amérique, productrice et exportatrice d'une idéologie multiculturaliste centrée sur la notion de tolérance, est en pratique d'une extrême simplicité pour ne pas dire brutalité dans sa gestion des phénomènes d'assimilation et de ségrégation ». TODD, E., *Le destin des immigrés, Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Points, Essais, Seuil, 1994, 497p., p. 14.

¹⁴⁴⁹ Le terme assimilation a été forgé au cours de la formation de la sociologie et fut utilisé aussi bien en France qu'aux Etats-Unis de 1880 à 1950 pour décrire « le processus par lequel les nouveaux immigrés devenaient progressivement des membres de la société d'installation ». SCHNAPPER, D., *Qu'est-ce que l'intégration ?*, Folio Actuel, Gallimard, 2007, 240 p., p.13. Il est intéressant de noter que les auteurs, majoritairement sociologues, ne peuvent envisager l'intégration sans définir et délimiter l'assimilation et *vice versa*. Si tenté que nombre d'entre eux opèrent une distinction nette entre les deux, d'autres maintiennent la confusion.

¹⁴⁵⁰ GAILLARD, A.M., « Assimilation, insertion, intégration, adaptation: Un état des connaissances », *Hommes & Migrations*, n° 1209, septembre-octobre 1997, pp. 119-130, p.124.

¹⁴⁵¹ FULCHIRON, H., «Nationalité. Naturalisation. Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *Juris. Droit international*, Fasc.502-60, n° 267.

¹⁴⁵² Cité dans BLEVIS, L., « *Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation* », *Droit et Société* 48-2001, p. 557, 580, p.562.

¹⁴⁵³ Cité dans OLEKHMVITC, G., «La notion d'assimilation au sens des dispositions du Code civil relatives à la nationalité française », *Rev.crit.dr.internat.privé*, 1995, n°4, p.882.

¹⁴⁵⁴ FORNEROD, A., « Religion et acquisition de la nationalité française », *Revue du Droit Public*, n°3-2009, pp.715-741, p.721.

l'observation du mode de vie des personnes est prépondérante pour apprécier l'assimilation d'une personne¹⁴⁵⁵.

Ainsi, l'assimilation à la française rimant avec la mise en conformité culturelle d'une personne avec un milieu préexistant, s'inscrit dans la volonté de la France d'« éliminer de sa représentation tous ceux qui ne lui donnent pas l'image qu'elle veut avoir d'elle-même »¹⁴⁵⁶. La loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité, ne fait que confirmer ce processus puisque l'assimilation doit être justifiée par une connaissance suffisante, non seulement de « la langue, de l'histoire, de la culture et de la société française » mais également par la connaissance « des droits et de devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République »¹⁴⁵⁷.

b. Aux Etats-Unis: Une analyse de la réorganisation des personnes

Le développement du concept d'assimilation a été moins le fruit d'une idéologie que la résultante d'études académiques, et notamment des travaux de l'Ecole d'écologie urbaine de Chicago¹⁴⁵⁸. Ainsi, l'assimilation était appréhendée dans le cadre de la sociologie des migrations comme une réorganisation sociologique et psychologique de l'individu avec et par rapport aux groupes ethniques dont la personne est issue. Ainsi, le groupe ethnique sert à la fois de tremplin à l'assimilation, s'adaptant à la société, tout autant qu'il assure sa survie dans le cadre de cette société¹⁴⁵⁹. Dans ce contexte, M. Waters formule que, « *people found they*

¹⁴⁵⁵ Cela est aussi vrai pour apprécier l'intégration. Ainsi par exemple la circulaire du 24 février 2005 définit l'intégration comme « une pleine adhésion aux règles de fonctionnement et aux valeurs de tolérance, de laïcité, de liberté et d'égalité de la société d'accueil; par une participation aux activités de la société et pas seulement à son économie ». Circulaire DPM/SDN/N3 n°2005-104 du 24 février 2005 relative à l'enquête diligentée par les services préfectoraux sur les demandes d'acquisition de la nationalité française par déclaration. Titre II. Annexe n°5.

¹⁴⁵⁶ STASI, B., *L'immigration, une chance pour la France*, Paris, Robert Lafont, coll. « Paster Frcn », 1984, p.95, cité dans DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, op.cit., p. 87.

¹⁴⁵⁷ Article 2 de la loi du 16 juin 2011 ainsi rédigé: L'article 21-24 du même code est ainsi modifié: 1° La deuxième occurrence du mot : « française » est remplacée par les mots: « de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'Etat, » et sont ajoutés les mots: « ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République »; 2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« A l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil ».

¹⁴⁵⁸ Voir par exemple: COULON, A., *L'Ecole de Chicago*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 1992, 127p.

¹⁴⁵⁹ L'Ecole de Chicago constitue un courant de sociologie américaine. Premier département de sociologie au monde, l'Ecole de Chicago voit le jour en 1892. Voir par exemple BURGESS, E. W., BOGUE, J., *Contribution to urban sociology*, Chicago, University of Chicago Press, 1964, 325p.

have ethnic options »¹⁴⁶⁰. Processus objectifs et subjectifs se mêlent donc, puisque la personne décide de faire sa vie dans un pays, lequel va finir ou non par l'accepter comme faisant partie de lui.

L'assimilation ainsi entendue ne préconise en aucun cas une homogénéité ethnique à la différence de la situation française. Au contraire, elle repose sur une approche pluraliste, les personnes assimilées conservant leurs particularismes. Une différenciation sera opérée entre l'assimilation culturelle et l'assimilation sociale par le sociologue F. Frazier. Ce dernier expliquait alors la non-assimilation des Noirs d'un point de vue social en dépit de leur assimilation culturelle à la culture dominante *WASP*, en raison de la discrimination raciale et de l'inégalité des droits dont ils étaient victimes¹⁴⁶¹. De ce fait, l'assimilation totale n'est pas antinomique du maintien de groupes distincts. Elle n'est pas vue comme un produit mais comme un processus. Cela correspond à ce qu'E. Todd qualifie de différentialisme non polarisé par un groupe humain en particulier¹⁴⁶². L'assimilation se réalise alors sur la base d'une *mainstream culture*¹⁴⁶³ qui se fonde sur quatre valeurs partagées : l'individualisme, la liberté, la diversité et la conformité¹⁴⁶⁴.

Résultant d'une approche différenciée, l'assimilation « à la française » et « à l'américaine » divergent également en raison de leur finalité.

2- Résultat *versus* processus

Si l'on parle de l'assimilation comme de la fusion dans un tout culturel cohérent mais pas forcément homogène, qui en général garde les caractéristiques essentielles de la culture dominante, on se trouve dans le cadre d'un processus aux confins du politique, du culturel et du juridique. Pour autant, l'assimilation envisagée dans le cadre français n'est pas un droit mais plutôt un devoir, en ce sens qu'il constitue un objectif corrélé à des résultats concrets.

¹⁴⁶⁰ Les personnes trouvent qu'elles ont des options ethniques. (Notre traduction).

¹⁴⁶¹ FRAZIER, E.F., *The negro Family in Chicago*, Chicago, University of Chicago, 1932, 294p.

¹⁴⁶² TODD, E., *Le destin des immigrants*, op.cit., p.24

¹⁴⁶³ Culture généralisée (Notre traduction). Le terme de *Mainstream culture* pourrait se traduire par culture générale. WILCOX, D.M., « *American Core Values and Questions of Diversity* », in NAYLOR, L.L., *Problems and Issues of Diversity in the United States*, Gavery Paperback, 232p., pp.19-54, p. 20.

¹⁴⁶⁴ L'auteur mentionne dans ses développements suivants, d'autres valeurs que sont l'égalité, le travail, la réussite personnelle, l'optimisme, la compétence, l'honnêteté, la sociabilité et l'autorité. *Ibid*, pp.27-32. *Ibid*. L'auteur renvoie ici NAYLOR, L., (dir.), *Cultural Diversity in the United States*. Westport et Londres, Greenwood Press, 1997, xiii + 380 p.

a. *En France: Un devoir sous tendant l'éligibilité à certains droits*

Au préalable, rappelons qu'« est dit assimilé (...), l'étranger qui, par son langage, sa manière de vivre, son état d'esprit, son comportement à l'égard des institutions françaises se distingue aussi peu que possible de ceux des nationaux au milieu desquels il vit »¹⁴⁶⁵. Ainsi, il convient de rejeter l'assimilation en tant que droit « à cette mise en conformité culturelle d'une personne avec un milieu préexistant »¹⁴⁶⁶. Autrement-dit, il n'existerait aucun droit à l'assimilation, reconnu par la société à la personne qui pourrait le revendiquer. En effet, l'existence d'un droit nécessite la réunion de trois facteurs, à savoir: un sujet déterminé, un objet précis réalisable et un débiteur auquel on peut opposer ce droit, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre, pour assurer l'effectivité d'un droit, il convient d'ajouter une série d'éléments qui viennent se superposer aux précédents: des moyens politiques et juridiques pour assurer ce droit tout autant que sa promotion¹⁴⁶⁷ et sa sanction, judiciaire, administrative, organisationnelle et même sociale¹⁴⁶⁸. Dans ce sens, l'assimilation ne peut et ne doit pas être un droit. D'abord parce que c'est un processus difficilement mesurable, répondant à une double subjectivisation, à la fois de la personne dont on apprécie le caractère assimilé et des institutions représentant la société à laquelle un individu a la faculté de s'assimiler. Ensuite, et de façon non exhaustive, une telle dimension impliquerait que la société garantisse des mécanismes d'assimilation et puisse rendre justiciable le fait de ne pas assurer une telle garantie.

Dès lors, l'assimilation s'apparenterait davantage à un devoir de la personne sous-tendant l'éligibilité à certains droits à la manière d'une condition. Dans ce sens, être assimilé ou ne pas être assimilé, pourra avoir des incidences sur l'attribution de certains droits. Cette présomption d'assimilation ou ce défaut d'assimilation sera apprécié par les pouvoirs publics et, le cas échéant, par le juge. Dans ce cadre, l'assimilation est vivement préconisée, afin que la personne concernée soit acceptée par la société dans laquelle elle vit, et que puissent être limités les motifs de préjugés, de harcèlement, voire de discrimination ou de racisme. Pour autant, si on regarde les moyens mis en œuvre pour faciliter ou garantir cette assimilation, on se rend compte qu'un certain nombre de prérogatives existent tout autant que des indicateurs

¹⁴⁶⁵ Circ. 23 avr. 1952, citée in BOULBES, R., *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956, 598p., p. 186.

¹⁴⁶⁶ DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, op.cit., p.87.

¹⁴⁶⁷ Entendu dans le sens qu'elle soit rendue publique par une démarche de publicité.

¹⁴⁶⁸ Le rejet par le milieu social peut révéler l'*opinio juris* d'une non-conformité.

d'assimilation. Ainsi, l'objectif d'assimilation répond à un processus appréciable qualitativement et dans une certaine mesure quantitativement.

En effet, l'assimilation est une notion juridique envisagée comme une condition, notamment en matière d'attribution de la nationalité française. Cela est particulièrement vrai lorsqu'un étranger qui contracte un mariage avec une personne française demande l'acquisition de la nationalité sous condition des éléments contenus dans l'article 21-2 du Code civil. Ainsi en vertu de l'article 21-4 du code civil « Le Gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'Etat, pour (...) défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger dans un délai d'un an à compter de la date du récépissé prévu au deuxième alinéa de l'article 26 (...) »¹⁴⁶⁹. Dans le cadre de la circulaire du 23 avril 1952, le Conseil d'Etat a pu juger le 27 juin 2008 que « Si Mme M. possède une bonne maîtrise de la langue française, elle a cependant adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes ; qu'ainsi elle ne remplit pas les conditions d'assimilations posées par l'article 21.4 précité du code civil »¹⁴⁷⁰. Ainsi, estime le Conseil d'Etat, le gouvernement a légalement fondé son opposition à l'acquisition de la nationalité par mariage. Cet arrêt s'inscrit dans une jurisprudence établie en matière de défaut d'assimilation « aux valeurs essentielles de la société française » pour cause de militantisme islamiste ou de prosélytisme¹⁴⁷¹. Cependant, cette décision du Conseil d'Etat marque un certain radicalisme puisqu'est constitutif d'un défaut d'assimilation un mode de vie se revendiquant d'un mouvement extrémiste¹⁴⁷². Jusque-là, le fait de porter le voile ne constituait pas une preuve de défaut d'assimilation comme l'a jugé le conseil d'Etat dans les arrêts Abadi de 1994¹⁴⁷³ et Ben Halima de 1997¹⁴⁷⁴. Mais, en estimant que le mode de vie de personnes requérant la nationalité est incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française et «

¹⁴⁶⁹ Article 21-24 du Code Civil: « Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'Etat, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République. A l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'Etat, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française ». La dernière version de l'article 21-24 est en vigueur depuis le 18 juin 2011, modifié par la loi n°2011-672 du 16 juin 2011-art.2.

¹⁴⁷⁰ Conseil d'Etat, 2^e et 7^e s.-sectr réun., 27 juin 2008. Arrêt Mabchour.

¹⁴⁷¹ C.E. 14 OCT.1998, *Amiour*, d.1998.ir.258. Ou encore CE 29 juillet.2002. *Bouaffad*, ADJA 2002.1064. Et CE 13 nov. 2006. M.H., AJDA 2007.158. CE 14 Fév. 2007, m.o., AJDA 2007.654. CE 21 déc.2007, Naïmi, AJDA 2008.372. Ou encore CE 13 fév. 2008, M.Hacene, AJDA 2008.1284.

¹⁴⁷² VALLAR, C., « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », Note de l'arrêt Conseil d'Etat, 2^e et 7^e s.-sectr réun., 27 juin 2008. Arrêt Mabchour., Recueil Dalloz-2009-n°5, p.346.

¹⁴⁷³ CE 23 mars 1994, *Abadi*, n° 116144.

¹⁴⁷⁴ CE 19 nov.1997, *Ben Halima*, n° 169368, D. 1998.IR.13.

notamment le principe d'égalité des sexes», le Conseil d'Etat a fait application de la circulaire du 12 mai 2000¹⁴⁷⁵ et de celle en date du 27 juillet 2005¹⁴⁷⁶.

Quant à la polygamie, elle constitue un défaut d'assimilation lorsqu'elle est effective et non pas seulement lorsqu'elle est de principe¹⁴⁷⁷. Ainsi, l'étranger polygame dont les épouses vivent en France ne peut acquérir la nationalité française¹⁴⁷⁸. De plus, sera obligatoirement refusée la carte de résident au ressortissant polygame et à son épouse, en vertu de l'article 15 bis de l'ordonnance modifiée du 2 novembre 1945¹⁴⁷⁹. Elle sera en outre retirée au ressortissant et aux deux épouses si elles se trouvent sur le territoire national¹⁴⁸⁰. En vertu du même texte, le regroupement familial ne peut s'appliquer qu'à une épouse¹⁴⁸¹. Notons que cette jurisprudence est éloquent par rapport à l'utilisation du vocable de « communauté française » en lieu et place du terme usuel de société française mentionné dans l'arrêt précédent. Faut-il y voir une réhabilitation de l'idée de communauté comme le souhaitait R. Debray¹⁴⁸²? Convient-il alors d'énoncer que les juges se réfèrent à une conception de la nation basée sur des éléments objectifs ?

Par conséquent, le critère de l'assimilation se fonderait sur des idées et des principes mais également sur des comportements, notamment vestimentaires. Ainsi, la *burqa* tend à apparaître comme une preuve d'un défaut d'assimilation¹⁴⁸³. La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité¹⁴⁸⁴ la considère comme incompatible avec le suivi d'une formation linguistique obligatoire en vertu du contrat d'accueil et d'intégration¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁷⁵ Circ. DPM n°2000-254, 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française.

¹⁴⁷⁶ Circ. DPM n° 2005-358, 27 juil.2005 relative à la procédure d'acquisition de la nationalité française par déclaration à raison du mariage.

¹⁴⁷⁷ CE 11 fév. 1994, Kanoute, AJDA 1994.352.

¹⁴⁷⁸ La proposition du gouvernement durant l'Etat 2010, envisageait même de faire de la polygamie un motif de déchéance de la nationalité française. Elle ne fut pas retenue par le Président de la République. Voir JARRASSE, J., « La polygamie n'entraînera pas la déchéance de nationalité », Le Figaro, 20/09/2010

¹⁴⁷⁹ Ordonnance précitée, n°45-2658 du 2 novembre 1945. (Dernière modification : 15 novembre 2006).

¹⁴⁸⁰ Article 5 al.3 du décret n°46-1574 du 30 juin 1946, modifié par le décret n°94-768 du 2 septembre 1994, J.O. 4 septembre 1994.

¹⁴⁸¹ Articles 29 et 30 bis de l'ordonnance modifié du 2 novembre 1945. Ce qui implique que si la première épouse décède ou s'il y a divorce, la seconde épouse peut bénéficier du regroupement familial. Voir MONEGER, F., « La polygamie en question », J.C.P., 1990, éd.G., doct., 3460. Par contre, les enfants peuvent bénéficier du regroupement familial qu'ils soient des enfants de la première femme ou de la seconde épouse.

¹⁴⁸² DEBRAY, R., *Ce que nous voile le voile*, Paris, Gallimard, 2003, 51p.

¹⁴⁸³ MALAURIE, P., «Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française (CE 27 juin 2008) », JCP A 2008.2205.

¹⁴⁸⁴ La HALDE. Pour de plus amples développements sur les contrats d'accueil, voir Contrat d'accueil et d'intégration France, Annexe n°12.

¹⁴⁸⁵ Délibération du 15 septembre 2008.

Au regard de ce qui précède, l'assimilation peut être consacrée comme un devoir qui sous-tend l'octroi de certains droits. Aux Etats-Unis, son appréhension juridique diffère quelque peu.

b. Aux Etats-Unis: Un processus fondé sur la reconnaissance de l'homme hybride

Dans l'approche anglo-saxonne, les communautés se juxtaposent et envahissent l'espace public. Les identités collectives priment sur l'identité nationale et commandent que des droits soient conférés au nom de cette appartenance. L'approche pluraliste ou communautariste érige donc le principe du droit à la différence en un principe fondamental, supplantant l'idée classique de citoyenneté. Plusieurs niveaux d'acceptation pluraliste peuvent être relevés. Quel que soit le degré de différentialisme accepté, l'idée première reste que les individus sont libres de s'organiser, dans les limites du respect de la loi, afin de préserver et promouvoir leur identité.

Ainsi, dans l'esprit pluraliste *anglo-saxon*, l'assimilation consisterait en un processus visant à trouver « *a sustainable balance between what make us different and what we have in common* »¹⁴⁸⁶. Cette conception a notamment été illustrée par l'idée de *melting-pot*. Titre d'une pièce de théâtre d'I. Zangwill qui se présente sous la forme d'une pièce dramatique, le *melting pot* fait l'éloge du pouvoir assimilateur de l'Amérique¹⁴⁸⁷. Elle repose sur une double croyance, que l'on peut ainsi résumer: les immigrants vont changer aux États-Unis et parallèlement les Etats-Unis vont changer grâce aux immigrants. Donc contrairement au modèle assimilationniste français, il ne se présente pas comme un processus fermé, unilatéral mais plutôt comme une contribution réciproque de laquelle résulteraient les Etats-Unis. Dans ce contexte, ce ne sont donc pas les Etats-Unis qui assimilent mais la construction conjointe de la nation qui fixe les éléments assimilateurs. Il ne s'agirait donc pas d'une assimilation culturelle au modèle *anglo-saxon* par substitution, mais de la création d'un groupe original.

¹⁴⁸⁶ Trouver un équilibre durable entre ce qui fait de nous des êtres différents et ce que nous avons en commun. (Notre traduction). JACOBY, T., (dir.), *Reinventing the Melting Pot*, 2004, op. cit. p.15.

¹⁴⁸⁷ L'héroïne, Véra, russe et le Héros, David, Juif peuvent tomber amoureux aux Etats –Unis, terre nouvelle ou tout est possible, ce qu'ils n'auraient pu faire en Europe.

L'idée de *melting pot* a été vivement critiquée en ce sens que des auteurs comme H. Kallen¹⁴⁸⁸ ou encore R. Bourne¹⁴⁸⁹ parlent d'avantage d'une Amérique transnationale. La conception visant à penser que la force assimilationniste des États-Unis n'est pas celle prétendue par Zangwill a été corroborée par les lois de 1920 qui, en sus de restreindre le nombre de nouveaux venus, a particulièrement discriminé l'accueil des personnes originaires des pays d'Europe de l'Est et du Sud. Le motif invoqué est qu'ils étaient perçus comme plus difficilement assimilables. Quelques décennies plus tard, N. Glazer abonde dans le même sens en postulant que le *melting pot* n'a jamais vraiment eu lieu¹⁴⁹⁰.

Aujourd'hui, à l'heure où l'immigration est de plus en plus diversifiée, on peut se demander ce qu'il en est de sa réalité. Cette interrogation est d'autant plus pertinente que la façon de concevoir l'assimilation semble largement contextuelle. En effet, l'assimilation des personnes immigrées du 20^{ème} siècle fut marquée par deux événements majeurs. D'une part le déroulement de deux conflits mondiaux, élément clef de l'histoire qui fait ressortir l'unité en confrontation à l'altérité incarnée par l'ennemi commun. D'autre part, le développement de jurisprudences et de politiques institutionnalisant les minorités, les reconnaissent dans l'espace public¹⁴⁹¹, révélant leurs identités nationales ou transnationales¹⁴⁹². Ainsi, selon S. Thernstrom, « *American Melting Pot is not just as strong today as it was in the past* »¹⁴⁹³. P. D. Salins semble partager la même idée lorsqu'il postule que les États-Unis ne sont pas seulement une nation d'immigrants mais une nation d'immigrants assimilés¹⁴⁹⁴.

Mentionnons en outre que le processus d'externalisation de la différence résultant de la déclaration d'indépendance, basée sur une idéologie égalitaire partielle, stigmatisant les indiens et les noirs comme une catégorie non blanche a permis l'homogénéisation du groupe Européen. Cette conception raciale de la vie sociale s'appuie sur l'idée que le sentiment égalitaire est «un produit dérivé, une identification secondaire»¹⁴⁹⁵. Les hommes blancs

¹⁴⁸⁸ KALLEN, H., « Democracy versus the Melting Pot « La polygamie en question », in *The Nation*, 25 février 1915.

¹⁴⁸⁹ BOURNE, R., « Trans-National America », in *The Atlantic Monthly*, CXVIII; July, 1916; pp. 86-97.

¹⁴⁹⁰ GLAZER, N., MOYNIHAN, D.P., *Behind the melting pot, The negroes, Puerto Ricans, Jews, Italians and Irish of New York City*, Cambridge (Mass.) MIT PRESS, 2^e Ed., 1970, 364p

¹⁴⁹¹ La stigmatisation se fait dans le sens de la différenciation et de l'infériorisation. Aussi, est-ce parce que ces minorités sont différentes et souffrant d'infériorité qu'elles méritent une protection spécifique.

¹⁴⁹² Voir GLAZER, N., « Assimilation today: is one identity enough? », in JACOBY, T., (dir.), *Reinventing the Melting Pot*, 2004, op.cit. p.61-73.

¹⁴⁹³ THERNSTROM, S., « Rediscovering the melting pot-still going strong », in JACOBY, T., (dir.), *Reinventing the Melting Pot*, 2004, op.cit. p.59.

¹⁴⁹⁴ SALINS, P.D., op.cit., p.101.

¹⁴⁹⁵ TODD, E., *Le destin des immigrants, Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, op.cit, p.60.

américains sont égaux parce qu'ils sont différents des hommes noirs ou indiens. L'assimilation des blancs non *anglo-saxons* s'est donc faite par opposition à la ségrégation, notamment des noirs.

3- Au-delà des divergences conceptuelles, un parallélisme des modèles d'assimilation

Si l'on reprend le modèle assimilationniste développé par M. Gordon, on peut appréhender la situation française et américaine parallèlement à travers sept niveaux d'assimilation d'une personne à une société¹⁴⁹⁶ : l'assimilation culturelle, structurelle, maritale, identificatrice, celle caractérisée par l'absence de préjudice, celle par l'absence de discrimination et enfin celle par l'absence de conflit.

Le premier niveau, l'assimilation culturelle, se caractérise par l'adoption de la culture du groupe dominant, et ce qu'on laisse ou non de côté sa propre culture. L'indicateur le plus révélateur est le taux de maîtrise de la langue nationale. Ainsi, dans ce cadre, les mécanismes institutionnels assimilationnistes sont principalement les politiques publiques linguistiques et parmi elles, les dispositifs favorisant l'apprentissage de la langue lors de l'accueil des *primo-*arrivants, ainsi que le bilinguisme dans le cadre de la scolarité des enfants, qu'ils soient de la première ou de la seconde génération¹⁴⁹⁷.

Le second niveau, celui de l'assimilation structurelle, est caractérisé par l'interaction des personnes avec les membres du groupe dominant, dans le cadre de leur groupe primaire¹⁴⁹⁸ et donc dans leurs relations directes, notamment dans leur voisinage, les institutions de leur quartiers, ou encore l'école. Les mécanismes favorisant ce processus peuvent par exemple résulter des politiques d'urbanisme ou de logement lesquelles favorisent la mixité. On pourrait également prendre pour indice les politiques de développement local qui favorisent les échanges citoyens et les activités de leurs quartiers.

¹⁴⁹⁶ GORDON, M., *Assimilation in American life*, New York, OXFORD University of California Press, 1964, 286p., p. 71.

¹⁴⁹⁷ Le bilinguisme, qui dans une certaine mesure favorise le différentialisme, participe également de l'assimilation culturelle de deux façons. En premier lieu, la reconnaissance de la langue d'origine favorise l'apprentissage de la langue de la société d'accueil. En second lieu, les éléments de la culture peuvent être véhiculés dans la langue d'origine, ce qui favorise la rapidité de leur assimilation, de leur adhésion.

¹⁴⁹⁸ Les groupes primaires sont de petits groupes qui se caractérisent par une proximité, un face à face immédiat. Ils s'opposent aux groupes secondaires où l'interaction est plus temporaire anonyme, impersonnelle. Voir par exemple, ANZIEU, D., et MARTIN, J.-Y., *La Dynamique des groupes restreints*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, 1973 (1^{ère} éd. 1968); 297p.; BOUDON, R., et BOURRICAUD, F., *Dictionnaire critique de la sociologie*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 1982, 714p.; LEWIN, K., *Field Theory in Social Sciences. Selected Theoretical Papers*, New York, University of Chicago Press, Harper, 1976, 346p.

L'assimilation maritale constitue un troisième niveau, beaucoup plus facile à mesurer que les précédents, tout au moins aux Etats-Unis où les statistiques ethniques sont permises. Ainsi, les taux d'intermariage sont un indicateur important. Aux Etats-Unis, il n'y a plus d'obstacle légal à l'intermariage¹⁴⁹⁹. Pourtant, il y a peu, les lois de 16 états interdisaient encore le métissage par croisement de « races ». Il a fallu attendre 1967 pour que la Cour suprême, à travers la décision *Loving*¹⁵⁰⁰ condamne ces pratiques en les déclarant contraires à la constitution, notamment au 14^{ème} amendement. Aujourd'hui, l'évolution des mariages exogames diffère grandement en fonction des groupes considérés¹⁵⁰¹. En France, le taux d'exogamie devient de plus en plus élevé quel que soit le groupe de population envisagé. Selon le HCI 65% des descendants d'immigrés vivent en couple avec des personnes de la « population majoritaire »¹⁵⁰². L'évolution d'intermariage chez les Algériens immigrés est à ce titre éloquent, marqué par une rupture de l'endogamie féminine¹⁵⁰³. Notons qu'il est difficile d'avoir des chiffres précis sur le niveau d'exogamie puisque depuis 1973, le droit à la nationalité est conféré symétriquement à un époux ou épouse d'un Français ou d'une Française. Même si cette acquisition n'est pas obligatoire et sujette à conditions, lorsqu'elle est réalisée, elle aura des conséquences statistiques conduisant à une sous-estimation du niveau d'exogamie. Ainsi, un enfant né d'un parent devenu français après le mariage sera dit français né de deux parents français¹⁵⁰⁴. Soulignons que pour E. Todd, la France et les Etats-Unis se distinguent puisque dans le contexte français, le système individualiste égalitaire fait que la société « absorbe par le mariage les individus, avant leur assimilation totale sur le plan culturel ou psychologique »¹⁵⁰⁵. Toutefois, le rapport de la « commission Mazeaud » présenté

¹⁴⁹⁹ La loi de 1907 stipulait qu'une femme américaine qui épousait un étranger perdait automatiquement la nationalité américaine et prenait celle de son mari. Abrogé en 1922 cette loi a été appliquée jusqu'en 1931. FUCHS, L.H., *The American Kaleidoscope*, London, Wesleyan University Press, 618p., p.115. Voir WEIL, P., *Les codes de la différence*, 2005, Presses de Sciences Po, 330 pages, notamment le Chapitre 4 « Le statut de la femme en droit de la nationalité, Une égalité tardive ».

¹⁵⁰⁰ C.S., *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). A l'unanimité, les juges relevant l'inconstitutionnalité du *Racial Integrity Act of 1924* de l'Etat de Virginie, en opérant un renversant la jurisprudence *Pace v. Alabama* (1883).

¹⁵⁰¹ Ainsi, les mariages entre noirs et non noirs restent faibles même si l'on remarque que ce chiffre est en forte progression depuis le début de la décennie 80. Si l'on s'en tient aux jeunes compris entre 25 et 35 ans, les chiffres de 1990 montrent que ces mariages ne représentent que 6 % de l'ensemble. Les jeunes Hispaniques connaissent une autre réalité puisque 30 % d'entre eux ont épousé une personne appartenant à un autre groupe. Les Asiatiques se démarquent étant donné que 40 % d'entre eux se sont mariés en dehors de leur groupe. En fait, les Asiatiques et les Hispaniques nés aux Etats-Unis se marient pour près de la moitié avec une personne d'une autre catégorie ethnique, ce taux passant à plus de 50 % pour la troisième génération. Voir LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit., p.25, Tamar Jacoby, *What It Means To Be American*, op.cit., p.25. Notons que l'endogamie raciale est asymétrique, faisant peser sur la femme noire un interdit maximal. TODD, E., *Le destin des immigrés, Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, op.cit., p 91.

¹⁵⁰² « *La France sait-elle encore intégrer les immigrés ?* Bilan de la politique d'intégration en France depuis vingt ans et perspectives ». Rapport du HCI, op.cit., p.25.

¹⁵⁰³ Voir TRIBALAT, M., enquête « Mobilité géographique et insertion sociale », INED, 1992-1994.

¹⁵⁰⁴ TRIBALAT, M., « Attribution et acquisition de la nationalité française », *Population et Sociétés*, juillet 1993, n° 281.

¹⁵⁰⁵ TODD, E., *Le Destin des immigrés*, op.cit., p.269.

en 2008 mentionnait « le cas fréquent d'un 'mariage mixte' qui l'est juridiquement, mais non culturellement (l'accueillant, de nationalité française, est issu de l'immigration et son conjoint provient du même pays, de la même région, souvent du même village que sa famille) »¹⁵⁰⁶.

Quatrième niveau dans le schéma de Gordon, l'assimilation identificatrice est caractérisée par un sentiment d'appartenance de la personne au modèle dominant¹⁵⁰⁷. Il se manifeste lorsqu'un immigré se sent français ou américain et non plus algérien, polonais, portugais, mexicain, etc. Ce stade résulte à la fois d'un sentiment propre de la personne et d'une perception que les membres de la société ont de cette personne. Il est difficile de trouver des indicateurs pour mesurer ce degré d'assimilation/intégration. Néanmoins, on pourrait arguer du fait que les personnes qui dans le recensement choisissent la catégorie « autres » adhèrent à ce schéma. Le taux de demande de naturalisation pourrait aussi constituer un indicateur de part et d'autre de la frontière. En France, le taux de demande de francisation des noms semble être révélateur de cette identification¹⁵⁰⁸. A noter toutefois que s'il est possible de changer son nom lorsque ceci a pour but de faciliter l'intégration, il n'est point permis d'adopter un nom à consonance étrangère !¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁶ Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire, juillet 2008, 214p. http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Mazeaud.pdf, Consulté le 31.08.2011.

¹⁵⁰⁷ Soulignons que la première génération n'a en général pas de problème avec l'idée d'assimilation. Non pas que celle-ci se réalise sans obstacle et sans échec, la première génération étant considérée comme transitionnelle et les adultes ne parvenant souvent pas à une véritable assimilation. Néanmoins, ces personnes nouvellement arrivées n'ont pas à proprement parler de réticence face à cette assimilation. En effet, cette dernière rime souvent avec intégration économique et culturelle entendu au sens de mode de vie et se présente alors comme une donnée positive. Toutefois, cette tendance disparaît à la seconde génération où l'on observe dans le cas étasunien comme dans le contexte français des doutes et des questionnements nombreux relatifs au lien avec cette nouvelle terre, sa culture et sa langue ainsi qu'au lien avec leur pays d'origine, leur culture et leur langue d'origine. Paradoxalement, la deuxième génération n'a pas de problème avec la langue du pays de réception qu'elle maîtrise sans problème. La problématique résulte davantage d'un dilemme d'appartenance amplifié, surtout dans le contexte français par une certaine stigmatisation de cette seconde génération. Voir notamment JACOBY, T., (dir.), *Reinventing the Melting Pot*, 2004, op. cit., p.4.

¹⁵⁰⁸ En France en effet, il est possible de demander auprès des tribunaux à changer son nom en vertu de la loi du 8 janvier 1993, entrée en vigueur le 1^{er} février 1994. Cette dernière reconnaît trois principales causes de changement de nom : un nom ridicule ou pouvant porter à préjudice ; la volonté de maintenir un nom illustré de manière éclatante sur le plan national ; et, enfin, un nom à consonance étrangère. Elle modifie la loi originelle Loi n°72-964 du 25 octobre 1972 relative à la francisation des noms et prénoms des personnes qui acquièrent, recouvrent ou se font reconnaître la nationalité française Voir JURET, A., « La francisation des noms de personnes » in *Population*, 2e année, n°3, 1947 pp. 451-464. DOUBLET, J., AYMOND., « La francisation des noms d'étrangers », *Population*, 1946, vol. 1, n° 3, p. 550. Voir aussi la Loi n° 72-964 du 25 octobre 1972 relative à la francisation des noms et prénoms des personnes qui acquièrent ou recouvrent la nationalité française, J.O. du 26-10-1972, cité in *La nationalité française, Textes et documents*, Ministère de la justice, Paris, La documentation française, 1996, 394p., p. 337.

¹⁵⁰⁹ LE DEVIN, W., « Des noms interdits », *Libération*, 20 janvier 2010.

L'assimilation dite « *attitude receptional assimilation* » se caractérise par l'absence de préjudice¹⁵¹⁰. Le préjudice que nous dénommerons racisme pour mieux envisager la comparaison entre la France et les Etats-Unis se manifeste par une attitude¹⁵¹¹. Il se différencie donc de la discrimination qui se traduit par une action concrète¹⁵¹². Ils ont toutefois en commun d'être négatifs, dirigés contre des groupes ou des catégories de personnes et justifiés précisément par l'appartenance de ces personnes à ces groupes ou catégories¹⁵¹³. Dans ce sens, être assimilé consisterait en ne pas être victime de racisme.

Le « *behaviour receptional assimilation* » se révèle par l'absence de discrimination, entendue à la fois comme la discrimination directe et la discrimination indirecte¹⁵¹⁴. Ainsi, il y a discrimination directe lorsqu'une personne est traitée moins favorablement qu'une autre dans une situation comparable en raison de sa race ou de son origine ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son handicap, de son âge ou de son orientation sexuelle¹⁵¹⁵. En outre, il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait des personnes sur la base de leur race ou de leur origine ethnique, de leur religion ou de leurs convictions, de leur handicap, de leur âge ou de leur orientation sexuelle, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique puisse être objectivement justifiés par un objectif légitime. Les mécanismes favorisant cette assimilation sont favorisés par les politiques de lutte contre les discriminations¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁰ L'assimilation par une attitude accueillante (notre traduction).

¹⁵¹¹ M. WIEVIORKA dit « qu'il ne faut parler de racisme que lorsqu'il y a une définition de l'Autre ou de soi-même qui, d'une manière ou d'une autre, introduit une dimension biologique, physique, génétique, phénotypique. », BARATS, C., WIEVIORKA, M., *Racisme et exclusion : entretien avec Michel Wieviorka* In: Quaderni. N. 22, Hiver 1994. pp. 125-140, p. 126, Voir aussi WIEVIORKA, M., *Le Racisme : une introduction*, Paris - La Découverte, 2001, 165p.

¹⁵¹² Pour une différence entre le préjudice et l'attitude, voir MYERS, J.P., « Dominant-Minority relations » in *America, Convergence in the new world*, 2th éd., Allyn et Bacon, 2007, 544p., p.25-36.

¹⁵¹³ La mesure du racisme est délicate. Elle peut relever de différents mécanismes. Par exemple, les enquêtes menées, notamment par la Commission nationale consultative des droits de l'Homme montre que les français éprouvent de l'antipathie pour certains groupes dont 12 % pour les Antillais, 18% pour les asiatiques, 19 % pour les juifs, 21 % pour les Noirs d'Afrique, 36% pour les jeunes français beurs, 38 % pour les Tsiganes et 41 % pour les Maghrébins. Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Rapport 1992, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Paris, La Documentation française, 1993, p.62. Pour la situation américaine voir BLANK, Rebecca, M., DABADY, M., and Citro, C.F., *Measuring Racial Discrimination*, National Academies Press, 2004, 343p.

¹⁵¹⁴ L'assimilation par un comportement accueillant (notre traduction).

¹⁵¹⁵ En vertu de l'article 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965 et entrée en vigueur: le 4 janvier 1969, « L'expression «discrimination raciale» vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

¹⁵¹⁶ Voir *infra* pp. 400-402.

Enfin, l'assimilation civique est décrite comme l'absence de conflits de valeurs et de pouvoirs. Celle-ci se manifeste lorsque les membres d'un groupe se reconnaissent dans les lois de la société d'accueil tout autant que dans leurs valeurs personnelles. Un indicateur *a contrario* pourrait être d'évaluer le nombre de groupes de *lobby*, notamment religieux, et leur degrés de pression sur le pouvoir législatif. Leur action serait analysée par rapport à une meilleure adéquation des valeurs des différents groupes, notamment religieux, et des lois en vigueur. Ici, au titre des mécanismes, le principe de laïcité et les processus qui lui sont attenants prennent tout leur sens. Pour autant, il est important que la société se fixe des valeurs auxquelles elle ne peut déroger. S'opérerait alors une compatibilité des éléments culturels personnels avec les principes du schéma républicain. L'exemple de la polygamie est à ce titre révélateur. En France la polygamie est interdite par la loi du 24 août 1993. Le respect ou non-respect de la loi emportent une série de conséquences pour la personne concernée: sur l'acquisition de la nationalité, la délivrance de la carte de résident, ou encore la faculté de procéder à un regroupement familial. Le conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993 exclut la polygamie des conditions d'une vie familiale normale¹⁵¹⁷. Aux Etats-Unis, la polygamie est également interdite ce qui implique que la demande de visa d'une personne polygame sera rejetée¹⁵¹⁸.

Notons que tous les groupes n'ont pas la même volonté d'assimilation¹⁵¹⁹. De plus, fréquemment, l'assimilation culturelle s'effectue en premier lieu si le groupe n'est pas isolé, comme ce fut le cas des indiens dans les réserves. Par contre, il est considéré que si

¹⁵¹⁷ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Dans son considérant 77 le juge constitutionnel énonce que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution ». Ainsi est jugé constitutionnel l'article 30 qui « fixe des limitations au bénéfice du regroupement familial s'agissant des étrangers polygames et prévoit le retrait du titre de séjour de ceux-ci lorsqu'ils ont fait venir auprès d'eux plus d'un conjoint ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux », Considérant 67.

¹⁵¹⁸ Ainsi le BIA a refusé de donner le statut de résident à l'époux polygame d'une citoyenne américaine. 9 I. & N. Dec. 640, 640 (B.I.A. 1962), cité in ABRAMS, K., *Immigration law and the Regulation of Marriage*, 91 MINN. L. REV. 1625 (2007), p. 1671. Notons que cela est seulement vrai si la personne devient un résident permanent. Voir SMEARMAN, C. A., *Second Wives' Club: Mapping the Impact of Polygamy in U.S. Immigration Law*, 27 Berkeley J. Int'l Law 382 (2009). ABRAMS, K., *Polygamy, Prostitution, and the Federalization of Immigration Law*, 105 COLUM. L. REV. 641 (2005).

¹⁵¹⁹ En France les Turcs se caractérisent par une enferment communautaire, favorisé par une stricte endogamie communautaire et par une pratique religieuse intense.

l'assimilation structurelle a eu lieu, il est fréquent que les autres types d'assimilation lui soient concomitantes ou tout au moins en découlent¹⁵²⁰.

L'assimilation est donc en France et aux Etats-Unis différente dans ses approches et finalités bien que ressemblante dans ses mécanismes. Quant à la logique intégrationniste, elle fait l'objet d'une conception similaire.

B- Une conception similaire de l'intégration des personnes dans la société

Que la société préconise une assimilation « acculturaisante » dite aussi pluraliste, ou encore au carrefour de ces deux dynamiques, elle ne préjuge pas des possibilités d'intégration ni n'en prédit le degré. En effet, l'assimilation et l'intégration ne relèvent pas de la même finalité. Pourtant, ils reflètent tous deux le caractère transcendantal de la nation.

Quand bien-même l'idée d'assimilation fait référence à la fusion dans un même tout, l'intégration renvoie à un processus d'adaptation d'un individu ou des membres d'un groupe à une société donnée. Elle se traduit par un ensemble d'interactions sociales et de liens sociaux. Ces derniers ont vocation à provoquer chez l'individu ou le groupe un sentiment d'identification à la société et à ses valeurs qui vont faire qu'il s'accorde avec ce qu'attend la collectivité et s'inscrit lui-même dans cette société. Pour E. Durkheim, ce processus induit que la société réussisse à « s'attacher les individus » et les constituent en membres solidaires d'une collectivité unifiée¹⁵²¹. Le processus opposé est donc celui d'exclusion voire de ségrégation. L'intégration peut donc se faire sur la base du modèle assimilationniste lorsqu'il a pour ambition de faire disparaître les différences culturelles de la sphère publique. Il peut aussi se développer à partir d'un modèle pluraliste ou communautariste, tolérant voire reconnaissant de tels particularismes identitaires dans la sphère publique.

De plus en plus, le terme intégration acquiert une dimension idéologique, positivement connotée, désignant un dépassement des modèles précités et reflétant l'ambition d'enrichir l'identité nationale par les apports successifs et cumulés des populations et notamment des

¹⁵²⁰ MYERS, J.P., *Dominant-Minority relations in America, Convergence in the new world*, Second edition, Pearson, 2007, Op.cit., p.125.

¹⁵²¹ DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, 4eme éd., Paris, Alcan, 1922 (1893), 416p.

migrations étrangères¹⁵²². Ainsi, l'intégration de tel ou tel groupe de populations à la société déjà constituée n'est qu'une dimension particulière de l'intégration de la société dans son ensemble. Cela implique que soient définis et acceptés des buts communs à l'entreprise collective. Il est aussi important que les individus partagent un certain nombre de pratiques et de croyances communes et qu'il existe des interactions entre les membres du groupe. On peut généralement distinguer deux types de facteurs d'intégration¹⁵²³: d'une part les facteurs individuels tels que la connaissance de la langue, la motivation, l'éducation, la durée de l'installation; d'autre part les facteurs structurels comme par exemple le statut racial, l'origine socio-économique des familles ou encore le lieu de résidence.

Ainsi, l'intégration dépendrait de trois éléments corrélés: d'abord de la personne et les caractéristiques qui la définissent tels que par exemple son niveau de formation, sa connaissance de la langue, sa volonté, sa structure familiale¹⁵²⁴, etc.; ensuite, du groupe ou de la communauté d'appartenance et/ou de référence et de la solidarité en son sein et les possibilités qu'offrent le groupe, etc.; enfin de la société d'accueil elle-même et de ses conditions économiques générales dont l'état du marché du travail, les conditions sociales et enfin les politiques gouvernementales. Ces différentes variables s'interpénètrent et rendent compte de la complexité de l'appréciation du processus d'intégration¹⁵²⁵. Ainsi, éléments objectifs et subjectifs se croisent pour mieux se mêler. De ce fait, pour être défini comme intégré, il faut la réunion de ces deux perceptions, exo et endogènes, autrement dit, une acceptation mutuelle¹⁵²⁶. L'appartenance et le sentiment national naissent donc de l'intériorisation d'un ensemble de modèles culturels et de valeurs communes spécifiques qui définissent une identité personnelle indissolublement liée à l'identité collective.

¹⁵²² La logique intégrationniste se base essentiellement sur trois mécanismes. Le premier a trait à une frontière entre deux cultures distinctes supposées différentes. Le second se réfère à une hiérarchie construite entre ces cultures, ce qui implique une relation de subordination. Enfin, la troisième part du principe que la culture infériorisée se fonde dans la culture dominante, cas de l'assimilation ou alors reste en marge de la culture dominante, cas de la ségrégation. La logique communautariste postule une égalité entre les cultures.

¹⁵²³ RÉA, A., TRIPIER, M., *Sociologie de l'immigration*, Repères, la Découverte, 2003

¹⁵²⁴ Voir TODD, E., *Le destin des immigrés, Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Essais, Fol Points, Edition du Seuil, 1994, 470p.

¹⁵²⁵ Un sondage CSA montre que 48 % des français pensent que « ce sont les personnes d'origine étrangères qui ne se donnent pas les moyens de s'intégrer » alors que 37 % pensent que « c'est avant tout la société française qui ne donne pas les moyens aux personnes d'origine étrangère de s'intégrer ». Sondage CSA- rapport de la commission nationale consultative pour les droits de l'Homme pour 2008.

¹⁵²⁶ BEGAG, A., *L'intégration*, Idées Reçues, Le Cavalier Bleu, 122p., p.11.

En France, c'est parce que le terme assimilation a revêtu une connotation négative dans les années 1970, notamment avec le réveil des régionalismes¹⁵²⁷, que se sont imposées les notions d'intégration et d'insertion¹⁵²⁸. Aux Etats-Unis, tel que précédemment mentionné, la préférence va au terme assimilation. C'est pourquoi, après avoir évoqué l'analogie du projet intégrationniste (1), nous nous attacherons à cerner les mécanismes institutionnels d'intégration dans les deux nations (2).

1- Analogie du projet intégrationniste en France et aux Etats-Unis

Au parallélisme des définitions (a) se greffe une concordance du projet intégrationniste (b).

a. Le parallélisme des définitions

Si nous cherchons désormais à appréhender le terme intégration dans les deux contextes qui nous intéressent, on se rend compte que l'on est de moins en moins face à une définition descriptive mais plutôt à une définition volontariste, faisant de l'intégration un projet à part entière.

Ainsi en France, le Haut Conseil à l'Intégration la définit comme « un processus spécifique par lequel il s'agit de susciter la participation active à la société nationale d'éléments variés et différents, tout en acceptant la subsistance de spécificités culturelles, sociales et morales et en tenant pour vrai que l'ensemble s'enrichit de cette variété et de cette complexité »¹⁵²⁹. M. Long, président du HCI, explique que l'intégration ainsi définie est un processus spécifique. « Il a préconisé que la France maintienne une logique de l'égalité des personnes qui s'inscrit dans son histoire, dans ses principes, dans son génie propre (...) »¹⁵³⁰. C'est donc un processus dynamique, continu et à effet réciproque¹⁵³¹.

¹⁵²⁷ GAILLARD, A.M., « Assimilation, insertion, intégration, adaptation : Un état des connaissances », op.cit., p.125.

¹⁵²⁸ L'intégration est un concept développé par la droite alors que le terme insertion a eu les faveurs de la gauche. *Ibid.* p.125.

¹⁵²⁹ Le Haut Conseil à l'Intégration a été créé par décret de décembre 1989. Décret n°89-912 du 19 décembre 1989 portant création d'un Haut Conseil à l'intégration, Publication au JORF du 23 décembre 1989.

¹⁵³⁰ M. LONG dans sa préface à l'ouvrage de WEIL, P., *La France et ses étrangers*, Paris, Gallimard, 2005, 579 p., p.16-17.

¹⁵³¹ HCI- Haut Conseil à l'Intégration, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration: 3ème rapport 1992/01.*, 65 p.

Aux Etats-Unis, la référence est celle de la conférence de l'UNESCO du 18 au 27 avril 1956 à la Havane qui définit l'intégration comme un processus dynamique, mettant l'accent sur l'évolution entraînée par la confrontation culturelle des différents groupes et l'ajustement réciproque et permanent entre l'immigrant et sa société d'adoption.

De ce fait, le projet intégrationniste apparaît bien similaire dans les deux contextes, en tant que processus combinant respect des identités et adhésion à une forme synthétique incarnée par l'Etat.

b. La double logique du projet intégrationniste

Le parallélisme du projet intégrationniste repose alors sur deux logiques qui coexistent: d'une part, il autorise d'autres références identitaires; d'autre part, il exige une adhésion, même partielle, aux valeurs de la société. Ainsi, le respect des différences ne se fait que dans un cadre social uni, rejoignant l'idée d'*E pluribus unum* et invitant à « d'un seul avec plusieurs ».

L'intégration « à la française » est avant tout une démarche volontariste en vertu de laquelle la personne choisit de s'intégrer à une communauté politique. La volonté commune d'appartenance à un ensemble national s'insère donc dans une logique universaliste puisqu'il s'agit de faire primer un vouloir vivre ensemble sur des identités d'origines. Ainsi les différences ne sont pas niées en tant que telles mais reléguées dans l'espace privé. C'est pourquoi modèle assimilationniste et intégrationniste, se recourent dans leur acception française en ce sens que les spécificités culturelles n'ont pas le droit de cité dans la sphère publique ne pouvant faire l'objet de reconnaissance juridique. Au contraire, la diffusion d'une culture commune à travers les valeurs couramment désignées comme les « valeurs républicaines » et la notion de citoyenneté ont façonné des individus. L'école des « hussards noirs » de J. Ferry mais aussi l'armée de conscription ont joué un rôle clef dans ce double processus, aujourd'hui pourtant largement remis en question.

Le processus d'intégration se situe donc dans « l'esprit français » en vertu duquel tous les citoyens sont considérés sans distinction que celles-ci soit sont établies sur une base raciale, de classe, de sexe ou de religion. De ce fait, la nationalité qui confère les attributs de la

citoyenneté prédisposait à une intégration à la française. Celle-ci réfutait l'idée de procéder à des distinctions entre français puisque tous étaient égaux en droit¹⁵³².

La remise en cause du modèle d'intégration à la française émerge dans les années 70. Elle résulte à la fois de la contestation de l'égalité fondée réduite à l'égalité des droits, tout autant que du caractère tronqué de l'intégration. D'une part, parce que les inégalités de fait sont de plus en plus marquées et rendues publiques. Les discriminations perceptibles et mesurées entre les résidents français et étrangers et entre les français eux-mêmes ont conduit à parler de remise en cause du modèle d'intégration égalitariste et universaliste. Il semblerait en effet que « le rejet s'exacerbe proportionnellement à la progression de l'intégration »¹⁵³³. D'autre part, l'intégration apparaît de plus en plus comme un concept déchiré¹⁵³⁴. Sa signification nationale, laquelle implique à la fois une certaine hiérarchie entre cultures et une définition précise de l'individualité, se trouve ébranlée. La réalité sociale renvoie également au fossé qui se crée entre deux caractéristiques de l'intégration à savoir la participation politique et économique qui se fait et l'intégration sociale qui tarde. De plus, certains auteurs ont aussi décrié une certaine « injonction à l'intégration »¹⁵³⁵ notamment pour les immigrés des anciennes colonies françaises lesquels furent contraints de s'intégrer afin de participer pleinement à la citoyenneté française. Que l'on parle des immigrés des anciennes colonies ou non, cette injonction d'intégration se manifeste de manière plus ou moins explicite. Ainsi, l'entretien d'assimilation, au moment de la demande de naturalisation, au cours duquel la personne doit prouver sa « francité » est une demande implicite d'intégration.

Cette attitude de l'Etat français mais aussi de la société française dans son ensemble concorde parfaitement avec l'idée de construction nationale française que nous avons décrite au premier chapitre et qui répondait à la nécessité impérieuse d'homogénéiser la nation. Elle correspondrait à une « nécessité de faire allégeance » impliquant l'acceptation des conditions

¹⁵³² Cette conception de l'intégration pouvait concerner une immigration qui avait vocation à s'installer. Or toutes les vagues migratoires n'ont pas été perçues comme ayant les mêmes intentions. Ainsi, par exemple, l'immigration antérieure à 1974 et qui se caractérisait à compter des indépendances par une arrivée de population originaire du Maghreb était envisagée comme une immigration de main d'œuvre, en rien sédentaire. De ce fait, deux cas de figure se présentaient: les immigrés dits européens qui avaient vocation à s'assimiler à la société française reléguant leurs différences dans la sphère privée; les immigrés postcoloniaux qui n'avaient pas vocation à rester. Or, avec l'arrêt officiel de l'immigration de travail en Europe en 1974, la contradiction entre la situation sociale des immigrants et l'idéologie nationale intégratrice est apparue criante. En effet, la logique égalitaire n'avait jamais été complètement ni vécue ni appliquée dans le cadre de l'expérience sociale quotidienne, et ce même entre nationaux.

¹⁵³³ BEGAG, A., *L'intégration*, op.cit., p.38.

¹⁵³⁴ D. LAPEYRONNIE parle de « déchirement du concept d'intégration », LAPEYRONNIE, D., *L'individu et les minorités, La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*, Paris, PUF, 1993, 361p., P.16.

¹⁵³⁵ Voir HAJJAT, A., *Immigration postcoloniale et mémoire*, Paris, L'Harmattan, 2005, 146 p.

déterminées et exigées par le cadre national¹⁵³⁶. Facteur de démocratie, condition de liberté individuelle, l'intégration peut se trouver valorisée alors même qu'elle est décriée en ce sens qu'elle peut constituer un facteur de destruction identitaire¹⁵³⁷.

En ce qui concerne les Etats-Unis, ils ont longtemps été caractérisés par un modèle original d'intégration qui combine deux aspects: le premier est le respect du pluralisme identitaire à travers la reconnaissance de la diversité communautaire; le deuxième s'intègre dans une forte acculturation¹⁵³⁸ aux valeurs américaines, permettant aux différentes vagues migratoires de s'incorporer de manière relativement harmonieuse dans un tout sociétal, le fameux *melting pot*. Pour autant, ce modèle s'est trouvé contesté et remis en cause au cours des années 60. En effet, l'idée de mélange a été désavouée étant donné qu'il s'agissait davantage d'une acculturation au profit d'un modèle dominant incarné par les *WASP* en lieu et place d'un véritable syncrétisme culturel résultant de l'arrivée des immigrants. Le processus même d'acculturation a été critiqué. Ainsi, le pluralisme a cessé de se satisfaire d'une reconnaissance identitaire et a commencé à exiger le droit à vivre un modèle culturel différent du modèle dominant dit américain¹⁵³⁹.

En guise de conclusions, nous pouvons formuler la même question antérieurement posée pour l'assimilation, à savoir: l'intégration est-elle un droit? La réponse semble relativement simple à formuler. L'intégration n'est pas un droit. Une personne n'a pas le droit, au sens de prérogative juridiquement reconnue et garantie, de s'intégrer ou d'être intégré. Toutefois, elle bénéficie d'un certain nombre d'attributions qui vont faciliter son intégration. En outre, son intégration va déterminer l'accès à un certain nombre de prérogatives¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁶ Ainsi, on se trouve face à un certain nombre d'incohérences importantes à la fois en raison de la « fin des sociétés nationales » et du fait de la non harmonisation des politiques d'immigration, d'intégration et de lutte contre les discriminations mais aussi par l'image dont jouit l'intégration.

¹⁵³⁷ LAPEYRONNIE, D., *L'individu et les minorités*, op.cit., p. 23.

¹⁵³⁸ Le concept d'acculturation a été dégagé par J.W. POWELL, dans les années 1880 pour traduire la transformation des modes de vie et des représentations des migrants. POWELL, J. W. *Study Ind. Lang.* [éd. 2.] 46 ds *NED Suppl.*: The force of acculturation under the overwhelming presence of millions has wrought great changes.

¹⁵³⁹ C'est ce dont témoigne le modèle en trait d'union précédemment évoqué: *Asian-american*, etc...

¹⁵⁴⁰ Ainsi par exemple, en France, la loi sur la maîtrise de l'immigration du 26 novembre 2003 subordonne la délivrance d'une première carte de résident à « l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, appréciée en particulier au regard de sa connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la république ». La logique qui présidait depuis 1984 est donc inversée¹⁵⁴⁰. La durée du séjour qui était un facteur d'intégration devient subordonné à une condition d'intégration. Qui plus est, l'intégration d'une personne est envisagée par rapport au « parcours d'intégration » proposé par l'Etat le quel, s'il est suivi par la personne, conduira à une présomption d'intégration. Dans ce sens, la naturalisation est aussi corrélée et tributaire de l'intégration républicaine, appréciée notamment par la connaissance du français et « des droits et devoirs conférés par la nationalité française ». Loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, notamment les articles 6 et 14. Voir notamment LOCHACK, D., « La loi sur la maîtrise de

2- Parallélisme des mécanismes institutionnels d'intégration

En France comme aux Etats-Unis, il n'y a pas à proprement parler de politique d'intégration mais un ensemble de politiques publiques qui favorisent, explicitement ou implicitement le processus d'intégration¹⁵⁴¹. Parmi elles, mais sans prétendre à l'exhaustivité, on peut répertorier les politiques publiques d'immigration et d'accueil des migrants, les politiques publiques d'acquisition de la citoyenneté et de la nationalité, les politiques publiques linguistiques, les politiques publiques culturelles, les politiques publiques économiques et sociales, les politiques publiques de lutte contre le racisme et les discriminations. Nous nous attacherons ici aux dispositifs d'accueil des migrants (a) aux politiques linguistiques (b) et au dispositif de lutte contre le racisme et des discriminations (c).

a. Les politiques publiques d'accueil des migrants.

Alors qu'aux Etats-Unis, ce processus relève de la compétence des Etats fédérés et s'est structuré depuis plusieurs décennies, ce n'est qu'en 1986 que la France a mis en place un processus d'accueil des immigrés, nouveaux arrivants¹⁵⁴². Avec l'instauration du contrat d'accueil et d'intégration il s'est agi de créer un véritable parcours d'intégration¹⁵⁴³, envisagé sur le territoire national¹⁵⁴⁴. L'idée de contrat repose sur un engagement réciproque, formulé par le migrant, *primo*-arrivant entré légalement sur le territoire et l'Etat français¹⁵⁴⁵. Ainsi, le dispositif d'intégration repose sur la définition « d'un projet civique partagé » et s'insère dans

l'immigration: analyse critique », Immigration, Intégration, Regards sur l'actualité, La documentation française, n°299, mars 2004, pp.13-28, pp.23-24.

¹⁵⁴¹ Notre prétention n'est pas de parler de toutes les politiques publiques fédérales ou nationales, et locales. Ainsi nous ne nous intéresserons pas à toutes les politiques en vigueur dans les états, favorisant le processus d'intégration. De la même manière, nous ne déclinons pas l'ensemble des politiques contractuelles Etat /communes, développées en France depuis 1977. Sur ce sujet voir A.D.R.I., *Guide pratique de l'intégration*, La documentation française, 8eme éd., 1993, 173 p., pp.75-88.

¹⁵⁴² Le dispositif d'accueil des familles arrivées au titre du regroupement familial fut instauré par une circulaire de 1986, complétée par une circulaire du 12 mars 1993 et du 19 décembre 1994. Ce dispositif sera élargi aux familles de réfugiés et aux membres étrangers des familles françaises par la circulaire du 1 er juin 1999.

¹⁵⁴³ Il a été développé dans un cadre départemental. Dans les départements accueillant un grand nombre de primo arrivants, des plateformes d'accueil ont été créés, gérées par l'Office des Migrations Internationales. BISON, A., «Le contrat d'accueil et d'intégration», *Immigration, Intégration, Regards sur l'actualité*, La documentation française, n°299, mars 2004, pp.42-43.

¹⁵⁴⁴ La volonté de créer un tel contrat a été annoncé dans un discours de Jacques Chirac prononcé à Troyes, le 14 octobre 2002. Elle fut formalisée lors du comité interministériel à l'intégration du 10 avril 2003.

¹⁵⁴⁵ L'idée de contrat apparaît dans le rapport de novembre 2001 du Haut Conseil à l'Intégration. Il s'inspire notamment de l'expérience québécoise. Voir BISON, A., « Le contrat d'accueil et d'intégration », *Immigration, Intégration, Regards sur l'actualité*, op.cit, pp.41-51.

une triple logique¹⁵⁴⁶: la création d'un véritable service public d'accueil; le développement de l'apprentissage de la langue française; la formalisation des engagements réciproques par un contrat.

L'idée de développer un service public de l'accueil implique d'abord que l'accueil soit dispensé à tous ceux qui sont arrivés légalement sur le territoire français et ayant vocation à y séjourner durablement, et, ce, qu'ils soient en France au titre du regroupement familial, du statut de réfugiés ou qu'ils soient étrangers en situation régulière avec une carte de séjour d'au moins une année. Ensuite, la création d'un service public postule une certaine généralisation des dispositifs à l'ensemble du territoire¹⁵⁴⁷.

La logique contractuelle postule un engagement réciproque: en premier lieu de la part du nouvel arrivant qui s'engage à la fois à suivre les formations linguistiques et civiques proposées et à respecter les lois de la République; en second lieu, de la part de l'Etat français qui s'engage à offrir des prestations d'accueil de qualité. Le contrat qui en découle, Contrat d'Accueil et d'Intégration (CAI), est conclu pour une durée d'un an renouvelable une fois¹⁵⁴⁸. Il se compose de deux volets, un commun à tous les publics¹⁵⁴⁹, le second regroupant des fiches personnalisées en fonction des migrants¹⁵⁵⁰. Il est signé par le préfet au nom du gouvernement. Développé dans douze départements pilotes dès le 1^{er} juillet 2003, puis quatorze supplémentaires en 2004, le dispositif a été finalement généralisé en 2006 à l'ensemble du territoire. Estimant qu'un cinquième des personnes signataires ne respectaient pas le contrat¹⁵⁵¹, le législateur a modifié les dispositions lors du vote de la loi du 16 juin 2011

¹⁵⁴⁶ *Ibid.* p.42.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.* p. 44. Le dispositif institutionnel a beaucoup évolué. Le décret n° 2009-331 du 25 mars 2009 substitue ainsi la dénomination « Office français de l'immigration et de l'intégration » à la dénomination « Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations ». Il devient alors le seul opérateur de l'Etat en charge de l'immigration légale. Placé sous la tutelle du Ministère de l'Intérieur, l'OFII remplit 4 principales missions que l'Etat lui a déléguées, et parmi elles, l'accueil et l'intégration des immigrés autorisés à séjourner durablement en France et signataires à ce titre d'un contrat d'accueil et d'intégration avec l'Etat.

¹⁵⁴⁸ En vertu des dispositions de l'article L.311-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), « l'étranger admis pour la première fois au séjour en France et qui souhaite s'y maintenir durablement, prépare son intégration républicaine dans la société française. A cette fin, il conclut avec l'Etat un contrat d'accueil et d'intégration (...) » (art. 5 de la loi du 24 juillet 2006).

¹⁵⁴⁹ Le contrat type décline les obligations incombant aux deux parties. Pour ce qui est de l'Etat: accueil collectif; entretien individuel avec un auditeur social; bilan simplifié de prescription linguistique en cas de besoin; un entretien avec un travailleur social si nécessaire; une formation civique; une formation linguistique si nécessaire; une formation sur la vie en France et les services publics; un suivi, un accompagnement social personnalisé; un accompagnement par le service de l'emploi. Concernant les obligations du primo arrivant entré légalement sur le territoire français: suivre la formation civique; suivre la formation linguistique si elle est prescrite; satisfaire aux prescriptions faites dans les cadre des actions d'accompagnement; respecter les textes fondamentaux et les valeurs de la république. Voir Contrat d'Accueil et d'Intégration, Annexe n° 12.

¹⁵⁵⁰ Celles-ci présentent la nature des formations linguistiques et ou civiques supplémentaires. Voir *Ibid.*

¹⁵⁵¹ En 2010, l'Office français pour l'intégration faisait office de 105 355 signatures. Chiffres cités dans LABAYLE, H., « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 », op.cit., p. 940.

pour prendre en compte une volonté caractérisée par l'étranger de ne pas respecter certaines stipulations du contrat¹⁵⁵².

b. Les politiques publiques linguistiques

Facteur d'assimilation, la maîtrise de la langue nationale est un instrument d'intégration et, de ce fait, un indicateur du degré d'intégration d'une personne¹⁵⁵³. Alors que l'immigration ouvrière et masculine, tant en France qu'aux Etats-Unis ne requerrait pas une maîtrise effective de la langue, la précarité actuelle des secteurs économiques, le développement des métiers du tertiaire, l'établissement de la vie familiale des populations ont contribué à rendre la pratique et l'écriture de la langue indispensable à la vie en société.

La Charte Sociale Européenne de 1996¹⁵⁵⁴ a engagé les Etats signataires à « favoriser et faciliter l'enseignement de la langue nationale du pays d'accueil ». Dans ce cadre, la France a institué dans le contrat d'accueil et d'intégration. De plus, l'apprentissage du français est un droit dont dispose tout salarié dans le cadre de sa formation professionnelle. Depuis 1970 ont été mises en place des classes d'initiation (CLIN) au français, en tant que langue étrangère pour des enfants étrangers scolarisés¹⁵⁵⁵. L'idée d'intégration par la maîtrise du français couplée avec le maintien du lien avec la langue d'origine est formalisée par le programme d'enseignement des langues et cultures d'origine (ELCO)¹⁵⁵⁶. Ce dispositif fut complété en

¹⁵⁵² L'article 8 de la loi du 16 juin 2011 dispose notamment: « Lors du renouvellement de la carte de séjour intervenant au cours de l'exécution du contrat d'accueil et d'intégration ou lors du premier renouvellement consécutif à cette exécution, l'autorité administrative tient compte du non-respect, manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration s'agissant des valeurs fondamentales de la République, de l'assiduité de l'étranger et du sérieux de sa participation aux formations civiques et linguistiques, à la réalisation de son bilan de compétences professionnelles et, le cas échéant, à la session d'information sur la vie en France ».

¹⁵⁵³ Sur la question de la diversité linguistique en France, voir annexe n° 6.

¹⁵⁵⁴ Adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1961, elle a été révisée en 1996.

¹⁵⁵⁵ Circulaire n° IX-7037 du 13 janvier 1970.

¹⁵⁵⁶ Circulaire du ministère de l'éducation nationale n° 75-148 du 9 avril 1975. Une circulaire n° 76-387 du 4 novembre 1976, complète ce dispositif en organisant des centres de formations et d'information pour la scolarisation des enfants de migrants (CEFISEM) dans les académies. Sa mission sera redéfinie en 1986 en même temps que seront réorganisées les classes d'initiations et les classes d'accueils. Circulaire n° 86-119 du 13 mars 1986. Elle s'inscrit dans un partenariat de la France avec sept pays: (Espagne, Grèce, Italie, Maroc, Turquie, Portugal et Roumanie). Ce dispositif s'intègre aujourd'hui dans l'article 6 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre. Il dispose dans son article 6: « La Communauté française, pour l'enseignement qu'elle organise, et tout pouvoir organisateur, pour l'enseignement subventionné, poursuivent simultanément et sans hiérarchie les objectifs suivants: 1° promouvoir la confiance en soi et le développement de la personne de chacun des élèves; 2° amener tous les élèves à s'approprier des savoirs et à acquérir des compétences qui les rendent aptes à apprendre toute leur vie et à prendre une place active dans la vie économique, sociale et culturelle; 3° préparer tous les élèves à être des citoyens responsables, capables de

1981 par l'institutionnalisation de Zone d'Education Prioritaire (ZEP) dont les établissements qui en relèvent bénéficient de moyens supplémentaires¹⁵⁵⁷. Même si cela n'est pas spécifiquement destiné aux élèves *primo* arrivants ou étrangers, il n'en reste pas moins que ces zones correspondent fréquemment aux lieux d'habitants des familles immigrantes¹⁵⁵⁸.

L'appréhension du bilinguisme est actuellement bien différente en France et aux États-Unis. Toutefois, et ce jusqu'à la fin des années 60, on pouvait observer un certain parallélisme entre les politiques publiques françaises et américaines puisque, dans un cas comme dans l'autre, l'unité culturelle signifiait la maîtrise des deux langues nationales à savoir le français et de l'anglais¹⁵⁵⁹.

Aux États-Unis, l'éducation en tant que préoccupation nationale, entendu comme un enjeu fédéral, est un phénomène relativement récent, marqué par l'adoption du *Lanham Act* de 1940¹⁵⁶⁰. Cependant, ce sera surtout pendant la guerre froide que, par le *National Defense Education Act* de 1958, l'éducation deviendra un élément de la sécurité nationale¹⁵⁶¹, faisant de l'apprentissage des langues étrangères une ambition répétée de la loi.¹⁵⁶² Les bases de l'apprentissage du bilinguisme semblent alors posées, institutionnalisées par le *Secondary Education Act* de 1965¹⁵⁶³. A l'issue de la révolution pour les droits civils et du fait de l'évolution de la politique nationale de sécurité¹⁵⁶⁴, les États-Unis adoptent une politique fédérale en matière de bilinguisme à travers le *Bi lingual Education Act* de 1968. En 1970, l'office pour les droits civils, l'OCR¹⁵⁶⁵, l'érige au titre des droits contenus dans le titre VI du

contribuer au développement d'une société démocratique, solidaire, pluraliste et ouverte aux autres cultures;4° assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale ».

¹⁵⁵⁷ Circulaire n° 81-328 du 1^{er} juillet 1981 du ministère de l'éducation nationale.

¹⁵⁵⁸ A côté des CLIN et des Classes d'accueil pour enfants non francophones (CLA), on trouve un dispositif d'accompagnement scolaire, essentiellement destiné aux enfants étrangers et d'origine étrangère.

¹⁵⁵⁹ Sur la question du bilinguisme, voir notamment FREEMAN, R.D., *Bilingual Education and Social Change*, Philadelphia, Multilingual matters, 1998, 276p., p.37.

¹⁵⁶⁰ *The Lanham Act* n'est pas une véritable politique fédérale d'éducation mais permet la dotation de fonds fédéraux pour des écoles locales. Le dispositif d'aide fédérale sera étendu dès 1950. Voir SKRENTNY, J.D., *The Minority Rights Revolution*, Cambridge, Belknap Harvard, 2002, 474p., p. 182-183.

¹⁵⁶¹ Le préambule du *National Defense Education Act* stipule : « The national interest requires...that the fédéral government give assistance to éducation and programs wich are important to our national défense ». Le *National Defense Education Act* dit NDEA date du 2 septembre 1958. SKRENTNY, J.D., *The minority rights revolution*, op.cit.p.184.

¹⁵⁶² La préférence aux étudiants spécialisés dans les langues étrangères modernes est formulée aux titres II, III, VI et XI de la loi. Ainsi, en 1959 ont été créés 12 instituts de langues étrangères formant 925 professeurs. Ibid.. pp. 184-185.

¹⁵⁶³ La loi fédérale du 11 avril 1965 a été amendée en 1967 (Public Law 90-247). Le nouveau Title VII concerne le *Bilingual Education Programs*.

¹⁵⁶⁴ SKRENTNY, J.D., « Bilingual education and language rights », in *The minority rights revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2002,op.cit 84, pp.179-229.

¹⁵⁶⁵ *Office for Civil Rights*.

Civil Rights Act, ce qui sera confirmé par la Cour Suprême en 1974¹⁵⁶⁶. Ce dispositif représente bien plus qu'un système d'éducation bilingue. Essentiellement tourné vers l'espagnol, et en premier lieu au bénéfice des réfugiés cubains, il concerne tout autant une approche biculturelle que bilingue. L'idée n'est autre que de faciliter l'assimilation des latinos, alors que les *Blacks* bénéficient du mouvement des droits civils. Le développement d'un *langage rights* au profit des autres minorités, confirmé par la décision *Lau v. Nichols* précitée, prescrit que les *national-origin minorities* disposent de droits linguistiques dans le domaine de l'éducation. Pour autant, la Cour ne mentionne pas le terme d'éducation bilingue alors même qu'elle la requiert¹⁵⁶⁷. La définition de l'éducation bilingue sera donnée en 1974 par le *Bilingual Education Act Amendments* et l'envisage comme le fait de former dans la langue natale de l'étudiant et en anglais tout en incorporant aussi la culture natale de l'étudiant¹⁵⁶⁸. Il est intéressant de noter que suite à la proposition 227 votée en Californie en 1998, l'éducation bilingue fut stoppée au seul profit de l'anglais¹⁵⁶⁹. Portée devant les juridictions, les juges ont estimé que ce dispositif motivé par des réformes de l'éducation n'était pas animé par un sentiment anti racial et ne s'opposait pas à la clause d'égalité protection¹⁵⁷⁰.

c. Les politiques publiques de luttres contre le racisme et les discriminations

La politique de lutte contre les discriminations raciales est sans nul doute un élément clef de politiques publiques d'intégration.

En France on distingue la lutte contre le racisme et la lutte contre les discriminations. « La discrimination raciale est une différence arbitraire de traitement pratiquée aux dépens d'une personne ou d'un groupe de personnes, une violation du principe fondamental d'égalité. Elle consiste donc à « traiter de manière défavorable une personne ou un groupe de personnes en

¹⁵⁶⁶ C.S., *Lau v. Nichols*, 414 U.S. 563 (1974), La cour donne raison aux requérants qui invoquaient la violation du titre VI du *Civil Rights Act* de 1964 au motif de discrimination relative à l'éducation basée sur une discrimination en vertu de l'origine. Elle argue du fait que le manque d'accommodation linguistique spécifique contrevient à l'égalité des opportunités en matière d'éducation des étudiants chinois. Elle corrèle alors la langue des personnes à l'origine des personnes.

¹⁵⁶⁷ Il est intéressant de noter que la Cour n'appuie pas son raisonnement sur le 14^{ème} amendement mais le fonde sur le *Civil Right Act*. En demandant aux Etats de favoriser l'égalité d'opportunité, cela suppose des dispositions spéciales pour les personnes ne parlant pas anglais.

¹⁵⁶⁸ Le *bilingual education program* est définie par le *Bilingual Education Act Amendments* « as one that provided instruction in English and in a native language to allow students to make progress in the educational system ». Voir SKRENTNY, J.D., *The minority rights revolution*, op.cit., p. 225.

¹⁵⁶⁹ L'Arizona, le Colorado et le Massachusetts ont pris des mesures similaires.

¹⁵⁷⁰ C.S. *Valeria v. Davis*, 307 F.3d 1036 (9th Cir. 2002), Voir FISCHER L., HARRIGER, K., J., *American Constitutional Law, vol.2 Constitutional Rights, Civil rights and Civil Liberties*, op.cit., p. 810.

raison de leur origine réelle ou supposée, leur appartenance ou non –appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une « race », leur appartenance physique ou bien encore leur patronyme. »¹⁵⁷¹ Elle se manifeste soit de manière directe, soit indirecte. La discrimination directe est celle qui opère volontairement une distinction entre les personnes, de façon apparente ou cachée. La discrimination indirecte découle de l'application d'une règle apparemment neutre mais qui entraîne en pratique un désavantage particulier pour des personnes. Elle ne peut être révélée que par une analyse statistique détaillée qui révélera si cette règle lèse des personnes ayant en commun une même origine réelle ou supposée. Elle est donc une des manifestations possibles du racisme. Par ailleurs, la discrimination ne repose pas forcément sur le racisme.

Un tel dispositif a son origine dans la déclaration de 1789 et notamment dans son article 1^{er}. Il découle donc directement du principe d'égalité¹⁵⁷². Toutefois, il n'a pris un caractère prioritaire que dans les années 90 en dépit des textes internationaux et des textes constitutionnels dès 1946 et 1958. Le premier condamne toute distinction fondée sur l'origine des personnes¹⁵⁷³ et les seconds donnent une valeur constitutionnelle au principe de non-discrimination. Par exemple, la convention des Nations Unies du 21 décembre 1965, dénommée Convention Internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale oblige pour la première fois l'Etat à mettre en place une politique visant à l'élimination de toute forme de discrimination raciale¹⁵⁷⁴. Dans ce cadre, la France vota la loi Pleven adoptée le 1^{er} juillet 1972 qui crée l'infraction pénale de discrimination raciale¹⁵⁷⁵. D'autres lois furent votées, telle que la loi informatique et libertés de 1978 déjà citée. Cette dernière donne naissance à la CNIL interdit toutes mentions dans un fichier manuel ou informatique de certaines données nominatives faisant paraître les origines raciales, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes¹⁵⁷⁶. Dans le cadre du code du travail, la loi Auroux du 4 août 1982 introduit un

¹⁵⁷¹ Dossiers, « La lutte contre les discriminations raciales », Immigration, Intégration, Regards sur l'actualité, La documentation française, n°299, mars 2004, pp.53-68, p.54

¹⁵⁷² Article 1^{er} de la déclaration de 1789 stipule: Les hommes naissent libres et égaux en droits ». Cf. Annexe n°3.

¹⁵⁷³ Notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, Convention OIT C111 relative à la discrimination en matière professionnelle de 1958.

¹⁵⁷⁴ Article 2-1 de la Convention Internationale pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales du 21 décembre 1965 invite tous les Etats « à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races ».

¹⁵⁷⁵ Loi 72-546 relative à la lutte contre le racisme, dite loi Pléven, op.cit.

¹⁵⁷⁶ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. op.cit.

nouvel article qui interdit la sanction ou le licenciement pour motif de l'origine, l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race du salarié¹⁵⁷⁷. Le dispositif s'étoffe en 1990 par la loi Gayssot qui crée des peines complémentaires à la sanction pour délit de discrimination raciale et confie à la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) de rendre un rapport annuel sur la lutte contre le racisme et la xénophobie. La remise du rapport est prévue pour le 21 mars de chaque année, date choisie par les nations unies pour célébrer la journée internationale pour la lutte contre les discriminations¹⁵⁷⁸. Après les rapports du Haut conseil à l'intégration d'octobre 1998 et du conseiller d'Etat de mars 1999, le gouvernement adopte une attitude plus volontariste¹⁵⁷⁹.

L'instauration d'un dispositif européen de lutte contre les discriminations se matérialise dès 1997¹⁵⁸⁰ et plus particulièrement en 2000 à travers l'adoption de la directive communautaire 2000/43/CE du 29 juin 2000. Définissant la notion de discrimination au plan communautaire, elle inverse la charge de la preuve au profit des victimes. La directive sera transposée en droit français par la loi du 16 novembre 2001, dite « loi relative à la lutte contre les discriminations »¹⁵⁸¹. Celle-ci étoffe le dispositif appuyé par la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité¹⁵⁸², la HALDE¹⁵⁸³. L'intégration sociale

¹⁵⁷⁷ Loi n°82-689 du 4 août 1982 - Sommaire relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. loi dite *loi Auroux*. Crée l'article L122-45 qui interdit de sanctionner ou de licencier un salarié en raison de son origine, son sexe, sa situation de famille, son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou ses convictions religieuses. La loi Pors du 13 juillet 1983 interdira à son tour les distinctions des fonctionnaires en raison de leur appartenance ethnique, *Loi n°83-634 du 13 juillet 1983* portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁵⁷⁸ La date retenue commémore le souvenir des 69 personnes tuées par la police à Sharpeville en Afrique du Sud, le 21 mars 1960, au cours des manifestations pacifiques contre l'Apartheid.

¹⁵⁷⁹ Il crée alors les CODAC et un groupe d'étude sur les discriminations (GED) rebaptisé en 2000 Groupe d'Etude et de lutte contre les discriminations (GELD). Groupement d'intérêt public, le GELD est mandaté pour analyser les phénomènes discriminatoires et formuler des propositions. Celui-ci se trouvera en charge dès le 16 mai 2000 de la gestion du 114, numéro vert instauré par le ministère de l'Emploi et de la Solidarité pour les personnes victimes ou témoins de discriminations raciales.

¹⁵⁸⁰ L'année 1997 fut « l'année européenne de lutte contre les discriminations ». Le traité d'Amsterdam, pose dans son article 13, la base de la compétence communautaire en matière de lutte contre les discriminations. Il dispose que le conseil de l'Union européenne est désormais compétent pour prendre toutes les mesures nécessaires pour lutter contre toutes les formes de discriminations. Cette base juridique va permettre le développement du « paquet anti-discrimination » avec l'adoption de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe; la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 instituant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi, et créant le programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations pour la période 2001-2006. Le lancement du programme d'initiative communautaire EQUAL pour la période 2000-2006 ; la mise en place du réseau européen d'information sur le racisme et la xénophobie (Raxen).

¹⁵⁸¹ LOI n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹⁵⁸² Voir Rapport Stasi, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'Egalité*, <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/brp/notices/044000074.htm>. Consulté le 01.01.2011.

¹⁵⁸³ La Halde est souvent critiquée, notamment par les milieux politiques de droite. Voir LAURENT, S., « La Halde perd sa tête, avant de disparaître? » DU 17.11.2010, *Le monde.fr*. Pourtant, comme le souligne l'auteur : Le nombre de réclamations déposées par des Français auprès de la Halde est pourtant en nette hausse, selon des

intervient plus doucement et est freinée par le croisement de deux stigmatisations: celle qui résulte de l'origine (race, ethnique..) ¹⁵⁸⁴ et celle qui se rattache au statut social. Or il est démontré que les nouvelles vagues d'immigration appartiennent dans leur majorité à la classe la plus défavorisée, ce qu'aux Etats-Unis on désigne communément comme l'*Under class*.

L'assimilation et l'intégration, processus politiques et sociologiques, ont une traduction juridique importante, révélatrice de la gestion des relations entre l'Etat et les groupes de population d'origine étrangère. Nonobstant ces politiques d'assimilation et d'intégration, le pluralisme identitaire est une donnée effective en France et aux Etats-Unis. Il en résulte que des groupes se revendiquent comme des minorités. Nous allons à présent apprécier cette situation et analyser son appréhension par les champs juridiques.

§2- La question du droit des groupes

Il est certes important de définir le droit de l'immigration, de la nationalité, de la différence, mais il est capital d'analyser comment les personnes se définissent face au droit, à cet ensemble de droits. Cette acception nous invite à envisager la question des groupes en France et aux Etats-Unis, et en particulier à leur catégorisation et institutionnalisation (A). Cette analyse nous conduira à nous interroger sur un droit des groupes (B).

A- De la catégorisation à l'institutionnalisation des groupes

En dépit des processus d'assimilation et d'intégration, motivés par un même souci de maintenir un socle unitaire au niveau de la nation, la reconnaissance des différences est effective dans les deux contextes considérés. Le corpus juridique, construit de manière *ad hoc*, a ainsi contribué à institutionnaliser des rapports fondés sur une base ethnoculturelle, en

chiffres publiés dans Le Figaro: il est passé de 1 410 en 2005 à 10 545 en 2009, justifiant, selon l'autorité, son efficacité et la hausse de son budget. Mais l'augmentation du nombre de requêtes se fait au risque d'une pertinence proportionnellement moindre: plus de 7 000 de ces 10 545 réclamations sont rejetées car irrecevables, 1 043 réorientées, et 1 752 seulement donnent lieu à un travail approfondi de la Halde, dont 212 aboutissent à un procès ».

¹⁵⁸⁴ Ainsi par exemple: « Regardless of where they come from, immigrants learn that, in America, lighter is always better, darker is always worse and black is worst », in GANS, H.J., « The American Kaleidoscope then and now », in JACOBY, T., *Reinventing the Melting Pot*, op.cit, p.35.

raison de leur prégnance explicite ou implicite dans la sphère publique. Ainsi, pour répondre à la manifestation des rapports sociaux et des relations sociales inter-identitaires, on a assisté dans les deux contextes à une reconnaissance institutionnelle des groupes, ou plus exactement de certains groupes¹⁵⁸⁵, implicite (1) ou explicite (2).

1- Une reconnaissance implicite des identités collectives

En France, la reconnaissance implicite des identités s'est d'abord traduite par des mesures relevant d'un différentialisme compensatoire¹⁵⁸⁶. Répondant à une logique de justice sociale, ces mesures impliquent à la fois une catégorisation des personnes et une territorialisation des politiques publiques. Dans ce cadre, les critères de classifications sont essentiellement identitaires, liés à l'âge, au sexe, à l'état de santé ou encore à la situation socio-économique ou géographique des personnes¹⁵⁸⁷.

La prise en compte implicite des identités ethnoculturelles s'est par ailleurs manifestée par des mesures traduisant un différentialisme correcteur. Ces actions relativement récentes visent à supprimer des différenciations illégitimes. Elles sont caractérisées à la fois par des politiques de lutte contre les discriminations et par des politiques de discriminations positives, ces dernières étant entendues dans un sens étroit et synonyme de *l'affirmative action* développée aux Etats-Unis.

Dans ce cadre, la reconnaissance des identités ethnoculturelles s'est réalisée *a contrario*, à travers les politiques de lutte contre les discriminations. On a donc assisté à une reconnaissance *de facto* de l'appartenance des individus à certains groupes puisque l'individu est renvoyé à sa différence pour que le droit à l'indifférence lui soit garanti. Ainsi, à partir de

¹⁵⁸⁵ Les relations interethniques sont des relations qui construisent et unissent des groupes socialement définis par leur origine, réelle ou supposée, et leur culture, revendiquée ou imputée. Ainsi, les faits culturels sont « captés par un système de désignation et de catégorisation ». Les relations sociales interethniques qui supposent le contact, la coexistence sont par conséquent plus soumises aux conjonctures temporelles et aux configurations locales. S'inscrivent nécessairement dans l'ordre structurant des rapports interethniques, mais ne font pas que les refléter. RUDDER, D.V., POIRET, C., VOURC'H, F., *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF., 2000, pp.38-39.

¹⁵⁸⁶ BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Corpus ESSAIS, Paris, Economica, 2004, 533p., p.31.

¹⁵⁸⁷ O. BUI-XUAN distingue trois catégories de bénéficiaires, devenus des sujets ou plus exactement des objets de politiques publiques spécifiques: d'abord les personnes dites potentiellement vulnérables et parmi elles, les jeunes, les personnes âgées ou encore les femmes; ensuite les personnes dites particulièrement fragiles à savoir les handicapés mais aussi les primo arrivants; Enfin, les personnes placées dans une situation socio-économique délicate mais aussi les habitants des territoires défavorisés. BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit. pp.92-168.

la loi du premier juillet 1972 circonscrite au domaine pénal¹⁵⁸⁸ jusqu'à la loi du 16 novembre 2001 qui pose un véritable cadre général de lutte contre les discriminations en passant par la mise en place de structures institutionnelles telles que les CODAC¹⁵⁸⁹ on peut sans nul doute postuler d'une reconnaissance *de facto* de l'appartenance des individus à certains groupes de personnes. L'individu est envisagé dans le cadre de son appartenance à une dimension collective. Ainsi, de manière paradoxale, l'individu victime d'une discrimination n'a d'autre choix que de revendiquer ou accepter sa différence, même raciale, afin que le droit à l'indifférence s'applique.

La reconnaissance des identités ethnoculturelles s'est réalisée *in concreto* à travers les politiques de discriminations positives lesquelles témoignent de l'adaptabilité du droit. Rappelons que ces dernières ne recourent pas l'ensemble des actions positives qui se fondent sur l'équité¹⁵⁹⁰ mais caractérisent semble-t-il des mesures impliquant une obligation de résultat, visant à corriger les conséquences d'une différenciation de traitement, destinées à des groupes d'individus qui ont été ou sont discriminés¹⁵⁹¹. Parmi les discriminations positives fondées sur des critères ethnoculturels¹⁵⁹² et plus particulièrement les mesures basées sur l'origine des personnes, il nous faut mentionner les discriminations dans la fonction publique en faveur des citoyens français musulmans d'Algérie à l'époque où l'Algérie était faite de 10 départements français¹⁵⁹³ et certaines discriminations dans la fonction publiques en faveur des Kanaks¹⁵⁹⁴. Là encore, le droit réparateur légitime explicitement la reconnaissance de groupes

¹⁵⁸⁸ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 ne concernait que les discriminations raciales, nationales et religieuses. Plusieurs textes viendront compléter la liste des critères illégitimes de différenciation.

¹⁵⁸⁹ La Commission départementale d'accès à la citoyenneté, CODAC, est un dispositif créé dans chaque département dès le 18 janvier 1999 à la demande du Ministère de l'Intérieur. Elle a pour mission de favoriser un accès égal à la citoyenneté pour tous. Sous l'autorité de Monsieur le Préfet, la CODAC est pilotée par la Direction Départementale de la Jeunesse et des Sports.

¹⁵⁹⁰ Plusieurs mesures sont souvent confondues avec celles relevant de la discrimination positive sans toutefois réunir les quatre conditions cumulatives. Voir *infra* p.415.

¹⁵⁹¹ *Ibid*, p.212-213.

¹⁵⁹² Notons que d'autres discriminations positives portent sur des critères autres que des éléments identitaires ethnoculturels telles que les discriminations en faveur des handicapés, ou encore, les plus notoires, les discriminations positives en faveur des femmes candidates sur les listes électorales.

¹⁵⁹³ Le décret du 17 mars 1956 contient deux mentions faisant référence aux quotas en faveur des citoyens français musulmans d'Algérie. *Ibid*, p.238. Ces mesures furent complétées en 1958 par l'ordonnance n° 58-1016 du 29 octobre 1958 et par l'adoption de la loi organique du 26 janvier 1960. *Ibid*, pp.238-239. Le tout fut entériné par le Conseil constitutionnel. Décision du 15 janvier 1960. Voir François Mélin-Soucroumanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit Public Positif », 1997, p.66.

¹⁵⁹⁴ L'article 137 de la loi du 6 septembre 1984 jugée conforme à la constitution entérine donc une discrimination positive fondée sur l'origine des personnes. C.C., DC n° 84-178 DC du 30 août 1984 Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137 Cette autorisation des discriminations positives s'est vue confirmée par la décision du 15 mars 1999 laquelle valide l'article 24 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999.

implicitement définis sur des critères religieux et ethniques, participant à ce que l'on pourrait qualifier une « politique d'indigénisation »¹⁵⁹⁵.

Les identités culturelles collectives se retrouvent enfin au cœur d'autres mesures qui relèvent d'un différentialisme correcteur et qui répondent à une logique de justice réparatrice. Les emplois réservés aux jeunes des quartiers défavorisés, ceux favorisant les personnes résidant dans les ZUS, ZFU ou ZRU¹⁵⁹⁶ ou encore les conventions ZEP¹⁵⁹⁷ établies par l'IEP de Paris bénéficient à des groupes définis sur une base territoriale. Toutefois, ces référents géographiques se superposent à des ensembles sociologiques dans lesquels on retrouve une certaine identité commune forgée à la fois par une situation socio-économique similaire mais aussi bien souvent par une histoire familiale d'immigration. Dans le même sens, la création de la Commission d'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'occupation, implique la reconnaissance d'une communauté juive à qui on reconnaît des droits spécifiques¹⁵⁹⁸.

Ces mesures fondées sur un différentialisme compensatoire et correcteur, même si elles participent à une reconnaissance des identités, restent au service de l'universalisme. Elles visent en effet à renforcer la finalité universaliste et égalitariste. Cette idée corrobore le principe jurisprudentiel précité, selon lequel «le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes»¹⁵⁹⁹.

Néanmoins, cette reconnaissance juridique progressive des identités ethnoculturelles a été confirmée et complétée. Son développement questionne de plus en plus les principes

¹⁵⁹⁵ MOUTOUH, M., *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, 1996, sous la dir. De J. du Bois de Gaudusson, Université Montesquieu-Bordeaux-IV, p.262.

¹⁵⁹⁶ Les Zones urbaines sensibles, (ZUS), les Zones de redynamisation urbaine (ZRU) et les Zones franches urbaines (ZFU) désignent quartiers prioritaires dans lesquels l'Etat français et ses partenaires développent dans le cadre des contrats de villes des programmes visant notamment à motiver la cohésion sociale, et notamment l'intégration. Les ZFU font l'objet d'une attention prioritaire. Intégrées dans les ZRU elle concentre les indicateurs les plus élevés en termes de difficultés économiques et sociales. Elles sont définies par l'article 2 de la loi de 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville. Loi n°96- du 14 Novembre 1996.

¹⁵⁹⁷ Notons que les ZEP ont été modifiées par la réforme dite De Robien en 2006 et se sont vues enrichies de réseaux ambitions réussites. Ces 249 RAR constituent des pôles géographiques pour favoriser l'égalité des chances. *CIRCULAIRE N°2006-058 du 30 mars 2006, Education prioritaire*. Bulletin officiel, n°14 du 6 avril 2006.

¹⁵⁹⁸ Décret n°99-778 du 10 septembre 1999 instituant une commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation.

¹⁵⁹⁹ Notons que ce principe est toujours réaffirmé avec force par le conseil constitutionnel. Voir récemment CC Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], Considérant n°9. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>, consulté le 22 juillet 2011.

républicains, remettant même en cause l'universalisme. En effet, la mutation du droit vers un droit de plus en plus multiculturel s'effectue par la prise en compte des différences en amont et non plus seulement pour compenser ou réparer des injustices. Dans ce cadre, considérer les différences et les valoriser se révèle une condition de l'égalité des chances. Ce mouvement normatif s'analyse notamment à travers des mesures relevant d'un différentialisme adaptateur aussi bien que reconnaissant et postule d'un droit à la différence.

Les mesures relevant du différentialisme adaptateur et du différentialisme reconnaissant ont en effet entériné la reconnaissance juridique des identités ethnoculturelles. Les premières, à travers l'adaptation de la règle de droit à des spécificités géographiques et aux particularismes locaux ont permis de légitimer les différences. L'idée de préservation de la singularité des territoires d'Outre-mer a ainsi impliqué l'application mesurée et contrôlée de la spécialité législative. Ces différences se fondent explicitement sur des éléments territoriaux mais impliquent implicitement la reconnaissance de groupes définis sur des critères principalement ethniques et culturels. Ainsi, ces adaptations du droit, qu'elles soient édictées depuis le centre ou prises par des assemblées territoriales¹⁶⁰⁰, se justifient par la prise en compte de situations particulières et par la reconnaissance d'identités spécifiques. Situation caractéristique des TOM après 1946, le droit à la diversité statutaire est reconnu aux départements d'Outre-mer par la loi du 13 décembre 2000¹⁶⁰¹ «dans la mesure nécessitée par sa situation particulière»¹⁶⁰². Elle est par ailleurs consacrée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Permettant une «individualisation des réponses statutaires»¹⁶⁰³, cette révolution constitutionnelle entérine l'idée selon laquelle les spécificités territoriales des communautés d'Outre-mer¹⁶⁰⁴ mais aussi des départements d'outre-mer, commandent une adaptation de la règle de droit. Les statuts *sui generis* d'Outre-mer tout comme le statut spécifique de la Corse visent ainsi à mettre en exergue l'identité culturelle de ces territoires et donc des populations qui les composent¹⁶⁰⁵. L'octroi d'une autonomie politique au pays d'Outre-mer qu'est la Nouvelle Calédonie¹⁶⁰⁶ va encore plus loin en contredisant l'indivisibilité de la République et en morcelant l'expression de la volonté générale¹⁶⁰⁷. En outre, la constitutionnalisation des statuts personnels permet

¹⁶⁰⁰ Dans le cadre d'une loi prévoyant de doter les élus locaux d'un pouvoir normatif réglementaire soumis au juge administratif.

¹⁶⁰¹ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000.

¹⁶⁰² LUCHAIRE, F., « L'avenir des départements d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Commentaire de la décision du 7 décembre 2000 », RDP, janvier-février 2001, p.249.

¹⁶⁰³ BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit, p.324.

¹⁶⁰⁴ Nouvelle catégorie à côté des départements d'outre-mer et des régions d'outre-mer.

¹⁶⁰⁵ Décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991 précédemment citée. Voir également Annexe n° 14.

¹⁶⁰⁶ Loi constitutionnelle du 20 juillet 1998.

¹⁶⁰⁷ Article 77 de la Constitution. Voir Annexe n°1.

deux manifestations: d'une part la reconnaissance des normes issues de sociétés traditionnelles et donc propres à des groupes spécifiques, définies par des considérations ethnoculturelles; d'autre part, leur intégration dans le cadre étatique. Le fait que la compétence normative en matière de droit personnel relève des assemblées territoriales renforce cette constitutionnalisation¹⁶⁰⁸. Ainsi, cette reconnaissance postule l'existence juridique de minorités, garantissant le respect de certaines règles traditionnelles, par dérogation au droit commun posé par le Code civil.

Les mesures relevant d'un différentialisme réognitif corroborent davantage encore cette idée puisqu'elles visent à reconnaître explicitement les particularismes identitaires. Il s'agit en effet de consacrer l'existence de groupes et d'attribuer à ces identités collectives *infra* étatiques des droits différenciés. Cette reconnaissance des identités ethnoculturelles n'est donc pas un moyen au service de l'universalisme mais une finalité en soi, l'Etat remettant lui-même en cause son universalisme¹⁶⁰⁹. Elle implique une nouvelle appréhension du droit public puisque l'identité collective des personnes est appréciée comme une condition d'épanouissement et justifie le droit de citer dans l'espace public. Les influences internationales, notamment de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques du 18 décembre 1992, les avancées européennes, résultant par exemple de la Charte européenne des langues régionales du 22 juin 1992, ainsi que les revendications régionalistes et certains mouvements idéologiques ont contribué à motiver ce processus de mutation normative. Ce processus se heurte pourtant aux réticences du juge constitutionnel et du juge administratif¹⁶¹⁰. Le conseil des 9 sages a ainsi, à plusieurs reprises, jugé contraire à la constitution toute tentative de reconnaissances explicites de groupes¹⁶¹¹. Toutefois, en dépit de ces tempéraments ou véritables obstacles jurisprudentiels, nous avons assisté à deux mouvements corrélés: d'une part à une institutionnalisation de populations infranationales dans un cadre territorial défini; d'autre part, à une reconnaissance de groupes sans assise territoriale spécifique¹⁶¹².

¹⁶⁰⁸ Article 75 de la Constitution. *Ibid.*

¹⁶⁰⁹ CONSTANT, F., *La citoyenneté*, Montchrétien, collection « clefs », 2 ème édition, 2000, 160p., p.92.

¹⁶¹⁰ Par exemple l'Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat 6 juillet 1995.

¹⁶¹¹ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse. Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative à la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française. Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la ratification de la Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires. Voir *supra* p. 318 et 321.

¹⁶¹² Distinctions opérées par O., BUI-XUAN, *op.cit.*, p.442 et s.

Concernant le processus de reconnaissance des populations *infra* nationales dans un cadre territorial défini, il résulte de différentes mesures couvrant des références variées. Parmi ces dispositions, on peut citer les orientations institutionnelles visant à la reconnaissance de groupes linguistiques et culturels tels que les bretons, les basques, les occitans ou encore les corses¹⁶¹³. En outre, la création de juridictions appliquant un droit des statuts personnels par exemple à Mayotte ou à Wallis et Futuna, en vertu de l'article 75 de la Constitution, postule la reconnaissance de citoyens n'ayant pas de « statut civil français ». La mention « Les peuples des territoires d'Outre-mer », contenue dans l'alinéa 2 du préambule suggère aussi l'existence de populations infranationales. Le conseil constitutionnel a lui-même confirmé cette reconnaissance¹⁶¹⁴, allant jusqu'à accepter l'idée que les populations des DOM soient aussi appréhendées de manières spécifiques¹⁶¹⁵. Mais c'est surtout la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui consacre, au sein du peuple français, des populations d'Outre-mer, lesquelles devront être consultées sur les évolutions institutionnelles qui leur sont relatives¹⁶¹⁶. Au sein de ces populations, le Conseil constitutionnel a pu explicitement reconnaître l'existence de groupes ethniques puisqu'il parle de diversité ethnique du territoire calédonien pouvant justifier l'instauration d'une représentation proportionnelle¹⁶¹⁷. Plus tard, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 août 1985 « Evolution de la Nouvelle Calédonie I »¹⁶¹⁸ consacrait implicitement le caractère ethnique du découpage électoral, s'appuyant sur la prise en compte de la répartition géographique des populations¹⁶¹⁹. Si cette dernière se fonde *essentiellement* sur des données démographiques, elle admet subsidiairement un fondement ethnique¹⁶²⁰. Enfin et surtout, la reconnaissance véritable d'une minorité ethnique semble résulter de l'instauration d'une citoyenneté infranationale calédonienne¹⁶²¹ qui légalement ne se fonde pas sur un critère ethnique mais qui est en fait principalement revendiquée par les

¹⁶¹³ Par exemple, création de l'Institut culturel de Bretagne en 1981 par le Conseil régional de Bretagne comme une émanation de la Charte culturelle bretonne.

¹⁶¹⁴ C.C., Décision n° 87-226 DC du 02 juin 1987, Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie. CC. D.C., n° 91-290 DC du 09 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse. Recueil, p. 50 - Journal officiel du 14 mai 1991, p. 6350.

¹⁶¹⁵ C.C., Décision n° 2000-435 DC du 07 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer. Recueil, p. 164 - Journal officiel du 14 décembre 2000, p. 19830.

¹⁶¹⁶ Article 72-3 al. 1^{er}, Voir Annexe n°1.

¹⁶¹⁷ C.C., Décision n°82-151 DC du 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*, Recueil, p. 29 - Journal officiel du 13 janvier 1983, p. 306.

¹⁶¹⁸ C.C., Décision n°85-196 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* Recueil, p. 63 - Journal officiel du 8 août 1985, p. 9125, G.D.C.C., 15^e édition, Dalloz, paris, 2009, n°30.

¹⁶¹⁹ Considérant 15. *Ibid.*

¹⁶²⁰ G.D.C.C., 8^e édition, Dalloz, paris, 1995, n°38, p.629.

¹⁶²¹ Accord de Nouméa du 5 mai 1998. Loi organique 99-209 du 19 mars 1999.

Kanaks. L'accord de Nouméa, qui a valeur constitutionnelle¹⁶²², mentionne les expressions «peuple kanak» et «identité kanak» à plusieurs reprises¹⁶²³.

En référence à la reconnaissance de groupes sans assise territoriale spécifique, le droit positif tend à reconnaître de plus en plus de groupes sur la base de référents culturels, linguistiques ou encore religieux¹⁶²⁴. La catégorie des gens du voyage en témoigne. Fruit d'un « construit administratif »¹⁶²⁵ déterminé par rapport au critère de l'itinérance, cette catégorie révèle implicitement une référence culturelle se fondant sur une identité collective de ces groupes sociaux.

La reconnaissance de groupes linguistiques s'est également réalisée en dehors de toute référence territoriale notamment par « les enseignements de langue et de culture d'origine destinés aux groupes d'immigrés ». Instaurés dans un but de préservation des cultures d'origine dans un contexte d'immigration temporaire, ces ELCO, sont aujourd'hui encore dispensés par des enseignants étrangers avec des supports pédagogiques importés.

La reconnaissance sélective de groupes religieux s'est aussi réalisée au travers de plusieurs mesures aux implications variables. L'instauration d'instances représentatives de communautés religieuses¹⁶²⁶ participe de cette logique récognitive tout en consacrant le pluralisme religieux. L'institutionnalisation de la communauté musulmane s'effectue également par la participation des municipalités à la construction de mosquées. La reconnaissance des groupes religieux passe aussi par l'insertion dans le dispositif normatif de normes relevant de religions dites minoritaires du fait d'aménagements législatifs

¹⁶²² La constitutionnalisation de l'accord de Nouméa résulte de la modification de l'article 77. L'objectif du texte état en effet de permettre « au législateur de définir la nouvelle organisation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, conformément aux orientations de l'accord de Nouméa ». Loi n° 2007-237 du 23 février 2007 parue au JO n° 47 du 24 février 2007. Sur l'accord, voir par exemple GARDE, F., «Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *Revue française de droit constitutionnel* 4/2005 (n° 64), p. 805-811. Voir également Annexe n°15.

¹⁶²³ L'accord du 5 mai 1998 mentionne à trois reprises, dans son préambule « le peuple Kanak ». Il se réfère par ailleurs à la mention « peuple d'origine ». GOHIN, O., « La citoyenneté dans l'outre-mer », in *Les outre-mers entre décentralisation, intégration européenne et mondialisation*, op.cit., pp. 69-82, p. 78 et p. 79.

¹⁶²⁴ Nous ne traiterons pas des mesures relatives aux femmes.

¹⁶²⁵ LE BERRE, C., « Les gens du voyage: une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *Revue de droit Public*, n°3-2008, pp.891-920.

¹⁶²⁶ Reconnaissance de la Fédération Protestante de France. Reconnaissance du Conseil Représentatif des institutions juives de France. Organisation d'un Conseil français du culte musulman. Accord-cadre du 3 juillet 2001. Sur cette question voir FANTELLI, P. *Relations entre État et confessions religieuses. Le cas des instances représentatives islamiques dans le système italien et dans le système français*, Thèse de doctorat soutenue de 4 avril 2009, dir. B. Basdevant P. Moneta, thèse en co-tutelle, sout. le vendredi 03 avril 2009, Mention très honorable, Paris Sud 11, Faculté Jean Monnet. Pour une étude comparative avec la Grande Bretagne, voir LEWIS, P., De la marge au cœur du système? Communautés musulmanes en Grande-Bretagne, *Confluences Méditerranée* 32, Hiver 1999-2000, pp.119-130.

(cimetières¹⁶²⁷, abattage rituel¹⁶²⁸, confection de repas dans les établissements publics,) ou en raison de véritables dérogations législatives (certaines autorisations d'absence dans les établissements d'enseignement public¹⁶²⁹ ou dans le cadre des services publics¹⁶³⁰). Notons que ces reconnaissances sont sélectives, tous les groupes culturels, linguistiques ou religieux ne se voyant pas reconnaître de droits particuliers.

2- Une reconnaissance explicite par une institutionnalisation des groupes

La reconnaissance explicite des groupes est une réalité du corpus juridique américain, mais également français. L'exemple de l'institutionnalisation¹⁶³¹ des groupes comme interlocuteurs privilégiés de l'Etat en France (a), du redécoupage électoral aux Etats-Unis (b) ou encore de la reconnaissance de la place particulière de certains groupes dans l'histoire (c) en donnent une illustration.

a. Quand la puissance publique reconnaît certains groupes comme des interlocuteurs des pouvoirs publics. L'exemple français.

Les pouvoirs publics, dans le sens d'une meilleure garantie de la laïcité et partant de là de la liberté religieuse, ont favorisé la création d'institutions représentatives des communautés,

¹⁶²⁷ Circulaire du 28 novembre 1975 remplacée par la circulaire du 14 février 1991. Aujourd'hui, les aménagements législatifs procèdent de la Circulaire du 19 février 2008, de Police des lieux de sépulture : Aménagement des cimetières – Regroupements confessionnels des sépultures, La ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales. Le point 3, Les regroupements confessionnels des sépultures, rappelle le pouvoir discrétionnaire du maire en la matière puisqu'il est énoncé que « La décision d'aménager des espaces ou carrés confessionnels dans le cimetière communal ou d'accepter l'inhumation d'un défunt ne résidant pas dans la commune appartient au maire et à lui seul; il s'agit d'un de ses pouvoirs propres et il ne vous appartient pas de vous substituer à lui pour prendre cette décision qui, si elle peut paraître souhaitable, ne présente toutefois qu'un caractère facultatif. Le maire a toute latitude pour apprécier l'opportunité de créer ou non un espace confessionnel ».

¹⁶²⁸ Voir notamment Conseil d'Etat du 27 mars 1936. L'abattage rituel répond aux exigences de la protection animale et en l'occurrence du décret du 1^{er} octobre 1997 et de l'arrêté du 12 décembre de la même année. Arrêté du 12 décembre 1997 relatif aux procédés d'immobilisation, d'étourdissement et de mise à mort des animaux et aux conditions de protection animale dans les abattoirs. Décret n°97-903 du 1 octobre 1997 relatif à la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort.

¹⁶²⁹ CE, arrêts *Kohen et Consistoire central des Israélites de France* du 14 avril 1995. en l'occurrence pour la pratique de shabbat le samedi: « L'obligation d'assiduité n'a pas pour objet et ne peut avoir pour effet d'interdire aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou d'une célébration religieuse, dans le cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement ». Recueil des arrêts du Conseil d'Etat 1995 p.168 et 171.

¹⁶³⁰ Circulaire FP/N° 901 du 23 septembre 1967. Note ministérielle du 16 octobre 2002.

¹⁶³¹ Par institutionnalisation nous entendons la structuration de valeurs et d'identités communes autour d'un projet commun.

notamment religieuses¹⁶³². L'objectif est alors de mettre en place des instances consultatives spécifiques, lesquelles seront les interlocutrices, dits légitimes, de la puissance publique.

Cette institutionnalisation des communautés religieuses répond à une double logique, ayant trait, d'une part au maintien de la cohérence et de la cohésion de la communauté, et d'autre part au fait de favoriser la gestion des dogmes en fonction des évolutions de l'environnement juridique et sociétal. Bien que la légitimité au sens de représentativité de ces structures reste questionnée, ces organisations deviennent les médiateurs officiels entre les communautés et l'Etat. Il s'agit donc d'une reconnaissance *de facto* de certaines communautés. Nous prendrons ici l'exemple emblématique du Conseil Français du Culte Musulman, institué en 2003¹⁶³³. Après plusieurs tentatives infructueuses¹⁶³⁴, il devient l'interlocuteur de l'islam auprès des pouvoirs publics. Initiée par J.-P. Chevènement en 1999, et finalement concrétisée par N. Sarkozy, le CFCM est une association régie par la loi de 1901 visant à représenter les musulmans de France¹⁶³⁵. L'« institutionnalisation de l'islam » s'est réalisée par la mise en place d'une politique de promotion de l'islam français dès 1974. Ainsi, l'expression de l'identité culturelle de personnes immigrées passe par la création d'émissions de TV sur les chaînes du service public, la création de cimetières musulmans, ou encore l'affectation de locaux aux mosquées¹⁶³⁶. Avec la création du Conseil de Réflexion sur l'Islam en France (CORIF) dès 1990, et notamment en raison de l'action du Conseil de Réflexion sur l'Islam en 1993 et de la coordination des musulmans turcs de France¹⁶³⁷, on essaye de favoriser la « gallicisation de l'Islam »¹⁶³⁸. Cette politique active et à forte portée symbolique favorise à la

¹⁶³² Le 10 février 1988, création d'une commission consultative de la communauté tzigane de France, JO 21 février 1988.

¹⁶³³ Association loi 1901, sa création est soutenue par le Ministère de l'intérieur. Dans son préambule, il est inscrit que « Le Conseil Français du Culte Musulman (CFCM) et les Conseils Régionaux du Culte Musulman (CRCM) inscrivent leur action dans la continuité des travaux menés par la Consultation des Musulmans de France, dans le respect des « Principes et fondements juridiques régissant les rapports entre les pouvoirs publics et le culte musulman en France » et en vertu de l'accord cadre du 3 juillet 2001. »

¹⁶³⁴ En 190, le Conseil de réflexion sur l'Islam en France n'avait pu rassembler les communautés musulmanes. KOUBI, G., « Droits et minorités dans la République Française », *Ibid.*, p.235-237.

¹⁶³⁵ Il intervient dans les relations avec le pouvoir politique français, dans la construction des mosquées, dans le marché des aliments halal, dans la formation de certains imams et dans le développement de représentations musulmanes dans les prisons et dans l'armée française. Il fixe également les dates du mois du ramadan en France et, à travers le Conseil européen de la recherche et de la fatwa, décrète des fatwas ayant pour vocation d'être appliquées en France.

¹⁶³⁶ Au cours des années 1970, ce sont près de 600 lieux de cultes musulmans qui ont été créés en France. AMSELLE, J.-L., *Vers un multiculturalisme français, L'empire de la coutume*, Flammarion, 2001, 179p., p.163

¹⁶³⁷ Dit CMTF.

¹⁶³⁸ AMSELLE, J.-L., *Vers un multiculturalisme français, L'empire de la coutume*, op.cit., p.164. Le gallicanisme est une doctrine porteuse de l'autonomisation de l'Eglise catholique par rapport à l'autorité papale.

fois l'insertion des immigrés musulmans dans la nation et permet une certaine mise sous contrôle¹⁶³⁹. L'organisation de mesures matérielles participe de cette même dynamique.

b. Quand la puissance publique opère un redécoupage électoral. L'exemple américain.

Le redécoupage électoral réalisé aux Etats-Unis révèle bien la considération dont font l'objet les groupes raciaux. Le *racial redistricting*, mode de redécoupage électoral a été instauré aux Etats-Unis avec pour objectif affiché de favoriser le nombre d'élus noirs et hispaniques¹⁶⁴⁰. Il facilite notamment « l'adoption implicite d'une norme de représentation proportionnelle de certaines minorités définies sur une base ethno-raciale »¹⁶⁴¹. De plus, ces normes impliquent une concentration des personnes appartenant aux communautés noires et hispaniques dans des circonscriptions spécialement délimitées à cette fin. Ainsi, la loi du 6 août 1965, *The Voting Rights Act*, mettait fin aux tests d'aptitudes, dits *literacy test*. Ces derniers avaient vocation à vérifier la capacité à la citoyenneté ce qui dans les faits, au travers d'un dispositif de discrimination indirecte mais intentionnelle conduisait à écarter les potentiels électeurs « noirs »¹⁶⁴². En outre, la loi préconisait l'inscription des noirs sur les listes électorales par des fonctionnaires fédéraux envoyés par *l'Attorney General* dans les Etats concernés¹⁶⁴³.

L'amendement au *Voting Rights Act* de 1975 étend aux hispaniques le dispositif initialement prévu en 1965, et ce dans la droite lignée de la lutte contre les discriminations indirectes dont la définition émane de la décision Griggs de 1971¹⁶⁴⁴. La lutte contre le *Gerrymandering* interviendra avec le vote de l'Amendement de 1982¹⁶⁴⁵. En dépit de ses effets

¹⁶³⁹ Les questions autour de l'établissement d'un Islam officiel aux Etats-Unis participe de cette imbrication entre une reconnaissance des groupes per se et un enjeu de sécurité nationale. Voir par exemple RASCOFF, S., J., « Establishing official islam ? The Law and strategy of counter-radicalization », *Stanford Law Review*, Vol. 64 :125, January 2012, 288p., pp.125-189.

¹⁶⁴⁰ SABBAGH, D., « La représentation électorale des minorités ethno-raciales aux Etats-Unis », *Revue Internationale de Politique Comparée*, Vol. 11, n° 3, 2004, pp.457-469.

¹⁶⁴¹ D. SABBAGH précise que « le terme "ethno-racial" emprunté à l'historien David Hollinger (cf. HOLLINGER D., *Postethnic America: Beyond Multiculturalism*, New York, Basic Books, 1995, p. 8) se justifie par le fait que, dans le cadre du recensement, les Noirs sont considérés comme un groupe "racial", tandis que les Hispaniques sont censés constituer un groupe "ethnique" au statut quelque peu particulier. *Ibid.*, p. 458.

¹⁶⁴² Voir FISHER, L., HARRIGER, K., J., *American Constitutional Law, Vol.2, " Constitutional Rights, Civil Rights and Civil Liberties"*, Durham, North Caroline, Carolina Academic Press, 8ème éd., 2009, 1121p., p.967.

¹⁶⁴³ En effet, la loi ne s'appliquait qu'aux Etats répondant à deux conditions : l'existence de test et un taux de participation électorale inférieur à 50 % lors de l'élection présidentielle de 1964. *Ibid.*, p. 458.

¹⁶⁴⁴ C.S. *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971).

¹⁶⁴⁵ Le *Gerrymandering* se comprend comme « la dispersion délibérée des membres du groupe visé dans différentes circonscriptions de sorte qu'ils ne puissent constituer une majorité dans aucune d'entre elles que par leur concentration "excessive" au sein d'une seule et même circonscription. Dans ce dernier cas, leur surnombre par rapport à la proportion du corps électoral qu'il leur aurait suffi d'atteindre afin d'être en mesure de faire élire le représentant de leur choix contribuait en effet à accentuer leur sous-représentation dans les circonscriptions adjacentes, ce qui y réduisait d'autant leur capacité à influencer sur le résultat du scrutin », SABBAGH, D., *Ibid.*, p.

spectaculaires¹⁶⁴⁶, ce dispositif présente un certain nombre d'inconvénients dont une certaine marginalisation des membres des minorités ethno raciales, une radicalisation des élus et une polarisation raciale¹⁶⁴⁷. Ce dispositif a été approuvé par la Cour suprême, considérant que la référence à la race dans le *redistricting* a pour objectif d'aider les minorités raciales¹⁶⁴⁸.

c. Quand la puissance publique reconnaît le « statut de victime » à un groupe dans l'histoire. Les exemples français et américain.

Nous nous attacherons ici à la reconnaissance de l'histoire de l'esclavage en France et aux Etats-Unis. En France tout d'abord, cette reconnaissance s'est faite en plusieurs temps. La loi du 30 juin 1983 a instauré la commémoration de l'abolition de l'esclavage et a institué un jour férié dans quatre (4) départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion ainsi que dans la collectivité territoriale de Mayotte. Pour autant, il a fallu attendre le 10 mai 2001 pour que la France reconnaisse officiellement l'esclavage comme un crime contre l'humanité. Cette évolution est due à la portée des revendications identitaires des populations issues de l'esclavage, notamment défendues par C. Taubira. Elle s'inscrit aussi dans un cadre international de qualification de l'esclavage de crime contre l'humanité¹⁶⁴⁹. En outre, 2004 a été déclarée année internationale de la commémoration de la lutte contre l'esclavage et de son abolition. Adoptée à l'unanimité, la loi dite « loi Taubira », postule dans son article 1^{er} que « la République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV^{ème} siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan indien et en Europe contre les populations africaines amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité »¹⁶⁵⁰. Dans ce cadre, la journée du 10 mai est érigée en date commémorative et un Comité pour la Mémoire de l'Esclavage est créé.¹⁶⁵¹

460 qui cite également EMERI C., « Gerrymander, Gerrymandering », in PERRINEAU P., REYNIÉ, D. (dir.), *Dictionnaire du vote*, Paris, PUF, 2001, pp. 483-484. SABBAGH, D., *Ibid.*, p. 460

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 462.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 462-464.

¹⁶⁴⁸ C.S. *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993), C.S. *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995), C.S. *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996), C.S. *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996). Voir notamment CHEMERINSKY, E., *Constitutional law*, op.cit., pp. 747-748.

¹⁶⁴⁹ L'article 7 du Statut de Rome de la cour pénale internationale du 17 juillet 1998 énonce une liste non exhaustive de crime contre l'humanité, où figurent notamment la réduction en esclavage et la déportation ou le transfert forcé de population. Voir [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/french/rome_statute\(f\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf).

¹⁶⁵⁰ Texte de la loi <http://www.senat.fr/leg/tas00-087.html>, Consulté le 01.03 2011.

¹⁶⁵¹ Le CPME a pour objectif d'intégrer l'histoire de l'esclavage dans la mémoire nationale, à travers la révision de manuels scolaires, de lieux de mémoires, d'un inventaire des archives et des musées, etc. Institué par le décret du 5 janvier 2004, et installé par la ministre de l'Outre-mer Brigitte Girardin le 8 avril 2004.

Aux Etats-Unis, il existe aussi une journée de commémoration alors même que le congrès n'a jamais qualifié l'esclavage de crime contre l'humanité. Rappelons que l'esclavage n'a été officiellement aboli qu'en 1865, par le 13^{ème} amendement à la Constitution. Pour autant, il faudra attendre juillet 2008 pour que les Etats-Unis présentent des excuses formelles. Ainsi, la Chambre des représentants s'était, au nom du gouvernement fédéral, excusée pour « l'injustice fondamentale, la cruauté, la brutalité et l'inhumanité » de l'esclavage et de la ségrégation raciale des Noirs. Par ailleurs, certains Etats américains avaient déjà adopté de leur côté des résolutions « regrettant l'esclavage »¹⁶⁵². Toutefois, ce n'est que le jeudi 18 juin 2009 que le Sénat américain a voté à l'unanimité une résolution par laquelle il présente formellement, au nom du peuple américain, ses excuses pour « l'esclavage et la ségrégation raciale » envers les Noirs américains¹⁶⁵³. Bien qu'ayant une portée symbolique, cette résolution se présente comme historique, reconnaissant « l'injustice fondamentale, la cruauté, la brutalité et l'inhumanité de l'esclavage » et des lois ségrégationnistes connues sous le nom de « lois Jim Crow »¹⁶⁵⁴. Le texte même de la résolution stipule qu'elle ne pourra servir de support à une plainte contre les Etats-Unis, comme c'est le cas dans de nombreux contextes. Elle reprend les termes de la déclaration d'Indépendance des Etats-Unis du 4 juillet 1776 en réaffirmant que « tous les êtres sont créés égaux et avec des droits inaliénables à la vie, la liberté, et la poursuite du bonheur ». Cette résolution intervient à la veille de la célébration annuelle de la fin de l'esclavage aux Etats-Unis en 1865, après la guerre de Sécession.

Ainsi, les groupes ethnoculturels sont de plus en plus reconnus, tant par le droit américain et que français. Cette reconnaissance semble davantage résulter d'une gestion empirique des identités collectives dans l'espace public plutôt que d'une politique publique de reconnaissance des entités collectives. Ce mode de gestion répond à construction collective de la mémoire nationale. Cette situation nous amène à présent à considérer la question d'un droit des groupes.

¹⁶⁵² Les derniers présidents américains avaient exprimé leurs « regrets » pour le rôle des Etats-Unis dans la traite des esclaves et qualifié l'esclavage de "l'un des plus grands crimes de l'Histoire". Ce fut le cas de l'ancien président Bill Clinton et George W. Bush, lors d'une visite en juillet 2003 sur l'île de Gorée au Sénégal, lieu de mémoire de la traite des Noirs.

¹⁶⁵³ Le Sénat des Etats-Unis a déjà voté de telles résolutions symboliques en présentant ses excuses par exemple pour l'internement des citoyens américains d'origine japonaise pendant la seconde guerre mondiale.

¹⁶⁵⁴ Voir *supra* p.147

B- La question d'un droit des groupes: droits individuels versus droits collectifs

Construite contre les ordres en 1789, les corporations en 1790 et les congrégations en 1905, la nation française est *a priori* hostile à tout droit des groupes alors même que les Etats-Unis y sont plus favorables, envisageant le groupe comme un moyen d'intégration et non en tant que finalité *per se*. Avant même de nous attacher à cette question, il convient de soulever le débat récurrent entre droits individuels et droits collectifs. Il se manifeste en effet à la fois à la lecture des textes, de la jurisprudence et de la doctrine. Il se matérialise dans une réalité complexe et parfois contradictoire. Cette ambivalence se retrouve au niveau des textes internationaux. Ainsi l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et de l'homme est des libertés fondamentales de 1950 n'envisage que la dimension des droits individuels. Pour la CPJI, dans l'avis consultatif du 6 avril 1935, coexistent les deux possibilités¹⁶⁵⁵: des droits aux ressortissants appartenant à des minorités nationales, et des droits aux groupes minoritaires pour la conservation de leurs spécificités. P.A. Taguieff insiste sur le fait que le droit à la différence ne doit pas s'apprécier comme un droit des communautés mais plutôt comme « un droit du sujet à l'insertion communautaire ». Il postule ainsi que les droits culturels sont des droits individuels puisque « chaque sujet a droit à sa culture, aucune culture n'a de droit sur le sujet »¹⁶⁵⁶.

Ce débat complexe conduit à une série de questionnements adjacents et parmi eux, aux interrogations suivantes: A qui attribuer des droits collectifs ? Jusqu'où conférer des droits collectifs sans porter atteinte à l'unité nationale ? Quels droits collectifs octroyer, sachant qu'il faut que ceux-ci soient significatifs, mais ne soient pas directement discriminant pour ceux qui ne relèvent pas de ce groupe, et ne portent pas préjudice à la construction de l'intérêt général? En outre, à considérer que les droits collectifs soient nécessaires, quelles conditions à la détermination d'appartenance à une minorité doit-être posées, sachant que tout groupe n'est pas une minorité ?

En France, le droit des groupes, reposant par définition sur des droits catégoriels, s'appréhende surtout comme des droits appartenant à l'individu, du fait de son appartenance à un groupe. C'est par exemple la position du Conseil d'état dans l'arrêt « Consistoire central

¹⁶⁵⁵ CPIJ, série A/B, n° 64, .17.

¹⁶⁵⁶ TAGUIEFF, P.A., « Le nouveau racisme de la différence » in BETTATI, M., et KOUCHNER, B., (dir.), *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987, 300p., p.261.

des israélites de France et autres »¹⁶⁵⁷. Ainsi, « les élèves qui font la demande de bénéficier individuellement d'autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse ». De ce fait, le droit à la différence n'est pas un droit des communautés ou des groupes, mais un droit des individus.

La Cour européenne des droits de l'homme, dont certains soulignent l'audace et une ingéniosité interprétative¹⁶⁵⁸, a développé un système en faveur des groupes minoritaires par un double processus de renforcement des droits individuels à caractère collectif et de reconnaissance de droits collectifs aux groupes minoritaires. Ainsi, à travers le droit à la liberté de religion consacré à l'article 9 de la CEDH¹⁶⁵⁹ et du droit au respect de la vie familiale reconnu par l'article 8¹⁶⁶⁰, la Cour de Strasbourg a énoncé la dimension collective des droits individuels¹⁶⁶¹. Même si en matière de religion, la portée de la jurisprudence est relative, il faut toutefois souligner que l'arrêt *Kokkinakis c/Grèce*¹⁶⁶², en postulant que la liberté de pensée, de conscience et de religion est une assise d'une société démocratique, ouvrait la voie à la reconnaissance du droit à la liberté de religion pour les pratiquants d'une culture minoritaire. Toutefois, il semble qu'il faille distinguer entre le droit d'avoir une conviction religieuse et le droit de manifester des convictions religieuses minoritaires ou même raciales. Ce droit à l'expression publique est toutefois limité par la protection de la santé et de l'ordre public¹⁶⁶³. C'est surtout sur la base de l'article 8 qui reconnaît à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale que la CEDH, « socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen »¹⁶⁶⁴ a assis la protection

¹⁶⁵⁷ C.E., Ass., 14 avril 1995, Consistoire central des israélites de France et autres, Rec., p.171. Voir aussi C.E., Ass, 14 avril 1995 Koen, Rec., p.168.

¹⁶⁵⁸ MARGUENAUD, J-P., « La cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in ROULAND, N., (dir.), *Le droit à la différence*, op.cit., p. 206.

¹⁶⁵⁹ L'article 9 dispose: « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁶⁶⁰ L'article 8, al.1 dispose: « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

¹⁶⁶¹ Sur Les droits individuels à dimension collective voir SUDRE, F., « Droit international et européen des droits de l'homme », P.U.F., 4^{ème} ed. 1999 n° 122 bis., p.175.

¹⁶⁶² JCP 1997-14000 n° 6-7, Chronique d'actualité : Droit de la Convention européenne des. droits de l'homme, JCP, 1997, n° 4, I 4000. obs. SUDRE, F.

¹⁶⁶³ Arrêt *Cha'are Shalom Ve Tredek c/France* du 27 juin 2000. Voir FLAUSS, J.F., RTDH 2001, P.185, « ...le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses ».

¹⁶⁶⁴ L'expression est utilisée par M., LEVINET qui rappelle notamment ce que F. SUDRE mentionnait par ailleurs que « toute convention internationale des droits de l'homme a un contenu constitutionnel par nature », contenant un « énoncé des droits et libertés ». SUDRE, F., « Constitutions et protection internationale des droits de l'homme » in *Constitution et Droit Internatioanal, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit*

indirecte des minorités. En posant un principe général de non-discrimination¹⁶⁶⁵ et en octroyant aux membres des minorités des droits spéciaux, la Cour définit les contours du système européen de protection des minorités. Ainsi, le 18 janvier 2001, elle a consacré la reconnaissance du droit au respect des modes de vie minoritaires¹⁶⁶⁶, d'une part en prenant en compte la revendication d'un droit à l'identité tsigane¹⁶⁶⁷ et d'autre part en affirmant l'obligation pour les Etats de permettre aux tsiganes de suivre leur mode de vie. Cette obligation incombant aux Etats ne s'apparente toutefois pas à l'obligation de mettre en place des mesures de discrimination positive¹⁶⁶⁸. Néanmoins, cette perspective est possible puisque l'arrêt *Thlimmenos c/Grèce* du 6 avril 2000 stipule que « le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »¹⁶⁶⁹. Les arrêts de 2001 consacrent pourtant la prise en compte de différences culturelles pouvant justifier un accommodement raisonnable¹⁶⁷⁰

Le développement de cette dimension collective des droits individuels s'est mué en une véritable consécration des droits des minorités¹⁶⁷¹. Déjà, la Cour en 1981 avait admis que la

constitutionnel (vol.8), Centre de publication Universitaire, Tunis, 2000, p.198, cité in LEVINET, M., « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », RFDA, 86, 2011, pp. 227-263. F. SUDRE énonçait déjà que la CEDH « fait figure aujourd'hui de Charte européenne des droits de l'Homme ». SUDRE, F., *La convention européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2008, p.7.

¹⁶⁶⁵ CEDH, Hoffmann c/ Autriche, 23 juin 1993, RTDH 1994 obs. MORANGE, J., Ou encore concernant la minorité homosexuelle: Lustig-Prean et Beckett et Grady c/ Royaume-Uni du 27 septembre 1999, RTD Civ. 1999 p.917 obs. MARGUENAUD, J.P., A noter que la cour prend toute liberté pour qualifier une minorité de minorité en l'absence de définition.

¹⁶⁶⁶ Arrêts *Chapman c Royaume-Uni*, *Lee c Royaume-Uni*, *Coster c Royaume-Uni*, *Jane Smith c Royaume-Uni et Beard c Royaume-Uni* du 18 janvier 2001.

¹⁶⁶⁷ MARGUENAUD, J.P., « La cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in ROULAND, N., (dir.), *Le droit à la différence*, op.cit., p. 214.

¹⁶⁶⁸ CEDH, Arrêt Buckley c/ Royaume-Uni du 25 septembre 1996, voir RTDH 1997 p.47 obs. O. de Schutter. Voir aussi recueil des arrêts et décisions 1996-IV, pp. 1287-8, § 54.

¹⁶⁶⁹ A la lecture de cette interprétation de l'article 14, il semble qu'il énonce une « obligation de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes ». SUDRE, F., MARGUENAUD, J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A., LEVINET, M., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 6^{ème} éd., Thémis Droit, PUF., 2011. 902p., p. 103. Si on peut douter d'une obligation positive incombant aux Etats en vertu de l'article 14, il convient toutefois de mentionner l'arrêt Orsus et al. c/ Croatie (Gr. Ch., 16 mars 2010) qui se réfère « aux obligations positives qui pèsent sur l'Etat afin, notamment, d'aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires ». *Ibid.*

¹⁶⁷⁰ Considérant même que si le respect d'un mode traditionnel ne dispense pas les groupes de respecter la loi, leur façon de la respecter peut différer. Voir *Beard c Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 107.

¹⁶⁷¹ Le paragraphe 107 de l'arrêt *Coster* mentionnait par exemple que «...l'on peut dire qu'un consensus international s'est fait jour au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie non seulement dans le but de protéger les minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique dans son ensemble ». Cité in MARGUENAUD, J.P., « La cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in ROULAND, N., (dir.), *Le droit à la différence*, op.cit., p. 216.

démocratie implique un équilibre permettant un juste traitement des minorités et une négation des abus de position dominante à l'encontre des minorités¹⁶⁷². Notons que l'élément minoritaire est ici apprécié d'un point de vue arithmétique¹⁶⁷³ même si la cour a finalement délaissé le critère quantitatif pour s'attacher à un élément identitaire dans les arrêts *Valsamis c/Grèce*¹⁶⁷⁴ et *Efstratiou c/Grèce* du 18 décembre 1998¹⁶⁷⁵. Ainsi la cour est en train de développer un droit des minorités en reconnaissant au préalable l'existence de minorités. Elle se réfère aux textes européens mais aussi en grande partie aux conventions internationales, les imposant même aux Etats qui n'y sont pas parties¹⁶⁷⁶.

Aux Etats-Unis, les nations indiennes jouissent de droits collectifs. Cette situation particulière s'explique par le statut spécifique qui préexistait, les indiens ayant été considérés comme des nations avant d'être envisagés comme des membres de la communauté nationale américaine¹⁶⁷⁷. En outre, ces nations indiennes relèvent davantage de la catégorie des peuples autochtones plutôt que de la qualification des minorités en tant que telles. A ce titre, l'échec des politiques assimilationnistes a conduit à la reconnaissance d'une forme d'autodétermination collective manifestée au niveau fédéral par l'*Indian Reorganization Act of 1934* et l'*Indian self-determination and education Assistance Act of 1975*¹⁶⁷⁸. Aussi, dans le cadre du projet de Déclaration américaine des droits des peuples autochtones, adopté dans le cadre de l'OEA en 1994¹⁶⁷⁹, les droits individuels et collectifs sont perçus comme complémentaires, participants de la satisfaction effective des droits humains¹⁶⁸⁰.

En sus, la reconnaissance de droits collectifs a été entérinée par la Cour Suprême pour certaines communautés religieuses. Ainsi, en vertu du 1^{er} amendement, la cour a été conduite

¹⁶⁷² Cour EDH, *James et Webster c/ Royaume-Uni* du 13 août 1981 § 63.

¹⁶⁷³ Notamment Arrêt *Chassagnou c/France* du 29 avril 1999, RTDH 1999 p 901 obs M. Flores-Lonjou et Ph. Flores

¹⁶⁷⁴ Cour EDH, *Estratiou c.ou c. Grèce* n° 24095/94, arrêt du 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, §31.

¹⁶⁷⁵ Cour EDH, *Valsamis c. Grèce*, n° 21787/93, arrêt du 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, §32.

¹⁶⁷⁶ MARGUENAUD, J.P., « La cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in ROULAND, N., (dir.), *Le droit à la différence*, op.cit., p. 221.

¹⁶⁷⁷ Voir nos développements sur ce point *supra* p.144 ou 211.

¹⁶⁷⁸ Voir nos développements *supra* pp. 211-213

¹⁶⁷⁹ Le projet de Déclaration des droits des peuples autochtones a été adopté par le Groupe de travail des populations autochtones lors de sa 11^e par la Résolution 1994/45 de l'Assemblée générale du 26 août 1994. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré considérer que de nombreuses dispositions de la Déclaration reflètent les principes juridiques internationaux généraux.

¹⁶⁸⁰ DHOMMEAUX, J., Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la cour Interaméricaine des droits de l'homme in HENNEBEL, L., et TIGROUDJA, H., (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, A. PEDONE – PARIS – 2009, 413p., pp.183-187.

à protéger des minorités religieuses et linguistiques contre les mesures restrictives des autorités publiques¹⁶⁸¹. Aussi, ces minorités, parce qu'elles ne disposent pas de lieux de cultes comme c'est le cas pour les religions dites établies, doivent faire l'objet d'une protection particulière¹⁶⁸². La décision *Wisconsin v. Yoder* est dans ce sens particulièrement éloquent¹⁶⁸³. La cour a en effet estimé que les jeunes Amish de 14 à 16 ans pouvaient être dispensés de l'obligation scolaire parce que « l'enseignement ne pouvant être organisé par la communauté elle-même, les élèves envoyés dans une école publique auraient risqué d'être détournés des valeurs propres à leur communauté »¹⁶⁸⁴.

Ainsi, les droits de l'homme sont de plus en plus considérés comme pouvant recéler une dimension collective, qu'ils soient des droits collectifs *stricto sensu* ou des droits individuels à dimension collective. Dans tous les cas, cette évolution, notamment jurisprudentielle renforce le postulat d'un droit des minorités, sans nul doute aux Etats-Unis, avec un doute en cours de dissipation en France.

La reconnaissance selon des modalités différentes d'un droit des groupes dits minoritaires en France et aux Etats-Unis renforce l'idée d'une structuration ethnique des nations française et américaine. Les processus d'assimilation et d'intégration confortent cette gestion pragmatique par l'État nation des rapports entre les groupes. Elle cohabite avec un positionnement égalitariste, par lequel l'Etat agit tour à tour comme un arbitre des relations et rapports sociaux et comme promoteur d'un nouveau type de relation, s'accommodant des différences de situations pour favoriser dans un esprit égalitariste la position de certains groupes au sein de la nation.

¹⁶⁸¹ Pour les références à différents arrêts, voir RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Paris, LGDJ 1990, n°62.

¹⁶⁸² Sur cette jurisprudence de protection des minorités religieuses, voir RIGAUX, F., « La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité », Paris, LGDJ 1990, n°62.

¹⁶⁸³ C.S., *Wisconsin v. Yoder*, 456 US 205 (1972).

¹⁶⁸⁴ RIGAUX, F., « La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité », op.cit, p.57.

Section 2- L 'Etat, arbitre ou acteur

Que l'on considère l'Etat dans sa fonction régaliennne ou providentielle, il a un intérêt à se poser comme un garant de relations personnelles et/ou collectives afin qu'elles se développent dans un cadre pacifique national, au minimum pour assurer la sécurité intérieure et le maintien de l'ordre public en son sein.

L'Etat, en France comme aux Etats-Unis, a donc dû, sur la base de ses principes fondateurs, développer des mécanismes permettant à la fois de satisfaire les exigences de la population et de trouver un équilibre entre la satisfaction de ces exigences. Il est donc à présent important de saisir comment l'Etat gère les relations inter identitaires et quels mécanismes il met en place afin de garantir une coexistence pacifique de cette diversité « communautaire » ou tout au moins collective, dans l'enceinte de la nation. Dans ce cadre, l'Etat joue deux rôles majeurs: le premier tendant à arbitrer les relations entre les groupes; le second visant à en promouvoir certains groupes.

En premier lieu, l'Etat endosse le rôle d'arbitre. Démocratique il veille en effet à l'équilibre et au maintien de l'intérêt général. Cette garantie de stabilité est à la fois recherchée par une communication entre ces différentes composantes, et par la mise en œuvre de mesures prises en vertu du principe d'égalité. Il s'agit alors de favoriser une véritable égalité des chances tout autant que de résultats. Le second rôle joué par l'Etat en France et aux Etats-Unis est un rôle positif, volontariste, par lequel l'Etat décide d'introduire du différentialisme dans l'appréhension du corpus juridique afin de répondre aux différences de situations et à leurs évolutions.

Cette gestion par l'Etat des relations entre les groupes identitaires différents met en exergue la difficulté de saisir l'identité. Comme le soulignait Herder¹⁶⁸⁵, chacun de nous a une manière originale d'être humain, chaque personne ayant sa propre mesure. L'identité serait donc un processus conscient, fortement auto construit¹⁶⁸⁶. Toutefois, elle peut également se définir par

¹⁶⁸⁵ Cité dans TAYLOR, C., *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Aubier 1994, 142p.

¹⁶⁸⁶ Ainsi, pour Caminelli l'identité peut être représentée comme une dynamique, « une incessante série d'opération pour maintenir un moi ou l'on accepte de se situer et que l'on valorise ». CAMILLERI cité dans

des éléments exogènes, étant partiellement formée par la reconnaissance ou l'absence de reconnaissance ainsi que par la bonne ou mauvaise perception qu'en ont les autres. En ce sens, l'être humain a besoin de relation, non pas pour se définir mais pour s'accomplir. Etant un processus mutuel dialogique qui rend possible l'auto identification, la construction de l'identité se réalise en définitive à partir de trois polarités : l'identification d'autrui, l'identification à autrui et le fait d'être identifié par autrui.

L'identité de chaque personne se concilie tant bien que mal avec une série d'appartenances, c'est-à-dire avec la conscience individuelle de partager une ou plusieurs identités collectives. Ce partage d'identité marque l'appartenance à un ou plusieurs groupes de référence dont l'individu intègre un certain nombre de traits identitaires. La difficulté principale semble alors résider dans la conciliation des appartenances qui, complémentaires pour leur majorité, peuvent aussi se trouver contradictoires pour tout ou partie des éléments qui la composent¹⁶⁸⁷.

Ainsi, la saisie par le droit des identités apparaît à la fois comme une source de façonnement des identités et un facteur de légitimation. Toutefois, si reconnaissance légale il y a, elle- n'est point figée, en tant que donnée incontestable et incontestée. Par exemple, les différentes controverses relatives aux politiques de discrimination positives et les révisions effectuées depuis les années 1990 par la Cour suprême montrent que la valeur juridique de l'appartenance ethnique ou raciale peut être contestée.

En raison de cette immatérialité de l'identité et de la difficulté, voire même du danger potentiel de cristalliser les identités¹⁶⁸⁸, l'Etat nation a déployé des mécanismes, conjoncturels ou construits dans une logique de cohérence avec l'ensemble des politiques publiques. Ainsi, au-dessus des dissensions ethniques, il investit un rôle d'arbitre (§1). Néanmoins, il ne peut

FERREOL, G., JUCQUOIS, G., (dir), *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles*, Armand Colin, 2003, 353p., p.159. Mais c'est également, comme le mentionnait C. Taylor une perception que les gens ont d'eux même et des caractéristiques qui les définissent comme êtres humains. TAYLOR, C., *Multiculturalisme, différence et démocratie*, op.cit 289.

¹⁶⁸⁷ Pour A. TOURRAINE, l'identité du sujet ne peut être construite que par la complémentarité de trois forces: le désir personnel de sauvegarde de l'unité de la personnalité déchirée entre monde expérimental et monde communautaire; la lutte collective et personnelle contre les pouvoirs; et enfin, la reconnaissance interpersonnelle et institutionnelle de l'autre comme sujet. TOURRAINE, A., *Pourrions-nous vivre ensemble, égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, 395p. L'identité ethnique répond à la même dialectique que l'identité personnelle. Elle est à la fois fruit d'éléments endogènes et d'éléments exogènes. Sa définition s'effectue dans la relation, le « nous » se construisant par opposition au « eux ». Dans ce sens, l'intensification des interactions fait jaillir les identités ethniques.

¹⁶⁸⁸ Mentionnons à ce titre ce qu'évoquait le juge O'Connor dans *Crosson*: « Classifications based on race carry a danger of stigmatic harm. Unless they are strictly reserved for remedial settings, they may in fact promote notions of racial inferiority and lead to a politics of racial hostility ». Cité in CHERERNSKY, E., *Constitutional Law*, op.cit., p. 721.

raisonnablement se cantonner à ce protagoniste distancié et modérateur. Afin de rendre ses principes effectifs, l'unité nationale cohérente et l'universalité effective, l'Etat a dû mobiliser un certain nombre de ressources afin d'être actif, notamment en favorisant une réinterprétation du principe d'égalité (§2).

§1-L'égalité au service des relations inter-identitaires non discriminatoires

« Le développement graduel de l'égalité est un fait providentiel. Il en a les principaux caractères; il est universel, il est durable, il échappe chaque jour à la puissance humaine, tous les événements comme tous les hommes ont servi à son développement »¹⁶⁸⁹. Si le concept d'égalité tel qu'envisagé par A. de Tocqueville a évolué, il faut reconnaître qu'il nourrit toujours les passions « ardentes » et « insatiables »¹⁶⁹⁰. Pierre angulaire du droit français¹⁶⁹¹ et référent incontournable du droit étasunien, le principe d'égalité n'en est pas moins une notion « énigmatique » voire même « contradictoire »¹⁶⁹². Pourtant, elle est centrale dans le développement des nations française¹⁶⁹³ et américaine et constitue une clef de lecture obligatoire pour saisir leur appréhension de la diversité ethnoculturelle.

Au regard de la tradition juridique française et américaine, plus particulièrement de la jurisprudence constitutionnelle¹⁶⁹⁴, on peut sans nul doute affirmer que le principe d'égalité constitue le « plus solide pilier de l'Etat de droit »¹⁶⁹⁵, en dépit de sa nature discriminatoire¹⁶⁹⁶. En effet, le droit, en protégeant et sanctionnant, établit inévitablement des catégories. Ces appréhensions différentielles des sujets de droit induisent alors inexorablement des différenciations de traitement par le droit. Aussi, la genèse du droit américain n'était pas à proprement parler égalitariste puisque le terme même d'égalité n'est apparu dans la Constitution américaine qu'en 1868, avec l'adoption du 14^{ème} amendement.

¹⁶⁸⁹ DE TOCQUEVILLE, A., *De la Démocratie en Amérique*, Tome II, Paris, Gallimard, 1986, 480p.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, pp.122 et 123.

¹⁶⁹¹ Paraphrase du doyen L. Favoreu : « Pierre angulaire de la jurisprudence constitutionnelle quels que soient les pays ». FAVOREU, L., « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux-Débats », *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1982, p.400.

¹⁶⁹² Le doyen G.Vedel parle d'« une intuition (...) contradictoire et énigmatique ». VEDEL, G., « L'égalité », *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, Paris, 1990, 316 p., p.172.

¹⁶⁹³ Premier des droits fondamentaux, l'égalité est en elle-même une « condition d'exercice des droits fondamentaux », FAVOREU, L., GAIA, GHEVONTIAN, MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PENA-SOLER, A., PFERSMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J., *Droits des libertés fondamentales*, op.cit., p. 383.

¹⁶⁹⁴ En France, la décision du 27 décembre 1973 Taxation d'office a fait de l'égalité la première norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. *Ibid.*, pp. 382-383.

¹⁶⁹⁵ F. SOUCRAMANIEN parle « du plus solide pilier de l'Etat de droit en France », MELIN-SOUCRAMANIEN, F., Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Economica, P.U.A.M., 1997, P. 16. H. TRIBE, écrit : « is thus truly a model-a way of looking at constitutional issues generally-and not simply a section of the document ». TRIBE, H., *Constitutionnal Law*, op.cit., p.1437.

¹⁶⁹⁶ Voir notamment VILLEY, M., « l'idéologie égalitariste et les droits de l'homme », *L'égalité*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'Université de Caen, n°8, 1985, p.196.

Sans prétendre donner une définition de cette notion « équivoque »¹⁶⁹⁷, il nous faut à présent nous intéresser à ce principe dont l'utilisation et la référence constituent un socle essentiel à la gestion des relations inter-individuelles et inter-identitaires. Ainsi, l'étude de sa déclinaison nous permettra de saisir la mesure de la complexité juridique inhérente à l'articulation de la gestion égalitaire des différences avec la nécessaire différenciation de l'application égalitaire (A). En outre, nous aurons à envisager l'égalité dans sa forme contemporaine qui s'apparente de plus en plus à une lutte contre les discriminations en France (B) alors qu'elle semble relever aux Etats-Unis d'une gestion des discriminations (C)¹⁶⁹⁸.

A- Le principe d'égalité, entre égalité formelle et égalité réelle

Le vocabulaire disponible afin de décrire l'ambivalence du principe d'égalité¹⁶⁹⁹ ne manque pas. Egalité de droit *versus* égalité de fait¹⁷⁰⁰, égalité formelle ou égalité réelle¹⁷⁰¹, égalité des chances et égalité des résultats¹⁷⁰² ou encore égalité civile contre égalité sociale¹⁷⁰³, sont autant de variations reflétant le caractère dual de l'égalité¹⁷⁰⁴. Certains auteurs parlent aussi de

¹⁶⁹⁷ LALANDE, A., « Egalité », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 6^{ème} édition, P.U.F., Paris, 2006, 1323 p., P.269.

¹⁶⁹⁸ Nous opérons cette différenciation entre lutte contre les discrimination et gestion des discriminations afin de mettre l'accent sur le fait que la lutte est un acte pro-actif pensé, porté par une idéologie que l'on pourrait qualifier de volonté d'éradication des discriminations. La gestion renvoi à un processus plus technique, éventuellement envisagé de manière empirique sans définition en amont de véritables programmes et stratégies.

¹⁶⁹⁹ Le doyen VEDEL parle d'une « (...)institution (...) contradictoire et énigmatique ». VEDEL, G., « *L'égalité* », *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines et sa pérennité*, La documentation française, Paris, p.171.

¹⁷⁰⁰ L'égalité des droits s'inscrit en France dans la mouvance de 1789. Attachée à la liberté, elle part du principe que les pouvoirs publics doivent d'abstenir « d'introduire des discriminations qui empêcheraient la compétitivité au sein de la société civile de produire des résultats spontanés ». WACHSMANN, P., *Libertés publiques*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009. 730p., p. 308.

¹⁷⁰¹ Cette distinction similaire à la précédente renvoie à Aristote et sa distinction entre égalité distributive et égalité corrective. Voir FAVOREU, GAIA, GHEVONTIAN, MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PENA-SOLER, A., PFERSMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J., *Droits des libertés fondamentales*, op.cit., p.381.

¹⁷⁰² Cette distinction oppose le processus (les chances) au produit du processus (le résultat). Elle offre donc deux conceptions temporelles pour apprécier l'égalité.

¹⁷⁰³ Cette distinction porte sur l'objet de l'égalité et se superpose à la différenciation faite entre droits civils et politiques d'une part, et droits sociaux culturels d'autre part.

¹⁷⁰⁴ Cette liste pourrait également être enrichie des distinctions aristociennes entre égalité arithmétique et égalité géométrique, égalité numérique et égalité proportionnelle, égalité selon le nombre et égalité selon le mérite, Voir ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 7ème éd., Trad par J. Tricot, J. Vrin, Paris, 1990, pp 230 et s. ou ARISTOTE, *Politique*, V, 1 pp.44 et s., cité dans MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit., p27.

la différence entre l'égalité devant la loi et l'égalité dans la loi¹⁷⁰⁵ bien que cette distinction soit aujourd'hui considérée par un pan de la doctrine comme inopérante¹⁷⁰⁶.

Pourtant, les textes constitutionnels ne caractérisent pas l'égalité à laquelle ils se réfèrent¹⁷⁰⁷. Ni la lecture de la Constitution du 4 octobre 1958 ou la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789¹⁷⁰⁸ pour la France, ni celle du 14^{ème} voire du 5^{ème}, 13^{ème}, 15^{ème}, 19^{ème} ou 26^{ème} amendement pour les Etats-Unis¹⁷⁰⁹, ne prédisposent à une interprétation stricte de la nature du principe d'égalité¹⁷¹⁰. Rappelons que si en France plus d'une quinzaine de textes du « bloc de constitutionalité » constituent les sources du principe d'égalité, aux Etats-Unis du seul le 14^{ème} amendement la Cour suprême a développé une jurisprudence abondante.

En définitive, parler de la nature du principe de l'égalité nous renvoie à trois considérations différentes: à l'objet de l'égalité (ce sur quoi il porte) (1), à l'objectif de l'égalité (ce à quoi il tend) (2) et au contrôle de l'égalité par les juges (comment le contrôle se structure en fonction de son ou ses objet(s) et de ses objectifs) (3). Ce détour théorique semble incontournable pour éclairer le lien entre diversité et égalité dans les deux nations considérées.

1- L'objet de l'égalité en France et aux Etats-Unis

En France, le principe d'égalité, et ce depuis la Constitution du 27 octobre 1946, institue des discriminations explicitement et expressément interdites. Cette idée sera reprise dans la

¹⁷⁰⁵ RIVERO, J., « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'Association H. Capitant, Journées du Luxembourg, 31 mai-4 juin 1961, Dalloz, 1966, p.349.

¹⁷⁰⁶ FAVOREU, L., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle en France », in *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Y.Blais, Cowansville, 1986, 593 p., p.300.

¹⁷⁰⁷ Notons que contenu dans les textes constitutionnels, le principe d'égalité n'a en France été reconnu comme ayant valeur constitutionnelle qu'avec la décision « Taxation d'office » du 27 décembre 1973. Décision N°73-51 DC, G.D.C.C., 8^e édition, Dalloz, Paris, 1995, p.21.

¹⁷⁰⁸ Notons avec F. MELIN-SOUCRAMANIEN que la V^{ème} République a pris soin dans son texte fondateur de réaffirmer le principe d'égalité dans son article 2 devenu article 1. Cette insertion est d'autant plus significative que ce principe était affirmé à double titre dans le préambule, dans la DDHC et dans le préambule de la constitution de 1946. Voir MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op.cit, p.32.

¹⁷⁰⁹ Le Cour Suprême se réfère principalement au 14^{ème} amendement pour procéder au contrôle juridictionnel du principe d'égalité. Le quatorzième amendement consacre l'égalité protection des lois. Le 5^{ème} amendement garantit l'égalité devant la justice, le 13^{ème} et 14^{ème} amendement se réfèrent au principe de non-discrimination et à la prohibition de l'esclavage, le 19 et 26^{ème} amendement concerne l'égalité du suffrage.

¹⁷¹⁰ TRIBE, L.H., *Constitutional law*, op.cit., pp.1436 et s.

constitution de 1958 dans son article 2 devenu 1^{er}¹⁷¹¹. De fait, l'égalité se déclinerait en deux temps: une égalité déterminée et une égalité indéterminée¹⁷¹². Au terme de la première, on trouve l'interdiction des discriminations fondées sur la race, la religion, la croyance ou le sexe¹⁷¹³ mais aussi la définition constitutionnelle de domaines d'applications spécifiques tels que l'égalité devant la justice, l'égalité devant les charges publiques ou encore l'égalité devant le suffrage¹⁷¹⁴. La détermination explicite des objets de l'égalité, et serait-on tenté de dire, l'objectivation de l'égalité, fait ainsi glisser le principe d'égalité vers un principe de non-discrimination. Concernant l'égalité indéterminée, elle représenterait la référence au principe d'égalité entendu de manière générale et sans référence à un texte particulier¹⁷¹⁵.

Aux Etats-Unis, le principe d'égalité a plusieurs manifestations constitutionnelles bien que, tel que susmentionné, la référence au 14^{ème} amendement et à l'*equal protection clause* en constitue la source principale. Ainsi, à côté de l'égalité devant la loi, l'égalité s'inscrit dans le droit de vote¹⁷¹⁶, dans l'interdiction de l'esclavage pour toute personne¹⁷¹⁷ et dans la clause du *due process* du 5^{ème} amendement. Toutefois, le droit à un traitement égal et le droit à un traitement comme un égal émanant du 14^{ème} amendement confèrent une certaine unité et généralité au principe d'égalité.

2- L'objectif de l'égalité

Corrélé à un universalisme traditionnel, l'égalité formelle ou égalité des droits traduit l'idée exprimée dans l'article 1^{er} de la DDHC de 1789 qui stipule: « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Aux Etats-Unis on retrouve aussi cette idée avec le 14^{ème} amendement qui stipule qu'« aucun Etat (...) ne peut dénier à aucune personne sous sa

¹⁷¹¹ Pour rappel, il dispose que: « la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

¹⁷¹² MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit., pp. 72 et s.

¹⁷¹³ Notons que ces références étaient au cœur des législations de Vichy.

¹⁷¹⁴ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit., pp. 93 et s.

¹⁷¹⁵ Le Conseil constitutionnel privilégie cette approche de la référence au principe d'égalité, en fondant sa décision sur un principe d'égalité en général. Aussi il se réfère au « principe d'égalité » (exemple décision n°91-290 DC du 0 mai 1991, « Statut de la Corse », cons. 23 et 27), au « principe d'égalité devant la loi » (exemple décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, « *Quotas pas sexe* », cons.4.) au principe d'égalité et de non-discrimination (décision n° 84-182 DC du 18 janvier 1985 « *Administrateurs judiciaires* », cons.13) ou encore au « *principe constitutionnel d'égalité* » (par exemple décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, « *Conseil supérieur de l'audiovisuel* »). *Ibid*, pp. 110- 111.

¹⁷¹⁶ Voir 15^{ème} amendement. Cf. Annexe n°2,

¹⁷¹⁷ Voir 3^{ème} amendement. Cf. Annexe n°2,

juridiction l'égle protection de la loi ». Bien que souffrant de nombreuses exceptions¹⁷¹⁸, cette vision de l'égalité a longtemps prédominée, faisant de l'individu un être abstrait. Pourtant, comme nous avons déjà eu l'occasion de le montrer, cette abstraction était relative dans un contexte comme dans l'autre. De plus, aux Etats-Unis, l'égalité des droits n'a pas empêché une ségrégation raciale¹⁷¹⁹.

Néanmoins, en France comme aux Etats-Unis, ce formalisme va être contesté à partir des années 40. Cette transformation, bien que résultant de considérations historiques spécifiques à chacune des nations, traduit une même préoccupation: l'idée de partir de situations concrètes afin de faire face à des situations raciales inégalitaires persistantes. Ainsi, l'égalité des chances ne prétend pas rendre tous les citoyens pleinement et totalement égaux mais entend atténuer certains désavantages pour mieux asseoir l'égalité réelle. Dans cette approche l'égalité peut être assimilée à l'équité qui selon une définition relativement large peut être entendue comme l'« adaptation à chaque situation particulière d'une solution appropriée »¹⁷²⁰. Il s'agit bien en effet de partir des réalités sociales, de se fonder sur des individus ou groupes d'individus appréciés de manière concrète, contextualisée, afin d'apporter à ces personnes ou situations des réponses juridiques spécifiquement adaptées. Cette optique implique alors d'opérer des catégorisations particulières, non plus appréhendées comme des exceptions à une règle générale mais comme des publics ou des « territoires » cibles de politiques publiques spéciales.

Cette individualisation ou territorialisation des réponses juridiques ne signifie pas pour autant que le principe d'égalité entendue comme une égalité formelle, de droit, abstraite, soit dépassé voire désuet. Aujourd'hui, les deux prétentions de l'égalité coexistent et se présentent même comme complémentaires, l'égalité des chances se substituant à l'égalité de droits lorsque l'égalité de droits ne permet pas une véritable égalité des chances. A la fois fin et moyen, ces deux dimensions semblent mutuellement se garantir. La jurisprudence du Conseil constitutionnel traduit cette idée puisque dans un considérant de principe, le conseil des sages a estimé que le « (...) principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt

¹⁷¹⁸ Voir par exemple O., BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit. pp. 41-45

¹⁷¹⁹ En vertu de l'arrêt de la Cour Suprême *Pressy Fergusson*, op.cit.

¹⁷²⁰ LEGATTE, P., *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, Presses de la renaissance, 1992, 201 p.128.

général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁷²¹.

Ainsi, en France comme aux Etats-Unis, il existe un certain parallélisme face à la conception de l'égalité et son appréhension de la diversité. A l'égalité formelle qui envisageait la généralité de la loi comme une condition d'un traitement égal des personnes et par conséquent de leurs différences, s'est substituée une égalité dite réelle, où les différences sont prises en compte et traitées en amont, induisant une contextualisation juridique favorisant l'égalité des chances. Ainsi, la diversité est explicitement consacrée, non dans le but d'essentialiser les différences mais comme moyen d'estomper les différences, pour au final aboutir à une égalité de résultat.

3- Le contrôle du principe d'égalité par les juges constitutionnels

Norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, le principe d'égalité se singularise tout autant que s'impose par le fait de constituer à la fois un droit fondamental *per se*, et la « condition d'exercice d'autres droits fondamentaux »¹⁷²².

En France, en dépit de l'admission d'une certaine particularisation du droit au nom de l'égalité « nouvellement » appréhendée, le juge constitutionnel opère un contrôle particulier¹⁷²³, et ce en vertu de l'existence de discriminations interdites ou de la prévention contre des discriminations arbitraires¹⁷²⁴. Toutefois, même une discrimination autorisée ou non arbitraire peut faire l'objet d'une censure pour cause d'inconstitutionnalité si le juge estime qu'elle est insuffisamment justifiée pour porter atteinte au principe d'égalité. En effet, dans le cas français, des différences de traitement peuvent porter sur des discriminations non interdites en raison du considérant de principe précité, formulé pour la première fois la décision de 1988¹⁷²⁵. Ainsi, l'appréciation de la conformité ou de la simple compatibilité

¹⁷²¹ Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole*, Recueil, p. 17 - Journal officiel du 10 janvier 1988, p. 482.

¹⁷²² FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PENA-SOLER, A., PFERSMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J. , *Droits des libertés fondamentales*, op.cit., p. 383.

¹⁷²³ Notons que le juge constitutionnel soit mentionne la norme de référence sur laquelle son contrôle est fondé, on parle alors de l'égalité déterminée. Soit il ne cite pas le rattachement textuel du principe d'égalité, auquel cas on parle d'égalité indéterminée. Voir *Ibid.*, pp.385-386.

¹⁷²⁴ F. M. SOUCRAMANIEN définit la notion de norme arbitraire comme : « une règle qui dépend de la seule volonté de son auteur et dont l'édiction n'est pas subordonnée au respect d'une norme préexistente ». MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit., p. 127.

¹⁷²⁵ Op.cit., voir *supra* p.393.

entre les dispositions législatives et le principe constitutionnel d'égalité se retrouvent à la fois dans le contexte français et étasunien.

Aux Etats-Unis, notons au préalable qu'il y a deux façons de violer l'égalité : la première concerne le cas où le gouvernement fait des distinctions alors qu'il aurait dû envisager les situations des personnes comme étant similaires; la seconde se réfère au contraire à la situation où le gouvernement ne fait pas de distinctions alors que les personnes auraient dû être regardées comme étant en situation différente¹⁷²⁶. Lorsque le législateur opère des classifications, le juge américain a développé une jurisprudence établie, basée sur trois degrés de contrôle du principe d'égalité en fonction de la teneur des intérêts en cause¹⁷²⁷.

D'abord, le pouvoir du juge est accru dans le cadre du contrôle strict, *strict scrutiny*. Ce dernier est mis en œuvre soit lorsque la législation contestée porte sur une classification dite suspecte, telle que la race¹⁷²⁸ ou la nationalité, soit lorsqu'elle est susceptible de porter atteinte à un droit fondamental ou garanti par la constitution¹⁷²⁹. Dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour suprême impose deux conditions : une adaptation stricte à la promotion d'un intérêt public prépondérant ou à un objectif gouvernemental à valeur impérative ; qu'aucun autre moyen ayant les mêmes exigences ne soit disponible pour atteindre cet objectif. Mais si le contrôle est strict en théorie, il se révèle en fait fatal¹⁷³⁰. En dehors des programmes de discriminations positives pour lesquels la Cour Suprême tolère des classifications basées sur la race, il n'y a qu'un exemple d'acceptation d'une discrimination raciale explicite. Ce fut le cas dans l'arrêt *Korematsu* précité¹⁷³¹.

Ensuite, dans le cadre du contrôle intermédiaire, dit *intermediate scrutiny*, le juge va exiger que la discrimination opérée par le législateur ait un rapport substantiel avec un objectif gouvernemental important. Il s'agit par exemple du type de contrôle effectué lorsque sont en cause des distinctions fondées sur le sexe¹⁷³².

¹⁷²⁶ C'est ce que mentionne la Cour suprême dans la décision *Jennese v. Forton*. CS 403 US 431 442 1971. « *Sometimes the greatest discrimination can lie in treating things that are different as though they were exactly alike* ». Parfois, la meilleure discrimination peut mentir, en traitant des choses qui sont différentes comme si elles étaient exactement les mêmes (Notre traduction).

¹⁷²⁷ Voir notamment TRIBE, L.H., *American Constitutionnal Law*, op.cit., pp.1436 et s.

¹⁷²⁸ Par exemple C.S., *Korematsu V. United States*, 323 us 214 (1944). Voir *supra* p. 183.

¹⁷²⁹ SABBAGH, D., *L'égalité par le droit*, op. cit. p. 79.

¹⁷³⁰ TRIBE, L.H., *American Constitutionnal Law*, op.cit., p.1451.

¹⁷³¹ Voir *supra*.

¹⁷³² Par exemple, C.S., *Craig v. Boren*, 429 US 190 (1976), p.197.

Enfin, le contrôle sera moindre, dit minimal ou minimum, lorsque les discriminations n'ont pas les caractéristiques susmentionnées. Elles relèvent généralement du domaine économique et social. Dans ce cas de figure, le juge exigera que l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics soit légitime et mette en œuvre des moyens rationnels.

Ce contrôle tridimensionnel est à rapprocher du contrôle à trois niveaux opéré par le juge administratif français¹⁷³³. Au niveau du juge constitutionnel français, il semble que la gradation du contrôle est binaire, variant en fonction de quatre paramètres : d'abord, au niveau des normes de références, le contrôle sera accru lorsque sera en cause l'égalité déterminée¹⁷³⁴; ensuite, au niveau des bénéficiaires de l'égalité puisqu'il semblerait que lorsque l'égalité touche des personnes physiques, le contrôle soit plus strict¹⁷³⁵; quant aux domaines d'applications du principe d'égalité, le contrôle strict s'opérerait lorsqu'une norme entrerait dans le champs du droit pénal et de la procédure pénale ainsi que du droit constitutionnel électoral contrairement à d'autres domaines qui relèveraient d'un contrôle restreint¹⁷³⁶. Enfin, le type de discrimination mis en cause déterminerait le degré de contrôle. Ainsi, les discriminations constitutionnellement interdites ne laissent aucun pouvoir d'appréciation au juge puisqu'elles conduisent à l'annulation des normes *infra* constitutionnelles sur la base d'un contrôle de conformité. Les discriminations remettant en cause l'exercice de droits fondamentaux impliqueraient aussi un contrôle strict. Les autres différences de traitement conduiraient à un contrôle restreint qui s'apparente à un contrôle de conformité¹⁷³⁷. Notons toutefois une différence significative entre droit français et américain étant entendu que dans ce dernier c'est le juge qui définit les classifications suspectes alors même que c'est le texte constitutionnel qui en France délimite les discriminations expressément interdites.

Ainsi, au regard des développements précédents, on remarque que les droits constitutionnels français et américain envisagent le principe d'égalité comme un principe à déclinaison variable sous le contrôle du juge. Dès lors, la diversité ethnoculturelle de la population de ces deux nations et les problématiques d'inégalité de situation qui lui sont corrélatives ont pu être

¹⁷³³ Voir PHILIPPE, X., *Droit administratif général*, Librairie d'Aix en Provence et Presses universitaires d'Aix Marseille, Aix en Provence, 1993, pp.260 et s. h

¹⁷³⁴ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit. p.111 et s.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, p. 133.

¹⁷³⁶ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., op.cit., p.136 ets.

¹⁷³⁷ Voir FAVOREU, L., « Le principe de constitutionnalité – Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in *Mélanges Eisenmann I*, 1975, p. 33. p.41.

envisagées par le développement de l'égalité réelle. Or, cette contextualisation du principe d'égalité et cette particularisation du droit ont fait glisser le principe d'égalité vers un principe de non-discrimination dans le cadre du droit français.

B- De l'égalité à la lutte contre les discriminations: le cas français

Le rapport du comité de réflexion sur le préambule de la Constitution soulignait que « deux des aspirations les plus fortes caractéristiques de la société contemporaine sont la recherche de l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations »¹⁷³⁸. Tel que nous l'avons déjà esquissé, en France le principe d'égalité s'est mué en un principe de lutte contre les discriminations. Cette mutation se fonde essentiellement sur l'existence depuis la libération de ce que la doctrine nomme les « discriminations interdites ». En effet, comme le relève F. M. Soucramani, trois types de discriminations créées par le législateur peuvent être répertoriées: les discriminations expressément interdites par la Constitution ; les discriminations ayant pour effet de remettre en cause l'existence de droits fondamentaux; et les discriminations entre situation de fait¹⁷³⁹. Poser des discriminations expressément prohibées conduit alors à envisager un principe de non-discrimination sur la base des critères de différenciations interdites (1). Au-delà de l'interdiction, s'est mis en place un véritable dispositif de lutte contre les discriminations (2).

1- Des discriminations interdites à un principe de non-discrimination

Pour la première fois contenues dans la Constitution du 27 octobre 1946¹⁷⁴⁰, les discriminations proscrites ont été réaffirmées par la Constitution de 1958 alors même que le préambule de 1946 a été intégré au préambule de la Constitution de la V^{ème} république. Dès lors, doublement interdites, les discriminations concernées sont celles fondées sur l'origine, la

¹⁷³⁸ Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, op.cit., p.53.

¹⁷³⁹ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit., p. 140 et s. Voir aussi, FAVOREU, L., GAIA (...).op.cit., pp. 388-390.

¹⁷⁴⁰ Préambule de la constitution du 27 octobre 1946: Alinéa 1^{er} « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés (...) ». Alinéa 3^{ème} « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Alinéa 5^{ème} « (...) Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

race, la religion et les croyances. Pendant des « classifications suspectes » américaines, ces notions présentent toutefois des difficultés de définition et par conséquent de délimitation.

Le terme origine par exemple, est défini par le Robert comme « le milieu humain primitif auquel remonte la généalogie d'un individu ou d'un groupe »¹⁷⁴¹. Fonder une interdiction de catégoriser les personnes en fonction de leur origine reviendrait alors à prohiber toute référence à une appartenance territoriale, communautaire, voir même socioculturelle, socioprofessionnelle ou encore familiale. Ainsi, cela aboutirait à ne jamais considérer un individu en fonction de son contexte de naissance. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a opté pour une référence limitée à ce critère. Il se retranche d'ailleurs plus souvent derrière le principe d'indivisibilité de la République comme ce fut le cas dans les décisions « Statut de la Polynésie française »¹⁷⁴² et « Statut du territoire de Nouvelle-Calédonie »¹⁷⁴³ du 30 août 1984¹⁷⁴⁴. Toutefois, lors de la fameuse décision du 9 mai 1991 « Statut de la Corse »¹⁷⁴⁵, le Conseil constitutionnel s'est expressément fondé sur l'interdiction constitutionnelle d'établir des discriminations fondées sur l'origine des personnes afin d'écarter la notion de peuple corse¹⁷⁴⁶. Il s'est ainsi rattaché à « la norme de référence la plus précise »¹⁷⁴⁷. Ainsi, à l'instar de M. Soucramanien, on peut envisager la notion d'origine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel comme renvoyant à l'appartenance géographique ou ethnique. Plus largement, l'interdiction d'établir des discriminations sur l'origine des personnes recoupe, pour au final se confondre avec le principe d'indivisibilité et d'unité de la République.

Concernant les discriminations fondées sur le critère de la race, il est intéressant de noter que contrairement à la situation étasunienne, le Conseil constitutionnel ne s'y est jamais

¹⁷⁴¹ Dictionnaire Le Petit Robert, 1990.

¹⁷⁴² C.C., Décision n° 84-177 DC, considérant 7. « Considérant 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; qu'elle est donc contraire à l'indivisibilité de la République consacrée par l'article 2 de la Constitution ».

¹⁷⁴³ C.C., Décision n° 84-178 DC, considérant 8 identique au considérant 7 de la Décision n° 84-177. *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ Le Conseil constitutionnel annule les dispositions attaquées 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; (...) est donc contraire à l'indivisibilité de la République consacré par l'article 2 de la Constitution ».

¹⁷⁴⁵ C.C., Décision n°91-290 DC, op.cit. Voir Décision du C.C. du 9 mai 1991 « Statut de la Corse », annexe n°14. Voir également Annexe n° 14.

¹⁷⁴⁶ Considérant n°13 de la décision Décision n°91-290 DC, *Ibid.* « Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

¹⁷⁴⁷ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op.cit., p.81.

explicitement référé. Cette situation peut s'expliquer par différents facteurs que nous nous bornerons à énoncer. La « nouveauté » de la prohibition de toute discrimination fondée sur la race et les nombreux débats autour de la notion de race font que ce concept est d'utilisation problématique¹⁷⁴⁸. En l'absence d'une véritable définition du mot race, face à sa répudiation en tant que réalité biologique et à la vue de son utilisation comme élément de description sociale, le Conseil des sages semble se montrer réticent à toute utilisation. En outre, comme le suggère D. Lochak, la prohibition de toute discrimination fondée sur la race agit comme un garde-fou, relevant d'avantage de la profession de foi que d'une véritable norme juridique¹⁷⁴⁹.

Les discriminations fondées sur la religion et les croyances sont, elles aussi prohibées alors même que le respect de toutes les croyances est garanti. Le juge constitutionnel n'a fondé aucune décision sur la base de ce critère. Il en aurait eu la possibilité, notamment dans la décision *Révision de la « Loi Falloux »* du 13 janvier 1994¹⁷⁵⁰. Il en est de même pour les discriminations fondées sur le critère du sexe dont la prohibition constitutionnelle n'a jamais été invoquée par le Juge constitutionnel. Dans la célèbre décision « Quotas par sexe »¹⁷⁵¹, cette absence de référence résulte d'un manque de volonté puisque le conseil des sages a choisi de fonder sa décision de non-conformité sur la base des articles 3 de la constitution¹⁷⁵² et 6 de la DDHC¹⁷⁵³, c'est à dire sur l'interdiction générale d'établir des distinctions entre catégories d'électeurs ou de personnes éligibles.

Cette liste des discriminations expressément prohibées par la constitution semble être non exhaustive, la mention du « ou » dans l'article 1^{er} de la constitution étant notamment un indice d'ouverture¹⁷⁵⁴. En outre, ces interdictions expresses signifient *a contrario* que les atteintes à l'égalité peuvent être fondées sur d'autres motifs¹⁷⁵⁵. C'est en tout cas par rapport à ces

¹⁷⁴⁸ Voir notamment nos développements, *supra*, pp.250-260.

¹⁷⁴⁹ LOCHAK, D., « La race: une catégorie juridique ? », *Mots*, n°33, 1992, p291.

¹⁷⁵⁰ C.C., Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994. Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.

¹⁷⁵¹ C.C., Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982. Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales.

¹⁷⁵² Article 3 al 4 « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Voir Constitution française, Annexe n°1.

¹⁷⁵³ Article 6 DUDH « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. » Voir annexe n°

¹⁷⁵⁴ Voir MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op.cit., p. 90-92.

¹⁷⁵⁵ ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Domat Montchrestien, 2008, 8^{ème} éd., p.352.

discriminations prohibées que fut mise en place une véritable politique publique de lutte contre les discriminations.

2- D'un principe de non-discrimination à la lutte contre les discriminations

Effectuer des différenciations en droit ou en fait n'est illégal que lorsque ces différences sont illégitimes, c'est à dire lorsqu'elles portent sur des caractéristiques intrinsèques aux personnes. Ce type de discrimination est donc « illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime »¹⁷⁵⁶.

Le Haut Conseil à l'Intégration définit une discrimination comme étant « toute action ou attitude qui conduit, à situation de départ identique, à un traitement défavorable de personnes du fait de leur nationalité, origine, couleur de peau ou religion, qu'une intention discriminante soit, ou non, à l'origine de cette situation ».¹⁷⁵⁷ Or cette définition, et en particulier les critères de distinctions sur lesquels elle se fonde, ont été complétés. Ainsi, au niveau européen, l'article 10 nouveau du TFUE¹⁷⁵⁸ ajoute aux éléments précités la prohibition de distinctions fondées sur l'origine ethnique, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Quant au protocole additionnel n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme, il laisse la liste ouverte¹⁷⁵⁹.

Si les critères d'appréciation des discriminations illégitimes sont devenus ces dernières années de plus en plus nombreux, l'idée de lutter contre les discriminations remonte à la sortie du second conflit mondial. Toutefois, ni la rédaction du préambule de 1946, ni celle de l'article 2 devenu 1^{er} de la constitution de 1958 ne furent assortis de pénalisation des différenciations de traitement illégitimes. Ce n'est qu'en 1972 qu'apparaissent les prémisses d'une politique publique de lutte contre les discriminations. Ainsi, par la loi du 1^{er} juillet 1972 sont

¹⁷⁵⁶ LOCHAK, D., « *Réflexions sur la notion de discrimination* », Droit social, n°11, 1987, p.778.

¹⁷⁵⁷ Haut Conseil à l'intégration, Lutter contre les discriminations : faire respecter l'égalité, rapport au premier ministre, La Documentation française, collection des Rapports officiels, 1998, p.10.

¹⁷⁵⁸ « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Journal officiel n° C 115 du 09/05/2008 p. 0001 – 0388.

¹⁷⁵⁹ Protocole additionnel n° 12 à la CEDH adopté par le Comité des ministres le 27 juin 2001. Cela permet en effet de prendre en compte des motifs non mentionnés, sans limitation a priori. C'est ainsi que la Cour européenne a considéré la discrimination par rapport à l'orientation sexuelle dans l'arrêt du 21 décembre 1999, affaire *Salgueiro da Silva Mouta c/Portugal*. Il s'agissait en l'occurrence d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, par exemple, en matière d'attribution de l'autorité parentale. CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, requête n 33290/96, Rec. 1999-IX. [52] Aff. *Salgueiro da Silva Mouta c/*.

pénalement répréhensibles les refus d'accès à un bien ou à un service en raison de considérations raciales, nationales ou religieuses¹⁷⁶⁰. Ainsi, les personnes privées tout comme les personnes publiques pouvaient être condamnées sur la base de cette disposition. Celle-ci fut complétée par une série de loi, élargissant les critères illégitimes de différenciations¹⁷⁶¹.

Le domaine pénal n'est pas le seul à encadrer de tels comportements puisque dès 1982 le droit du travail protège les personnes dans le cadre des procédures de recrutement, de sanction ou de licenciement en raison de considérations liées à son origine, son appartenance à une ethnie, une nation, une race. Dès 1992, la liste des discriminations arbitraires est enrichie de la référence aux mœurs, à la situation de famille, aux opinions politiques, aux activités syndicales ou mutualistes, aux convictions religieuses à l'état de santé et au handicap sauf dans le cas d'une inaptitude médicalement constatée¹⁷⁶². Ce dispositif a été auparavant envisagé pour les fonctionnaires¹⁷⁶³.

Ce dispositif éparpillé de lutte contre les discriminations a bénéficié de l'adoption de deux directives européennes portant à la fois sur les discriminations directes et indirectes¹⁷⁶⁴. Tout en permettant de renverser la charge de la preuve et donnant aux syndicats et aux associations la possibilité de se porter partie civile à la place des victimes, ces directives ont eu une influence sur l'appréhension des critères de différenciation illégitimes. Ainsi, la directive du 29 juin 2000 relative à « la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique »¹⁷⁶⁵ et celle du 27 novembre 2000 portant sur la « création d'un cadre général en faveur de l'égalité en matière d'emploi et de travail »¹⁷⁶⁶, se révèlent des sources d'inspiration pour le législateur français¹⁷⁶⁷. Ainsi, par la loi du 16 novembre 2001¹⁷⁶⁸ est instauré un « véritable cadre légal de lutte contre les

¹⁷⁶⁰ Loi n°72-546, op.cit.

¹⁷⁶¹ Loi du 11 juillet 1975 élargi au sexe et à la situation familiale ; La loi du 7 juin 1977 introduit les discriminations dans les activités économiques; La loi du 25 juillet 1985 ajoute le critère des mœurs ; La loi du 30 juillet 1987 renforce certaines dispositions de la Loi du 1^{er} juillet 1972. La loi 13 janvier 1989 incorpore au dispositif le critère du handicap.

¹⁷⁶² Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

¹⁷⁶³ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁷⁶⁴ En ce sens, on se rapproche de l'acception américaine des discriminations.

¹⁷⁶⁵ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022 - 0026

¹⁷⁶⁶ Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹⁷⁶⁷ Pour une présentation des directives et leur transposition en droit français, voir *supra* p. 367.

¹⁷⁶⁸ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

discriminations »¹⁷⁶⁹ reprenant la référence aux discriminations directes mais aussi indirectes établies par le droit communautaire¹⁷⁷⁰.

Rappelons qu'à côté de ces mesures, des structures de lutte contre les discriminations ont été créées. Parmi elles, les commissions départementales d'accès à la citoyenneté dites CODAC¹⁷⁷¹ ont pour mission de définir une politique locale de lutte contre les discriminations afin de corriger les différences de traitement illégitimes. Elles constituent ainsi un « lieu d'écoute, de réflexion, d'impulsion et de mise en œuvre des actions destinées à lutter contre les discriminations » au niveau départemental, et mettent à disposition un numéro téléphonique gratuit permettant aux victimes de discriminations raciales de signaler leur situation.

La situation française qui vient d'être décrite rencontre de nombreux points de similitude avec les Etats-Unis.

C- De l'égalité à l'encadrement des discriminations: le cas américain

La protection constitutionnelle contre les discriminations résultant du 14^{ème} amendement coexistera avec la doctrine « séparés mais égaux » définie par la décision *Plessy v. Ferguson*¹⁷⁷². Cette dernière imposait en effet une égalité parfaite devant la loi des deux « races », impliquant une égalité politique absolue. Toutefois, elle répudiait d'imposer une égalité sociale, d'abolir les distinctions fondées sur la couleur de peau, qui plus est, d'encourager un mélange entre les personnes. Ainsi, la lutte contre les discriminations a pu coexister avec une ségrégation raciale. La Cour suprême s'est longtemps retranchée derrière l'idée que l'Etat fédéral n'était pas en mesure d'étendre le principe de non-discrimination aux acteurs privés en raison de l'autonomie locale. C'est ce que révèle l'arrêt *Civil Rights Cases* de 1883¹⁷⁷³, refusant ainsi de définir une norme de *color blindness* dans les rapports privés

¹⁷⁶⁹ BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p. 175.

¹⁷⁷⁰ Le droit français n'a pas posé de définition de la discrimination indirecte mais il est possible de postuler qu'elle se réfère implicitement à la définition posée dans le cadre européen qui l'envisage comme une « mesure apparemment neutre qui aboutit pourtant au même résultat qu'une discrimination indirecte ».

¹⁷⁷¹ Voir *supra* p. 370. Sur le fonctionnement des CODAC voir également BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., pp. 177-182.

¹⁷⁷² Voir *supra* p. 117. Voir également Annexe n°16 et 17.

¹⁷⁷³ C.S., *Civil Rights Cases*, 109 U.S., 3 (1883).

tout autant que publics. Or, l'élargissement progressif de la notion de *State action*, autrement dit des actes de pouvoirs publics sur lesquels peuvent porter le contrôle de constitutionnalité, va être opéré par la Cour suprême dès 1870. L'arrêt *Smith v. Allwright*¹⁷⁷⁴ engage ainsi la responsabilité des pouvoirs publics. Même si l'acte dénoncé était un acte privé, il n'aura été pris en l'absence d'acte public et qui aurait été déclaré inconstitutionnel s'il émanait des autorités publiques¹⁷⁷⁵. Cette jurisprudence confirmée par l'arrêt *Shelley v. Kraemer*¹⁷⁷⁶ révèle les prémisses d'un dispositif de lutte contre les discriminations applicable aux personnes privées.

Notons que la participation des Etats-Unis dans le second conflit mondial aux côtés des alliés et contre le régime hitlérien a été guidée par la volonté de véhiculer la croyance en une conception égalitariste et a eu en même temps comme résultat d'externaliser la question raciale¹⁷⁷⁷. Cette situation, couplée à la recherche de cohérence entre politique interne et politique étrangère américaine, va conduire à la rédaction d'un *amicus brief* adressé aux juges de la Cour suprême mentionnant la gêne occasionnée par les pratiques discriminatoires¹⁷⁷⁸. Le président Roosevelt avait auparavant édicté un *executive order* le 25 juin 1941 soumettant certains employeurs privés à une obligation de non-discrimination raciale¹⁷⁷⁹. Après-guerre, d'autres mesures antidiscriminatoires seront prises au niveau fédéral dont par exemple le démantèlement de la ségrégation dans les forces armées¹⁷⁸⁰. Ces mesures éparpillées constituent la genèse d'une politique de lutte contre les discriminations qui n'interviendra qu'au milieu des années 70.

Au niveau de la Cour suprême, il a fallu attendre la décision de 1954 *Brown v. Board of Education*¹⁷⁸¹ pour que le 14^{ème} amendement soit réinterprété et que la doctrine du *separate but equal* dégagée 60 ans plus tôt soit déclarée inconstitutionnelle puisque l'égalité devant la

¹⁷⁷⁴ Cour Suprême dès 1870. Voir C.S., *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944).

¹⁷⁷⁵ SABBAGH, D., *L'Egalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op.cit., pp. 21-25.

¹⁷⁷⁶ C.S. *Shelley v. Kraemer*, 334 US 1 (1948), p.18.

¹⁷⁷⁷ Voir DUDZIAK, M., « The Little Rock crisis and Foreign affairs: Race, Resistance and the image of American Democracy », *Southern California Law Review*, 70 (6), 1997, p- 1670-1671. Cité in SABBAGH, D., *L'Egalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op.cit., p.26. Cette externalisation s'est en effet réalisée par un double mouvement: Avec une armée composée de personnes de couleurs, les Etats-Unis ont affichés une nation multiraciale. Par ailleurs, en dénonçant la politique raciste hitlérienne, les Etats-Unis se sont montrés comme défenseurs de la non-discrimination à l'extérieur de leurs frontières.

¹⁷⁷⁸ C.S., *Shelley v. Kraemer*, op. cit., « Brief for the United States as Amicus Curiae », p.19

¹⁷⁷⁹ Voir *supra* p. 322.

¹⁷⁸⁰ *Executive order* du Président Truman, 26 juillet 1948.

¹⁷⁸¹ Voir *supra* p. 209.

loi n'impliquait pas une égalité réelle. Ainsi, même si les écoles ou autres institutions garantissaient aux noirs comme aux blancs un certain parallélisme, cela n'induisait en rien une égalité des chances. Pour autant, ce n'est qu'en 1978 avec la décision *University of California v. Bakke* que la Cour suprême suivant l'opinion majoritaire du juge Powell prônera le caractère suspect des distinctions raciales, les soumettant dès lors à un contrôle strict et conditionnant leur existence à celle d'un intérêt supérieur de l'Etat. Dans ce cadre, les différences de traitements fondées sur des critères raciaux peuvent être constitutionnelles si et seulement si leurs mises en œuvre constituent une plus-value, tel que l'enrichissement du corps étudiant¹⁷⁸². Ainsi, il n'y a pas à proprement parler de discriminations prohibées mais certaines discriminations qui doivent être justifiées par un caractère nécessaire relevant d'un intérêt déterminant de l'Etat à condition toutefois d'être raisonnables. Par contre, tous les états n'ont pas l'obligation de traiter de manière identique des citoyens¹⁷⁸³.

Au niveau des discriminations sexuelles, la décision de 1971, *Reed v. Reed*¹⁷⁸⁴, impose un contrôle intermédiaire par lequel les distinctions basées sur le sexe doivent être « raisonnables, non arbitraires et reposer sur des motifs qui auraient un rapport réel et juste avec l'objectif de la loi »¹⁷⁸⁵. Ces dernières décisions complètent le dispositif dégagé par le *Civil Rights Act* du 2 juillet 1964, premier instrument législatif fédéral antidiscriminatoire, contrariant ainsi le principe d'autonomie locale.

Notons que la protection de la loi concerne tout le monde, « *any individual* », et prend en compte l'interdiction de discrimination en raison du sexe. A ce titre, la commission dite *Equal Employment Opportunity Commission*¹⁷⁸⁶ est instituée en tant qu'agence fédérale responsable de l'application du Titre VII du *Civil Right Act*. L'*Equal Employment Opportunities* de 1972 complétera ce dispositif en étendant l'obligation de non-discrimination contenue au titre VII de la loi de 1964 aux établissements éducatifs, aux entreprises privées composées de 15 à 25 salariés et à l'ensemble du secteur public. Il permettra une extension des compétences de l'EEOC en l'autorisant d'engager des poursuites judiciaires à l'encontre des employeurs y compris des syndicats en cas de non-respect des obligations. Le décret présidentiel du Président Johnson du 24 septembre 1965 fera passer le dispositif de lutte contre les

¹⁷⁸² C.S., *University of California v. Bakke*. Voir *supra* p. 268, 338. Voir également Annexe n° 18.

¹⁷⁸³ LEVASSEUR, A.A., *Droit des Etats-Unis*, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, 1994, 388p., p. 57.

¹⁷⁸⁴ SABBAGH, D., *L'Egalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op.cit., p.32.

¹⁷⁸⁵ LEVASSEUR, A.A., *Droit des Etats-Unis*, op.cit., p.58.

¹⁷⁸⁶ EEOC. Voir *supra* p. 323.

discriminations à un processus de discrimination positive, base d'un système dual de lutte contre les discriminations raciales par une reconnaissance préalable de groupes raciaux.

Nous ne nous étendons pas ici sur la dimension politique sous-tendant la mise en place du dispositif de discrimination positive. Néanmoins, il convient de mentionner qu'il répond à des intérêts stratégiques dont une des composantes est la formation d'une élite bourgeoise à des fins électorales¹⁷⁸⁷. En outre, il a d'abord été conçu comme une mesure transitoire avant tout destinée à accélérer l'égalisation des conditions entre Noirs et Blancs. Pourtant, très vite le dispositif a été étendu à d'autres catégories de personnes (les femmes, les Amérindiens, les « Hispaniques » et, dans certains cas, les Asiatiques). L'élargissement des destinataires de ces mesures correspondait à la progression significative de la proportion représentée par les membres de ces deux derniers, notamment en raison de la loi sur l'immigration de 1965 qui mettait fin à la discrimination en raison de la nationalité.

Ainsi, le droit à la non-discrimination est apparu comme un élément de la politique de sécurité nationale¹⁷⁸⁸, intégré au mouvement international de lutte contre le racisme, en réponse aux atrocités du régime Nazi et de l'empire japonais et rattaché à la déclaration des Nations-Unies du 10 décembre 1948. La Cour suprême a d'ailleurs entériné le fait que la protection des droits civils relevait d'un problème de sécurité nationale dans deux arrêts successifs: *Shekkey v. Kraemer*¹⁷⁸⁹ et *Henderson v. United States*¹⁷⁹⁰. Le fondement légal de la lutte contre les discriminations, amorçant une véritable politique publique de lutte contre les discriminations se trouve dans le *Civil Rights* de 1964. Mettant un terme à la ségrégation raciale en la prohibant dans les lieux publics, le législateur a défini les motifs ne pouvant être invoqués par une personne privée, ni à l'appui de son refus de contracter avec une autre personne privée, ni comme fondement à une mesure défavorable à ladite personne.

Concernant l'amorce d'un processus global de lutte contre les discriminations, c'est l'adoption par Roosevelt de l'*Executive Order*, précité, du 28 juin 1941¹⁷⁹¹ qui marque une

¹⁷⁸⁷ L'objectif de « diviser pour mieux régner » tout comme celui de favoriser un bastion républicain parmi une nouvelle bourgeoisie noire entrepreneuriale a été au cœur du processus de mise en place de l'affirmative action. Voir SABBAGH, D., L'égalité par le droit, Les paradoxes de la Discrimination Positive aux Etats-Unis, op.cit., pp. 30-49. Voir, LIND, M., *The Next American Nation: The New Nationalism and the Fourth American Revolution*, Free Press. 415 pp., p.112, 139, 161-164. Notons que le parti démocrate, dès novembre 1969 modifie son règlement interne en vue d'augmenter la représentation des minorités.

¹⁷⁸⁸ SKRENTNY, J.D., *The minority Rights Revolution*, op.cit., p.21.

¹⁷⁸⁹ C.S., *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S.1 (1948), op.cit. voir *supra* p. 49, 403.

¹⁷⁹⁰ C.S., *Henderson v. United States*, 339 U.S.816 (1950), op.cit. voir *supra* p.323.

¹⁷⁹¹ Executive order 8802 du 28 juin 1941.

étape décisive. Tout en interdisant la discrimination au sein du gouvernement et dans l'industrie de guerre basée sur la race, le *creed*,¹⁷⁹² la couleur ou l'origine nationale, il crée un *Committee on Fair Employment Practices (FEPC)* afin d'enquêter sur les discriminations¹⁷⁹³. Il apparaît alors que le 14^{ème} amendement s'applique aux autres personnes publiques alors que le Civil Rights concerne les décisions des personnes privées. La Cour suprême à travers une série de décisions va délimiter les modalités des dispositifs discriminatoires en distinguant les deux sources constitutionnelles et légales. Le dispositif législatif vise aussi bien les discriminations directes qu'indirectes c'est-à-dire les pratiques porteuses d'*adverse impact* et de *disparate impact*¹⁷⁹⁴. Il s'agit alors d'une présomption d'illégalité de ces mesures prises dans le cadre de modalités de recrutement dans les entreprises relevant du Titre VII. Une mesure gouvernementale peut également être porteuse de discrimination indirecte, mais seulement lorsque son « impact négatif disproportionné »¹⁷⁹⁵ concerne un groupe défini sur un critère racial. Ainsi, la Cour Suprême dans sa décision *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* de 1973¹⁷⁹⁶ a rejeté le critère socio-économique comme opérant pour définir un groupe cible. En refusant de prendre en compte le critère de la position économique des groupes, la Cour circonscrit les mesures correctrices à des groupes fondés sur des appartenances « essentialisantes », opérant implicitement une distinction entre le dispositif antidiscriminatoire et les mesures compensatoires, comme c'est le cas dans le cadre du différentialisme universaliste Français. En outre, et ce contrairement aux actes relevant du Titre VII, l'intention discriminatoire devra être démontrée pour invalider une mesure étatique sur le fondement du 14^{ème} ou 15^{ème} amendement¹⁷⁹⁷. Cette intention discriminante est un élément fondamental de l'inconstitutionnalité.

La prise en compte de la diversité ethnoculturelle dans la nation, que ce soit en France ou aux Etats Unis, a conduit à privilégier la recherche de l'égalité réelle afin de conduire à une égalité de résultat. Dans ce sens, une approche volontariste et « proactive » a amené les politiques publiques à envisager le différentialisme à travers le développement de mesures positives, certaines s'inscrivant dans le renforcement de l'universalisme, d'autres, au contraire, envisageant un dépassement de l'universalisme.

¹⁷⁹² Croyance (Notre traduction).

¹⁷⁹³ Voir RUCHAMES, L., *Race, jobs and politics: the story of FEPC*, New York: Columbia University Pressn 1953, 255p., p.17.

¹⁷⁹⁴ C.S. *Griggs V. Duke Power Company* (1971).

¹⁷⁹⁵ Voir, SABBAGH, D. , *L'égalité par le droit*, op.cit., p.80.

¹⁷⁹⁶ C.S. *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

¹⁷⁹⁷ C.S. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

§2- La recherche de l'égalité réelle par les mesures positives

En France comme aux Etats-Unis, en dépit des différences relatives à la configuration ethnico-raciale de la société, le débat sur les politiques sociales à mettre en œuvre s'est posé et se pose encore dans des termes similaires. Ainsi, la question essentielle et cruciale réside dans deux options: la première a trait à la prévalence du principe d'égalité de traitement des citoyens par les pouvoirs publics; la seconde envisage de privilégier le principe d'équité. Ce dernier ne prétend pas à la généralité mais postule au contraire un traitement différencié, appliqué à des situations concrètes garantissant par sa flexibilité une manière légale de faire face aux injustices. Nous regrouperons ces mesures sous le terme générique de mesures positives.

Au centre du dispositif des mesures positives, l'équité représente une « atténuation, modification apportée au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières »¹⁷⁹⁸. Cette idée apparaissait déjà en filigrane de la réflexion de H. Kelsen qui écrivait que « ...le principe selon lequel un traitement égal doit être appliqué à des hommes égaux ne peut valoir qu'en relation avec le principe selon lequel un traitement différent doit être appliqué à des hommes inégaux »¹⁷⁹⁹.

Récemment appréhendée comme telle, la « pénétration de l'équité dans le droit public »¹⁸⁰⁰ perturbe l'idée de généralité de la règle de droit. Pourtant cette mutation n'a pas seulement pour effet de remettre en cause l'universalisme. Elle peut également être utilisée au service de l'universalisme lorsqu'elle a pour vocation l'instauration d'une justice distributive ou d'une justice correctrice. Cependant, elle peut aussi sous-tendre un droit différentialiste s'appuyant sur les particularismes locaux ou culturels voire même pratiquant une véritable reconnaissance de groupes *infra* nationaux. Elle constitue alors un véritable moyen « d'ajustement de la règle de droit à la complexité des situations concrètes »¹⁸⁰¹ et implique une intervention rectificatrice à la généralité de la règle de droit.

¹⁷⁹⁸ « Equité », sens 3, CORNU G., *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, Paris, PUF, « Quadrige », 2000, 950 p.

¹⁷⁹⁹ KELSEN, H., « Justice et droit naturel », in *Le droit naturel*, PUF, 1959, 229 P., p. 67.

¹⁸⁰⁰ BUI-XUAN, O., *Le droit Public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p. 24.

¹⁸⁰¹ SABBAGH, D., *L'égalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op.cit., p.2.

Dans un premier temps, nous définirons et caractériserons ces mesures positives (A) avant de nous intéresser à leur constitutionnalité (B).

A- Définition des mesures positives

Les mesures positives peuvent se définir comme des dispositions visant à instituer temporairement un traitement différentiel¹⁸⁰² pour certaines catégories d'individus, en vue de promouvoir l'égalité réelle des personnes et de rétablir l'égalité des chances¹⁸⁰³. Ce dispositif part du principe que l'égalité des chances est compromise à la fois par une certaine systématisation de pratiques racistes ou sexistes et par une permanence tout autant qu'une persistance des inégalités socio-économiques. Il s'agit donc d'aller au-delà de l'égalité légale qui peut masquer des inégalités en introduisant des mesures palliatives transitoires visant à compenser des désavantages. Dans ce cadre, deux formes principales de mesures positives se démarquent, impliquant des logiques d'actions différentes.

Dans le premier cas, lorsque les mesures positives se révèlent un instrument de lutte contre les pratiques racistes et sexistes, il importe de définir des populations cibles. Ces dernières seront identifiées en fonction de caractéristiques en grande partie substantielles, présentant un caractère inné, permanent, défini principalement de manière exogène avant même une identification endogène. Dans cette optique, cet instrument répond tout autant à une demande de reconnaissance que d'intégration. Il s'applique à la fois à des sociétés multinationales où se trouvent des minorités nationales et à des sociétés polyethniques où les minorités dites ethniques sont issues du processus d'immigration. En effet, reconnaissance et intégration ne sont pas antinomiques alors qu'autonomie et assimilation semblent l'être¹⁸⁰⁴. Ces exceptions au principe d'indifférence français ou de *color blindness* américain trouvent toutes sortes de

¹⁸⁰² Nous préférons utiliser le terme de différentiel plutôt que préférentiel.

¹⁸⁰³ Sur le concept d'Égalité des chances, voir JORION, B. « Égalité et non-discrimination en droit public français », in *L'égalité des chances*, La Découverte, 2000, 288p. Ce concept d'égalité des chances est saisi par les autres sciences sociales. Aussi le philosophe Comte- Sponville le définit comme « (...) le droit de ne pas dépendre exclusivement de la chance, ni de la malchance. C'est le droit égal, pour chacun, de faire ses preuves, d'exploiter ses talents, de surmonter, au moins partiellement, ses faiblesses. C'est le droit de réussir, autant qu'on le peut et qu'on le mérite. C'est le droit de ne pas rester prisonnier de son origine, de son milieu, de son statut. C'est l'égalité, mais actuelle, face à l'avenir. C'est le droit d'être libre, en se donnant les moyens de le devenir. C'est comme une justice anticipée, et anticipatrice: c'est protéger l'avenir, autant que faire se peut, contre les injustices du passé, et même du présent ». COMTE- SPONVILLE, A., *Guide républicain*, 2004.

¹⁸⁰⁴ Nous le formulons sous forme d'hypothèse qu'il conviendrait de confirmer ou infirmer lors d'une étude complémentaire.

justifications dont la principale se traduit par une correction des désavantages notoires accumulés dans le temps par certains groupes.

Dans le second cas de figure, les mesures positives constituent des instruments de correction des inégalités socio-économiques. Ainsi, les populations cibles sont ici déterminées sur la base de critères objectifs, davantage circonstanciels, en dépit de l'influence du mécanisme de reproduction sociale, ayant trait à l'accès des ressources sociales et économiques. De sorte que les groupes peuvent se définir tant sur une base territoriale qu'au travers d'éléments purement socio-économiques sans considération physique ou mélanique. L'instrument de mesure positive s'insère alors dans un interventionnisme étatique sélectif qui se traduit par une mise à disposition spécifique de ressources et prestations sociales sous condition de ressources. On parle alors d'état providence sélectif, opposé à un état providence égalitaire

Si l'on se réfère aux travaux d'O. Bui-Xuan, les mesures positives pourraient se décliner de quatre façons en fonction de leur objectif et de leur conséquence: selon qu'elles relèvent d'un différentialisme compensatoire, d'un différentialisme correcteur, d'un différentialisme adaptateur ou d'un différentialisme reconnaissant¹⁸⁰⁵. Faisant partiellement écho à cette nomenclature, nous envisagerons ici trois types de mesures¹⁸⁰⁶: Les actions positives compensatoires (1), les actions positives correctrices (2) et la discrimination positive *stricto sensu* (3).

1- Les actions positives compensatoires

Ce que nous dénommerons actions positives pourraient être définies selon R. Llorente comme des mesures « qui ont pour but d'assurer l'égalité des chances au profit des membres de groupes sociaux défavorisés, sans toucher pour autant à la régulation de la situation juridique de tous les autres individus de la société »¹⁸⁰⁷. Deux caractéristiques se dégagent de ce type de

¹⁸⁰⁵ Pour des définitions, Voir *supra* p. 369.

¹⁸⁰⁶ Nous faisons le choix de ne pas traiter ici d'un quatrième type de mesures positives qui pourrait être dénommé mesures à visée statutaire. Ce dispositif éclaté se compose à la fois de mesures spécifiques à un ensemble territorial en application de la spécialité législative et de dispositions instituant de véritables statuts pour certaines catégories de personnes. Au-delà de l'aspect compensatoire ou correcteur, ce type de mesure implique une véritable adaptation du droit aux situations particulières et peut conduire à une reconnaissance explicite et expresse de différences. C'est ainsi que l'on peut parler à leur égard de leur finalité statutaire car bien plus qu'une action temporaire elles tendent à entériner une situation de fait pour la doter d'un statut juridique.

¹⁸⁰⁷ Cité in MELIN-SOUCRAMANIEN, F., « Rapport relatif aux discriminations positives en France », « Les discriminations positives », Table ronde internationale d'Aix en Provence, 12 et 13 sept.1997, AIJC, XIII, 1997, pp.303-304.

mesures favorisées en droit communautaire: d'abord, elles reposent sur l'idée d'égalité des chances et ne posent aucune obligation de résultat; ensuite, elles ne concernent que des groupes définis par des caractéristiques autres que personnelles ou dites ascriptives¹⁸⁰⁸. Elles visent par conséquent à compenser des déséquilibres, souvent sous la forme de mesures incitatives.

a.L'illustration française

En France, l'idée de compenser les inégalités entre les personnes n'est pas nouvelle. La révolution envisageait déjà des « correctifs à l'universalisme »¹⁸⁰⁹. Ainsi, les indigents, les invalides, les vieillards, les vagabonds ont été traités de manière spécifique jusqu'à l'instauration de la III^{ème} République. A compter de l'année 1989, les mesures spécifiques destinées à des sous-catégories vont se multiplier donnant naissance à un véritable droit social. Ainsi, les mesures compensatoires se sont développées, envisageant des actions qui se focalisent sur des catégories de personnes afin de réduire les inégalités entre les individus, ou ciblées sur des lieux pour compenser les inégalités entre les territoires¹⁸¹⁰.

Nous ne nous intéresserons ici qu'aux actions qui visent explicitement à compenser des inégalités liées à la diversité ethnoculturelles des populations sur le territoire français. Dans ce cadre, une catégorie de personne a fait l'objet de telles mesures dans le but de faciliter leur intégration: les primo-arrivants. Dès 1924, le Service social d'aide aux émigrants (SSAE) s'est par exemple vu confier une mission de service public visant à «organiser et assurer dans le cadre de la politique d'accueil et d'intégration définie par le gouvernement, un service social spécialisé en direction des personnes d'origine étrangère vivant en France »¹⁸¹¹. Il en est de même pour le Fond d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leur famille (FAS) qui a pour but de financer des actions destinées à l'ensemble des travailleurs immigrés et à leurs familles.

¹⁸⁰⁸ Le terme ascriptif est un anglicisme qui peut se traduire par l'idée d'identité assignée. Voir SMITH, R.M., *Civic Ideals: Conflicting Visions of Citizenship in US History*, New Haven, Yale University Press, 1997, 736P., p.350.

¹⁸⁰⁹ BUI-XUAN,O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p.53.

¹⁸¹⁰ Pour une analyse détaillée voir *Ibid.*,pp. 92-168.

¹⁸¹¹ Est créée en 1958, le FAS algérien. Fonds d'action sociale pour les travailleurs musulmans d'Algérie en métropole et pour leurs familles. En 1964, il devient le Fonds d'action sociale pour les travailleurs étrangers puis, à partir de 1966, le Fonds d'action sociale pour les travailleurs migrants. En 1983, le FAS devient le Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles (FASTIF).

Dans le cadre de la ville, les actions découlant d'un différentielisme compensatoire ont pris la forme de contrats, instaurés en 1982 et devenus en 1998 des contrats locaux pour l'accueil et l'intégration. Ces derniers permettent aux collectivités territoriales de mener un projet global d'intégration des populations étrangères. Au niveau régional, des commissions régionales ont été instituées pour l'insertion des populations immigrées (CRIPI) ainsi que des programmes régionaux d'insertion des populations immigrées (PRIPI)¹⁸¹². Dès 1998, par la création des plateformes d'accueil dans les départements sujets à une forte immigration, un suivi personnalisé est proposé aux primo-arrivants donnant lieu à des actions concrètes telles que: une formation linguistique; une formation professionnelle; une aide au logement ou encore une aide à l'emploi. Cette « intégration active » fait l'objet d'un suivi de la part des services administratifs.

Dans le domaine scolaire, des mesures compensatoires ont été mises en place dès les années 70. Destinées aux primo-arrivants, celles-ci ont pris la forme de classe d'initiation (CLIN)¹⁸¹³, puis, dès 1973, de classes d'adaptation¹⁸¹⁴. Des centres de formations et d'informations pour la scolarisation des enfants de migrants dits CEFISEM verront le jour en 1975 afin de former les enseignants à ces enseignements spécifiques. Des réformes viendront dès 1990 décloisonner ces structures afin de les étendre à l'ensemble des élèves en difficulté.

Ces mesures révèlent la problématique de l'articulation du particularisme à l'universalisme déjà évoquée à propos de l'assimilation¹⁸¹⁵. En effet, elles semblent hésiter entre l'idée de proposer un enseignement spécifique à des personnes définies sur un critère de nationalité ou ethnique et l'ambition de l'universalisme. Si bien nous pouvons considérer que cette « gestion ethnoculturelle de la scolarisation des enfants de migrants (...) trouve sa justification dans la quête de l'égalité des chances et les ambitions universalistes de l'école française fondée sur le mythe de la réussite pour tous »¹⁸¹⁶, les pouvoirs publics n'ont eu de cesse d'inscrire ces dispositifs dans la politique globale conduite à l'égard des populations défavorisées. Par ailleurs, le contrat d'accueil et d'intégration est expressément destiné aux *primo-arrivants*

¹⁸¹² Décret du 14 février 1990.

¹⁸¹³ Les CLIN ont été instituées par une circulaire du 13 janvier 1970 pour les élèves non francophones âgés de 7 à 13 ans.

¹⁸¹⁴ Les classes d'adaptation ont été instituées en 1973 proposant un enseignement de soutien en français aux primo arrivants âgés de 12 à 16 ans. Circulaire n° 73-383 du 25 septembre 1973 : Scolarisation des enfants étrangers non francophones, arrivant en France entre 12 et 16 ans.

¹⁸¹⁵ Voir *supra* p.340-354

¹⁸¹⁶ MOREL, S., *Ecole, territoires et identités : l'idéal scolaire à l'épreuve de la réforme territoriale et du pluralisme culturel dans la France contemporaine*, Thèse pour le doctorat en Science politique, sous la direction de P. BIRNBAUM, Université Paris 1, décembre 2000, p.13.

entrés légalement sur le territoire français¹⁸¹⁷. Il participe donc de cette segmentation du droit sur la base de critères de l'origine nationale et ethnique de la population immigrée.

Aux côtés de ces mesures compensatoires ciblées sur les individus, on trouve des mesures compensatoires axées sur des territoires spécifiques. Ainsi, une segmentation du territoire a donné lieu à la mise en place de services publics aménagés, le plus souvent polyvalents¹⁸¹⁸ pour tenir compte des spécificités des populations de ces zones territoriales¹⁸¹⁹.

Ainsi, le fait de privilégier une zone par rapport à une autre, et partant de là de jouer à l'évitement catégoriel substantiel ne doit pas faire oublier que les territoires identifiés et choisis sont habités par des populations présentant le plus souvent des caractéristiques précises d'un point de vue ethnico culturel. Ainsi, après analyse, il est possible sinon aisé de montrer la corrélation entre des variables socio professionnelles déterminant des considérations économiques avec des éléments ethniques ou tout au moins relatifs à l'origine des personnes ainsi qu' à des données culturelles voire religieuses. L'exemple des ZEP est à ce titre significatif puisque, outre l'élément de délimitation précité, les bénéficiaires de la discrimination positive sont déterminés sur des critères de réussite scolaire des élèves sur un territoire donné. Pour autant, les enfants d'origine étrangère se retrouvent surreprésentés dans les ZEP en raison de leur situation défavorisée, entendue tant en termes de capital économique que de capital social et culturel dans le sens défini par P. Bourdieu¹⁸²⁰. En résulte l'idée selon laquelle ce dispositif s'inscrit dans les faits dans le cadre d'une politique

¹⁸¹⁷ Voir *supra* notamment pp.360-361. Voir également: Contrat d'accueil et d'intégration France, Annexe n° 12.

¹⁸¹⁸ Voir LEROY, M., (dir.), *La polyvalence dans les services publics, rapport à la DGAFP*, Paris, La documentation française, 1998.

¹⁸¹⁹ Les services publics éducatifs vont aussi développer des mesures spécifiques. Ainsi, l'instauration des ZEP, zones d'éducatons prioritaires va permettre à travers une répartition géographique, la mise en place de politiques éducatives compensatoires, volontairement inégalitaires, dans des espaces peu favorisés. En donnant plus de moyens, humains, matériels et financiers aux établissements scolaires qui cumulent les difficultés, le dispositif ZEP met en place un mécanisme compensatoire territorial. Pour autant, il masque en fait un marqueur catégoriel puisque un des critères de délimitation des ZEP est la « présence d'enfants étrangers » et que « la première carte des ZEP correspond grosso modo à celle de l'immigration » BOURGAREL, A., « Immigration et ZEP », Cahiers pédagogiques, n°309, décembre 1992, p.24. La loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain doit ici être mentionnée en ce sens qu'elle impose un quota de logements sociaux sur le territoire et affirme un objectif de mixité sociale. Or, cette volonté de mixité sociale induit une certaine mixité ethnique étant donné que l'origine des personnes constitue un critère d'appréciation pour la diversification des populations des quartiers. BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., pp-165-166.

¹⁸²⁰ Le capital social désigne « l'ensemble des ressources actuelles ou potentielles d'un agent qui sont liées à un réseau durable de relations plus ou moins institutionnalisées d'interconnaissance et d'interreconnaissance ». BOURDIEU, P., *Le capital social*, In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 31, janvier 1980. Le capital social. pp. 2-3, p.2., http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1980_num_31_1_2069, Consulté le 12 mars 2012.

d'intégration ethnoculturelle, notamment pour les enfants d'immigrés. On se trouve alors face à une stratégie de substitution implicite¹⁸²¹.

Tel que susmentionné, la référence aux actions positives incitatrices se retrouve en droit communautaire. Le fait de proscrire toute égalité de résultat et de s'inscrire dans une démarche de discrimination positive a été très clairement posé par la CJCE dans l'arrêt Kalanke du 17 octobre 1995. En réfutant la possibilité d'établir des quotas rigides, la Cour donne une interprétation stricte de l'article 2§4 de la directive du 9 février 1976, confirmée par la jurisprudence récente¹⁸²². La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et le droit du conseil de l'Europe y font aussi référence. Elles sont envisagées dans tous les cas comme des mesures incitatives et ne posant pas automatiquement d'obligation de résultat.

2- Les actions positives correctrices

Par mesures positives correctrices nous entendons toutes dispositions visant à opérer une différenciation de traitement dans le but de corriger les discriminations illégitimes. On distinguera alors les mesures positives correctives en général de celles relevant de la discrimination positive en particulier.

Contrairement au différentialisme compensatoire, le différentialisme correcteur est relativement nouveau. Comme nous l'avons évoqué, il se fonde essentiellement sur la lutte contre les discriminations afin de supprimer les différenciations illégitimes. Ce dispositif se scinde en deux voies qui correspondent à deux niveaux de lutte contre les discriminations. Le premier niveau vise, à travers une politique de lutte contre les discriminations, à les combattre en prévoyant un mécanisme de réparation pour les dommages subis, le tout dans le but de garantir une égalité des chances. Le second entend, par le mécanisme des discriminations

¹⁸²¹ Selon J., ELSTER, on peut parler de « stratégie de substitution » lorsqu'un effet apparemment secondaire de la mise en œuvre d'un principe de répartition des ressources se donnant pour neutre est en réalité la raison même de l'adoption de ce principe, les décideurs ayant voulu éviter de reconnaître leur objectif pour ce qu'il était, de crainte qu'il n'apparût comme illégitime. ELSTER, J., *Local Justice: How Institutions Allocate Goods and Necessary Burdens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 288P., p. 116-120.

¹⁸²² Voir arrêt CJCE Badeck du 28 mars 2000 et arrêt CJCE Abrahamson et Anderson du 6 juillet 2000 ou la cour accepte les actions positives en rejetant la discrimination positive. Voir HAQUET, A., « *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes* », RTDE, 37 (2), avril-juin 2001, p.325.

positives, corriger dans leur intégralité les discriminations passées afin de donner à l'individu la place qu'il aurait dû avoir en l'absence de toute discrimination passée¹⁸²³.

Nous n'allons pas revenir sur la définition ou les manifestations de la lutte contre les discriminations. Toutefois, nous nous devons d'insister sur le fait que cette politique mise en place dans les années 1970 a constitué en France une véritable réponse au fait de la diversité ethnoculturelle et en particulier aux traitements inégaux dont faisaient l'objet des personnes en raison de leur couleur de peau, de leur origine nationale, de leur religion, ... Pourtant, et assez paradoxalement, ce dispositif ne s'appuie pas sur une reconnaissance officielle des communautés ou sur l'existence d'une statistique ethnique, comme c'est par exemple le cas aux Etats-Unis ou en Angleterre¹⁸²⁴. Or, ces mesures, parce qu'elles ont pour vocation d'éliminer les distinctions illégitimes et donc défavorables aux membres de certains groupes, reconnaissent implicitement l'existence de ceux-ci. En effet, la victime qui dénonce la discrimination dont elle fait l'objet, par exemple par l'intermédiaire du « 114 », doit indiquer qu'elle a été discriminée du fait de son appartenance à tel ou tel groupe. Par conséquent, elle doit dire sa « différence », différence qui a fait l'objet d'un critère d'appréciation défavorable conduisant à une différenciation de traitement négative, et de fait illégitime. Ces mesures correctrices visant à limiter et à réparer les discriminations liées à la stigmatisation de la diversité ethnoculturelle, ont pour effet de renforcer l'identité collective, et donc à reconnaître juridiquement les différences entre les éléments de la diversité.

Parmi ces mesures qui relèvent du différentialisme correcteur et qui répondent à une logique de justice réparatrice mais ne remplissent pas tous les critères de la discrimination positive on peut citer: les mesures relatives aux emplois réservés aux anciens combattants et anciens militaires; ou encore celles concernant les emplois réservés aux jeunes des quartiers défavorisés, exclus de la définition de la discrimination positive précitée en raison de la négation du caractère « ascriptif » de « jeunes issus de quartiers défavorisés »¹⁸²⁵. Pour autant des mesures telles que celles contenues dans le décret du 25 mars 2000¹⁸²⁶ incitant les

¹⁸²³ Ce dernier mécanisme sera envisagé sous deux formes : les mesures positives correctrices et les mesures de discriminations positives, et ce afin de jouir d'un parallélisme de définition entre la situation française et américaine.

¹⁸²⁴ Voir par exemple LASSALLE, D., *Les relations interethniques et l'intégration des minorités au Royaume Uni*. Théories et pratiques, Paris, L'Harmattan, 2002.

¹⁸²⁵ Cette appellation ne nous semble pas pouvoir être considérée comme un marqueur identitaire en ce sens que la jeunesse est une situation, pas un état et que la catégorie « jeunes des quartiers » n'est pas constitutive d'un référent identitaire principal. Notre position se rapproche de celle d'O., BUI-XUAN. Voir BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p.223.

¹⁸²⁶ Décret n° 2002-400 du 25 mars 2000.

entreprises à embaucher des personnes résidant dans les ZUS ou la convention du 6 décembre 2001 entre EDF-GDF et l'Etat¹⁸²⁷ sont bien des mesures positives. Dans le même sens, les conventions ZEP établies par l'IEP de Paris bénéficient à des groupes définis sur une base territoriale, en l'occurrence les bacheliers issus de certains lycées en zones prioritaires. Elles ont pour objectif de mettre en place un nouveau système de recrutement dans le but de « permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'IEP ».¹⁸²⁸ Bien que ces mesures positives ne fassent pas explicitement référence à des éléments de la diversité ethnoculturelle, les référents géographiques auxquelles elles renvoient se superposent à des ensembles sociologiques dans lesquels on retrouve une certaine identité commune forgée à la fois par une situation socio-économique similaire aussi bien que par une histoire familiale ressemblante, notamment liée à un passé migratoire. Par contre, la création de la Commission d'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'occupation se fonde explicitement sur des critères ethnoculturels¹⁸²⁹. Elle présuppose l'existence d'une communauté juive à qui on reconnaît des droits spécifiques du fait d'une expérience commune tragique¹⁸³⁰. Ainsi, si une personne juive a été directement et personnellement victime d'une spoliation, elle aura droit à réparation, restitution ou indemnisation. Ces mesures se différencient de la discrimination positive.

3-La discrimination positive *stricto sensu*

Nous allons à présent nous arrêter un peu plus précisément sur l'idée de discrimination positive lesquelles visent donc à supprimer des différences illégitimes et impliquent une reconnaissance des identités ethnoculturelles. Elle constitue en effet une des manifestations

¹⁸²⁷ Cette convention pose comme objectif pour les deux entreprises contractantes de recruter au moins 10% de jeunes issus des quartiers prioritaires de la politique de la ville.

¹⁸²⁸ CC., Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel. Voir Dossier documentaire de la décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001. Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2001450DCdoc.pdf>, Consulté le 01.01.2012.

¹⁸²⁹ Décret n°99-778 du 10 septembre 1999. Ce dernier a institué une commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation (C.I.V.S.) (JO du 11 septembre 1999, p. 13633).

¹⁸³⁰ Notons qu'un arrêt du Conseil d'Etat, non publié, a rejeté un recours qui avait notamment pour fondement la rupture d'égalité entre les citoyens (CE, 2ème et 1^{ère} s/sect., 6 juin 2001, *Bidalou*, req. n°214205) Voir RUZIE, D., « L'indemnisation des victimes des spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation en France », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 1351-1370.

des mesures positives développées en faveur de l'égalité des chances. Tout comme les dispositions prises dans le cadre du différentialisme compensatoire, ces mentions renforcent l'universalisme républicain.

Le terme français de discrimination positive sera ici appréhendé dans un sens étroit, afin qu'il soit synonyme de *l'affirmative action* développée aux Etats-Unis¹⁸³¹. Ainsi, afin d'avoir un parallélisme de définition, nous nous rattacherons à la définition de la discrimination positive proposée par O. Bui-Xuan¹⁸³². En vertu de celle-ci, ce sont des mesures juridiques qui se caractérisent par leurs bénéficiaires et le résultat visé. Ainsi, ce sont celles qui :

- « ont pour sujets des groupes d'individus, lesquels ont été ou sont victimes de discriminations (négatives) de droit ou de fait
- elles visent en outre un certain résultat : soit l'égalité (de réussite, de représentation, de participation...) avec le reste de la population, soit l'atteinte d'un certain seuil (quota) (de réussite, de représentation, de participation...), équivalent au pourcentage que représente le groupe dans la population totale »¹⁸³³.
- Ces critères sont cumulatifs. Il nous faut rajouter que la discrimination positive est théoriquement temporaire.

Nous illustrerons les mesures relevant de la discrimination positive en France (a) et aux Etats-Unis (b).

a. L'illustration française

Poser pour bénéficiaire de ces mesures un groupe d'individus discriminés implique que l'on accepte que la notion de groupe ait droit de cité dans le droit public français. Ayant « une essence, une substance concrète, une permanence »¹⁸³⁴, le groupe est constitué de personnes

¹⁸³¹ De nombreuses définitions ont été données de la discrimination positive en général et de la discrimination positive à la française en particulier. Pour une définition large voir CALVES, G., « les politiques de discriminations positives », op.cit., p.3 où la discrimination positive est « une forme équitable de l'égalité » et un « instrument de lutte contre les discriminations » ou encore MELIN-SOUCRAMANIEN, F., pour qui elle est : « une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative agit expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles », MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op.cit., p.207. Pour une présentation des définitions dans la doctrine française voir BUI-XUAN, O., *Le droit public français, entre universalisme et différentialisme*, op.cit., pp.204-212.

¹⁸³² BUI-XUAN, O., *Le droit public français, entre universalisme et différentialisme*, op.cit., pp.212-220.

¹⁸³³ *Ibid.*, p.213.

¹⁸³⁴ LOCHAK, D., *L'autre saisi par le droit*, op.cit., p.192.

qui possèdent en commun un « marqueur social ascriptif »¹⁸³⁵, relativement stable, qui forge un pan important de leur identité personnelle. Pour pouvoir être bénéficiaire de telles mesures, le groupe doit avoir été ou être discriminé. Ainsi, il importe peu que la personne membre de ce groupe se définisse comme étant elle-même discriminée. Sa seule appartenance au groupe lui permet d'être bénéficiaire d'une discrimination positive. C'est donc le partage d'une expérience historique commune qui importe d'avantage que la situation propre des membres du groupe.

Envisager la discrimination positive comme une obligation de résultat amène à considérer que ces mesures entendent à la fois gommer les discriminations pour le futur mais aussi dans une certaine mesure rétroactivement. Elles visent à réparer les effets des discriminations passées, en rétablissant la situation qui aurait été celle du groupe si la discrimination n'avait pas eu lieu. L'obligation de résultat est corrélée à un caractère transitoire, temporaire puisque par définition, lorsque le résultat est atteint, ces mesures n'ont plus lieu d'être. En outre, l'existence de telles mesures implique la création de discriminations négatives à l'encontre de la « majorité » ou tout au moins d'autres groupes ou minorités qui n'ont pas été publiquement reconnus comme ayant été ou étant discriminés.

Ainsi donc, la discrimination positive, en s'appuyant sur les membres des groupes apparaît comme une « discrimination collective »¹⁸³⁶ positive, reposant sur une « conception figée de la société »¹⁸³⁷.

Si l'on reprend la définition précédemment énoncée, la discrimination positive synonyme de l'*affirmative action* aux Etats-Unis caractérise des mesures impliquant une obligation de résultat, visant à corriger les conséquences d'une différenciation de traitement, destinées à des groupes d'individus qui ont été ou sont discriminés¹⁸³⁸. Dans ce cadre, en France, certaines mesures ayant vocation à corriger le déséquilibre entre les groupes pourraient être considérées comme des mesures de discriminations positives. Bien que cela puisse paraître surprenant, on trouve des mesures répondant à ses critères dans deux domaines : celui de la fonction publique et le droit électoral¹⁸³⁹.

¹⁸³⁵ SABBAGH, D., « Les politiques de discriminations positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, n°29, 1^{er} juillet 1999, p.177.

¹⁸³⁶ BUI- XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p.197.

¹⁸³⁷ *Ibid.* p.197.

¹⁸³⁸ *Ibid.* pp. 212-213.

¹⁸³⁹ O., BUI-XUAN relève que ce sont traditionnellement les domaines où la tradition universaliste est la plus exigeante. *Ibid.*, p.236.

Dans le premier champ d'application, deux types de critères d'identification des bénéficiaires sont recensés: l'origine des personnes et le handicap. Nous ne nous intéresserons pas ici à la correction des discriminations fondées sur le handicap car elles ne rentrent pas dans notre champ d'étude¹⁸⁴⁰. Concernant les discriminations fondées sur l'origine, là encore une différenciation peut être faite entre celles autrefois destinées aux citoyens français musulmans d'Algérie et celle en faveur des Kanaks. Pour les premières, prises entre les années 1956 et 1960, elles avaient pour objectif de favoriser l'accès à la fonction publique des français musulmans d'Algérie. Ainsi, destinées à des personnes du fait de leur appartenance à un groupe ayant en commun une histoire de discrimination, ces mesures visaient une obligation de résultat. Elles instituent en effet un quota de 50% des postes vacants de fonctionnaires titulaires dans les services d'Algérie et de ses collectivités locales, et de 70 % pour les non titulaires¹⁸⁴¹. L'ordonnance n°58-1016 du 29 octobre 1958 prévoyait quant à elle un quota de 10 % en faveur des français musulmans d'Algérie dans l'accès aux emplois par voie de concours ou d'examens des catégories A et B au sein des administrations, établissements publics et services publics de l'Etat. Une loi organique du 26 janvier 1960 vint compléter ce dispositif en instituant un quota de 10 % des emplois d'auditeurs de justice à ces mêmes français et en créant un concours spécifique au Centre national d'études judiciaires. Cette ordonnance, dont le texte a été soumis au juge constitutionnel, fut jugée conforme à la constitution, bénéficiant d'« une présomption irréfragable de conformité à la constitution » en raison du fait qu'elle se situe dans le « même esprit » que l'ordonnance du 22 décembre 1958¹⁸⁴².

Définies sur la base de l'origine tout autant que de la religion, les français musulmans d'Algérie ne sont pas les seuls à avoir été bénéficiaires de mesures relevant de l'*affirmative action*. Ainsi, les Kanaks, du fait de l'article 137 du titre V de la loi du 6 septembre 1984 se sont vu reconnaître un traitement préférentiel correspondant à l'instauration d'un quota de 70%. Cette disposition a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 août 1984, lequel a estimé que le législateur avait respecté le principe d'égal accès des citoyens

¹⁸⁴⁰ La discrimination positive au profit des personnes handicapées résulte de la loi du 10 juillet 1987 qui oblige les employeurs publics comme privés comptant plus de 20 salariés à avoir parmi leurs effectifs au moins 6% de travailleurs handicapés.

¹⁸⁴¹ Décret du 17 mars 1956.

¹⁸⁴² Conseil Constitutionnel, décision du 15 janvier 1960.

aux emplois publics¹⁸⁴³. En définitive, cette mesure de discrimination positive a été entérinée par le juge constitutionnel alors même qu'elle se fondait sur le critère de l'origine¹⁸⁴⁴. L'accord de Matignon en date du 5 mai 1988¹⁸⁴⁵ suivi par la loi organique du 19 mars 1999¹⁸⁴⁶ posait ainsi le cadre d'un possible développement des mesures de discriminations positives au profit des kanaks. L'article 24 de la loi organique semblait alors légitimer l'adoption de mesures de discriminations positives en matière d'emploi dans le cadre de recrutements locaux pour « les citoyens de la Nouvelle Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence ». Dans sa décision du 15 mars 1999 le Conseil Constitutionnel a validé cet article. En outre, la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 a permis la possibilité d'instituer des discriminations positives, qui plus est, fondées sur l'appartenance ethnique¹⁸⁴⁷.

En ce qui concerne les discriminations positives en matière électorale, elles concernent la parité hommes-femmes et ne rentrent donc pas dans notre objet d'analyse. Nous nous bornerons seulement à souligner l'évolution juridique sur la question, passant de l'impossibilité d'envisager du différentialisme dans la conception de la citoyenneté à l'idée d'envisager la parité comme un « outil différentialiste au service de l'universalisme »¹⁸⁴⁸. L'évolution du débat a conduit à la révision constitutionnelle du 28 juin 1999 conduisant à la modification des articles 3 et 4 de la constitution et à l'adoption de la loi du 6 juin 2000¹⁸⁴⁹ et la loi du 4 juillet 2000¹⁸⁵⁰. Ces dispositions législatives ont été validées par le Conseil constitutionnel le 30 mai 2000¹⁸⁵¹.

¹⁸⁴³ C.C., n° 84-178 DC *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137*, Recueil, p. 69 - Journal officiel du 4 septembre 1984, p. 2804.

¹⁸⁴⁴ Toutefois, ce critère n'était pas expressément mentionné, il ne faisait que se déduire.

¹⁸⁴⁵ Accord de Nouméa, voir *supra*, p. 205, 374-375 mais aussi 457, 538.

¹⁸⁴⁶ Loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 faisant suite à la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998.

¹⁸⁴⁷ ROSSINYOL, G., « *Les accords de Nouméa du 5 mai 1998: un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie* », RDP, mars-avril 2000, p.465. Voir également Annexe n°15.

¹⁸⁴⁸ BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p. 260.

¹⁸⁴⁹ Ainsi, les listes électorales pour toutes les élections doivent comporter 50% de candidats de chacun des deux sexes (à une unité près) à l'exception des élections municipales dans les communes de moins de 3500 habitants, les élections cantonales et les élections sénatoriales au scrutin uninominal. Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

¹⁸⁵⁰ La loi énonce l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membre des assemblées de province et du congrès de Nouvelle Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles de Wallis et Futuna. Loi organique n° 2000-612 du 4 juillet 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membre des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna.

¹⁸⁵¹ C.C., Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, Conseil Constitutionnel le 30 mai 2000. Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

b.L'illustration américaine.

Il n'est pas inutile de rappeler que les Etats-Unis ont pratiqué une ségrégation raciale légale en vertu de la décision de la Cour Suprême *Plessy v. Ferguson*, considérant conforme à la constitution la ségrégation entre les personnes blanches et noires. Ainsi, sur la base de la doctrine « séparés mais égaux », le droit américain a garanti aux groupes une symétrie de droits, entérinant alors le fait que les droits des individus sont fonction de leur appartenance à un groupe donné. Lorsque la Cour a décidé de mettre fin à la ségrégation raciale et que le dispositif de lutte contre les discriminations s'est mis en place politiquement et juridiquement, l'approche du processus antidiscriminatoire fut collective et non individuelle comme en France. Ainsi, comme le mentionnait G. Calves, la perspective de la discrimination positive se fonde sur le groupe et non plus sur les individus. Cette généralité se perçoit aussi dans son appréhension puisqu'elle est « un phénomène social, historique, structurel, qui renvoie à une situation d'inégalité ou de déséquilibre plus qu'à une intention de nuire ou d'exclure »¹⁸⁵². Cette prééminence du groupe sera au centre de la politique publique de lutte contre les discriminations, entendue en général ou dans sa dimension de discrimination positive

Selon la définition proposée par D. Sabbagh¹⁸⁵³, *l'affirmative action* s'entend comme « l'ensemble des dispositions, de nature publique ou privée, adoptées pour la plupart à partir de la fin des années soixante à l'initiative de différents organes de l'appareil administratif fédéral, qui octroient aux membres de divers groupes définis suite à un processus d'*assignation identitaire*¹⁸⁵⁴ - et ayant été soumis par le passé à un régime juridique discriminatoire d'ampleur variable- un traitement préférentiel dans la répartition de certaines ressources rares, génératrices de gratifications matérielles et symboliques. » De ce fait les noirs, les hispaniques, les descendants des populations autochtones, les asiatiques parfois et les femmes sont les bénéficiaires de ces politiques conduites dans trois domaines : l'emploi,

¹⁸⁵² CALVES, G., « L'affirmative action dans la tradition juridique américaine », in DANIEL, C., Le Clainche C (dir.), *Définir les inégalités. Des principes de justice à leur représentation sociale*, DREES, collection Mire, Paris, 1999.p.137

¹⁸⁵³ SABBAGH, D., *L'Egalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op.cit., t, p.2.

¹⁸⁵⁴ En italique dans le texte. D. SABBAGH se réfère aux notions d'assignation et d'identité assignées lesquelles renvoient aux termes anglais ascriptive/ascription.

l'attribution des marchés publics et l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur¹⁸⁵⁵.

Les groupes bénéficiaires sont donc définis sur la base de critères ethnico-raciaux et de genre. L'identification raciale en constitue le principal élément même si pour R.Dworkin la discrimination positive doit être envisagée comme un instrument visant à réduire la corrélation entre hiérarchie sociale et identification raciale. Ainsi, il semblerait que « pour en finir avec le racisme, nous devons commencer par prendre la race en compte »¹⁸⁵⁶ impliquant une réappropriation des catégories ethno-raciales pour mieux les combattre.

i. Genèse de l'affirmative action

L'origine de la discrimination positive date de sa première apparition législative en 1935, bien que le terme renvoie alors davantage à une démarche volontariste de l'action publique qu'à la définition d'une politique publique en tant que telle. L'expression apparaît avec plus de force dès la première moitié des années 1960. Ainsi, les propos du président Johnson ont pu être analysés comme marquant l'origine conceptuelle de la discrimination positive en tant qu'ils renvoyaient à l'idée d'actions concrètes afin de garantir l'égalité des personnes, en l'occurrence des populations noires¹⁸⁵⁷. Toutefois, la discrimination positive va acquérir son sens et sa portée actuelle après 1965 et les émeutes qui secouent le pays. Une véritable prise de conscience de la part du gouvernement fédéral va en effet avoir lieu, ce dernier cernant enfin la causalité de la marginalité socio-économique d'une partie de sa population et les risques que celle-ci fait peser sur la sécurité nationale et l'ordre intérieur¹⁸⁵⁸.

De cette période houleuse de lutte pour les droits civils, résulte un dispositif anti discriminatoire inaugural. Ainsi, afin d'anticiper la perpétuation des discriminations et de rétablir dans leur droit les victimes de discriminations en matière d'emploi, le législateur accorde au juge le pouvoir d'ordonner des mesures d'*affirmative action*. Le titre VII de la loi

¹⁸⁵⁵ R. DWORKIN définit les politiques d'*Affirmative Action* comme celles qui « ... visent à accroître la place et le nombre des Noirs et autres minorités dans les différentes professions en leur accordant une forme de préférence s'agissant du recrutement, de la promotion et de l'admission dans les collèges et écoles professionnelles ». DWORKIN, R., *Law's empire*, Harvard University Press, 1986, p.393.

¹⁸⁵⁶ Opinion concordante du juge Harry Blackmun dans l'arrêt C.S., *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), p.407. « In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way ».

¹⁸⁵⁷ Voir SABBAGH, D., *L'Egalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op.cit., p.35

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, 39-45.

de 1964 est complété par un décret présidentiel¹⁸⁵⁹. Ce dernier impose aux entreprises contractantes de l'Etat Fédéral de s'engager à ne pas opérer de discrimination et d'appliquer un dispositif d'*affirmative action* en leur sein. Ainsi, sous l'entreprise de l'*Equal Employment Opportunity Commission* et du Bureau de Contrôle des emplois fédéraux¹⁸⁶⁰, un recensement des races va être effectué dans les entreprises afin de permettre de développer des mesures pour rééquilibrer le nombre de personnes appartenant aux différentes races¹⁸⁶¹. C'est la première fois qu'il est question de la « race » des employés, déclinée en cinq catégories : les blancs, les noirs, les indiens d'Amérique, les orientaux, et toutes les personnes portant un nom à consonance hispanique¹⁸⁶². L'OFCC, habilitée en tant que délégataire du pouvoir réglementaire à prendre des décrets d'application¹⁸⁶³, va étendre ce dispositif à toutes les entreprises sous contrat avec l'Etat fédéral¹⁸⁶⁴. Se trouve donc entérinée une norme implicite de proportionnalité raciale à l'embauche, s'appuyant sur la référence de l'ensemble de la population active locale¹⁸⁶⁵. La Cour Suprême, dans la décision *Griggs* de 1971¹⁸⁶⁶ va estimer que ce défaut d'équilibre racial ou sexuel au sein de la main d'œuvre d'une entreprise suscitait une présomption de discrimination. La discrimination est donc passée du terrain de l'intention à celle de la possible non-intention, consacrant l'idée de discrimination indirecte. Ainsi donc, la définition de la discrimination se trouve élargie puisqu'est considérée comme discriminatoire « toute pratique qui, de fait, contribuerait à pérenniser l'exclusion des individus appartenant aux différents groupes cibles de certains emplois, exclusion elle-même initialement engendrée par la discrimination au sens restreint. » La décision *Weber* de 1979 déplace la mission correctrice du pouvoir judiciaire sur les entreprises elles-mêmes lesquelles peuvent prendre l'initiative d'instaurer des quotas pour les Noirs¹⁸⁶⁷. En outre, le dispositif d'Affirmative action est déclaré conforme au titre VII du *Civil Right Act*. Cette jurisprudence sera étendue aux employeurs publics en 1987, uniformisant ainsi les programmes de discriminations positives¹⁸⁶⁸. Emanant du ministère du travail, « le plan Philadelphie »

¹⁸⁵⁹ Décret présidentiel 11-246 du 25 septembre 1965

¹⁸⁶⁰ Dit OFCC.

¹⁸⁶¹ Formulaire dénommé le Standard Forme 100

¹⁸⁶² Spanish-surnamed.

¹⁸⁶³ Cour Suprême, Titre II de la Constitution. Voir annexe n°2.

¹⁸⁶⁴ *Executive Order* 11 246, novembre 1969.

¹⁸⁶⁵ SABBAGH, D., *L'Egalité par le droit, Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, op.cit., p. 53.

¹⁸⁶⁶ C.S., *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

¹⁸⁶⁷ C.S., *United Steelworkers v. Weber*, 443 US 193 (1979).

¹⁸⁶⁸ C.S., *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S. 616 (1987).

annonce l'élaboration du dispositif préférentiel que nous connaissons actuellement. Les dispositions du plan seront étendues dès 1971 aux femmes¹⁸⁶⁹.

Pour autant, l'affirmative action ne sera adoptée par les autorités fédérales qu'en 1976 avec le *Public Works Employment Act*. D'une initiative administrative, l'affirmative action est devenue une notion législative, dégagée par le juge, dont la légalité demeure encore et toujours sujette à controverse.

ii. Des objets et bénéficiaires en question

Les trois domaines d'application du dispositif sont l'emploi, l'attribution de marchés publics et l'admission dans les universités. Pourtant, traditionnellement, ces champs d'activités, et principalement l'emploi et l'université, se caractérisent par un principe méritocratique, qui plus est majoritairement perçu comme étant juste¹⁸⁷⁰.

Concernant les bénéficiaires de l'affirmative action, il importe de noter que ces groupes sont définis sur la base de critères raciaux et ethniques et ce indépendamment de la nationalité des personnes. Ce dispositif concernait donc tout autant les nationaux que les immigrés et était destiné aux noirs, aux hispaniques », aux descendants des populations autochtones (*Native Americans*), aux asiatiques et aux femmes. Le choix des catégories destinataires de ce dispositif résulte de considérations avant tout administratives¹⁸⁷¹.

Ainsi, le corpus anti-discriminatoire américain rejette le critère de la localisation géographique¹⁸⁷² en faisant du critère ethno racial l'élément de référence d'appréciation d'une discrimination inconstitutionnelle. Comme le souligne D. Sabbagh, « La discrimination positive mise en œuvre sur une base ethno raciale pourra ainsi apparaître comme un mécanisme correctif destiné à pallier l'absence, en amont, d'une stratégie redistributive digne

¹⁸⁶⁹ Sur la question spécifique du renforcement des droits des femmes dans le cadre de l'égalité protection des lois, voir FISCHER L., HARRIGER, K., J., *American Constitutional Law, vol.2 Constitutional Rights, Civil rights and Civil Liberties, 8th éd.*, Carolina Academic Press, 2009, pp. 825-861.

¹⁸⁷⁰ MILLER, 1991-1992, p. 558-564 cité dans SABBAGH, D., « Discrimination positive, et déségrégation des catégories opératoires des politiques d'intégration aux Etats-Unis », *Sociétés Contemporaines (2004)* n° 53, 164 p., p. 85-99, p.86.

¹⁸⁷¹ Voir SKRENTNY, J.D., « Policy-Elite Perceptions and Social Movement Success: Understanding Variations in Group Inclusion in Affirmative Action », *American Journal of Sociology*, vol. 111, no 6, 2006, p. 1762-1815.

¹⁸⁷² Voir C.S. *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), ZOLLER, E., *Grands arrest de la Cour Suprême*, op.cit., pp. 759-794, ou encore C.S. *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974), p. 444-445, tous deux portant un coup d'arrêt au mouvement de déségrégation des établissements scolaires limitant le principe d'égalité protection des lois.

de ce nom dans le domaine éducatif »¹⁸⁷³. Pour autant, avec le mouvement de démantèlement des programmes de discrimination positive amorcé par la Cour-Suprême, notamment le 20 juillet 1995 avec la décision *Board of Regents* de l'Université de Berkeley, le rattachement ethno-racial est amoindri. La norme de *color-blindness* qui se dégage de la jurisprudence¹⁸⁷⁴ a été corrélée à une série de dispositifs légaux, résultants de mouvements d'initiatives populaires. C'est dans ce cadre que la « Proposition 209 », référendum d'initiative populaire du 9 novembre 1996, dit *California Civil Rights Initiative* fut instauré. Avec 55 % des voix en leur faveur, sont entérinés tous les programmes de discrimination positive dans le secteur public. Cette démarche sera suivie par l'État du Washington¹⁸⁷⁵, puis de manière administrative par la Floride¹⁸⁷⁶. Dans les six États où ont été démantelés les programmes de discrimination positive dans l'admission aux établissements d'enseignement supérieur (Texas, Mississippi, Louisiane, Californie, Washington et Floride), on a pu relever une chute du nombre d'étudiants noirs et hispaniques. En novembre 2006, c'était au tour du Michigan de supprimer la discrimination positive (58% des électeurs), s'élevant contre la décision *Grutter v. Bollinger* de 2003¹⁸⁷⁷. La cour ira d'ailleurs elle-même dans le sens du démantèlement en interdisant la discrimination positive à l'entrée des écoles publiques américaines par la décision du 28 juin 2007, *Parents involved in community schools v. Seattle school district n°1 et al.*¹⁸⁷⁸. Marquant un tournant historique, la cour dénie le fait que l'origine ethnique soit prise en compte pour fonder la décision d'accepter ou de refuser un écolier dans un établissement scolaire. Par ailleurs, la cour a estimé dès 1989 que les discriminations raciales, mêmes envisagées sous l'angle de discriminations positives, devaient faire l'objet d'un

¹⁸⁷³ SABBAGH, D., « Discrimination positive, et déségrégation les catégories opératoires des politiques d'intégration aux Etats-Unis », Op.cit., p.91.

¹⁸⁷⁴ En mars 1996, dans l'arrêt *Hopwood v. State of Texas* 18, la cour d'appel fédérale du 5e Circuit interdisait toute prise en compte du facteur racial dans la sélection des candidats aux établissements d'enseignement supérieur des États relevant de sa juridiction – le Texas, le Mississippi et la Louisiane.

¹⁸⁷⁵ Référendum populaire qui a abouti à un résultat similaire puisque 58 % des votants vont démanteler le dispositif d'affirmative action.

¹⁸⁷⁶ Décret du gouverneur Jeb Bush de février 2000 ordonnant l'élimination des politiques d'*affirmative action* mises en œuvre dans les procédures de passation des marchés publics ainsi que dans les universités d'État. Voir SABBAGH, D., « Discrimination positive, et déségrégation les catégories opératoires des politiques d'intégration aux Etats-Unis », Op.cit., p.93.

¹⁸⁷⁷ La cour confirmait un traitement préférentiel pour les candidats noirs et hispaniques en vertu de la diversité raciale ainsi apportée au corps étudiant. C.S., *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). SKRENTNY, J.D., « L'« affirmative action » américaine en déclin », *Le monde diplomatique*, mai 2007, p.14.

¹⁸⁷⁸ La cour remet en cause les règlements de 'établissements scolaires du Lycée de Seattle et de l'école primaire de Louisville, deux établissements qui s'évertuaient à imposer une mixité blanc-noir chez les élèves. Aussi, les élèves blancs comme noirs se sont vu empêchés de s'inscrire dans ces établissements pour ce motif. Les requêtants ont alors invoqué que ce dispositif relevaient d'une discrimination, la comparant à la politique de ségrégation qui fut interdite par la Cour dans sa décision *Brown v. Conseil d'Education de 1954*. C.S., *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007). Voir notamment MORGAN, J.M., and PULLIN, D., *Social Science and the Courts: Challenges and Strategies for Bridging Gaps Between Law and Research*, Educational Researcher, Vol. 39, No. 7, October 2010, pp. 515–524.

contrôle strict, appartenant aux catégories dites suspectes¹⁸⁷⁹. Ce durcissement dénote une remise en cause progressive et insidieuse des discriminations positives.

Pour mitiger les effets immédiats du début de démantèlement des politiques d'*affirmative action*, des dispositifs législatifs ont été développés, notamment par l'État du Texas¹⁸⁸⁰. En outre, de manière assez similaire au processus instauré en France par l'IEP, la jurisprudence *Hopwood*, a contraint les deux plus grandes universités texanes à admettre en première année tous les diplômés de l'enseignement secondaire qui figureraient parmi les 10% d'élèves les mieux classés à l'échelle de leur établissement d'origine afro-américaine ou hispanique¹⁸⁸¹. Ainsi, le démantèlement de l'*affirmative action* n'est que de façade puisque d'autres mécanismes, notamment de *class-based* lui sont substitués¹⁸⁸². En ce sens, il s'agit plutôt d'une substitution d'un facteur d'appréciation que d'une véritable remise en question. Dès lors, comme en France, les désavantages socio-économiques deviennent les critères d'appréciation primordiaux des différences, substituant le concept de classe sociale aux différenciations ethno-raciales. Pour autant, ce subterfuge destiné à rendre effectif le *color-blind* américain semble n'être qu'un masque social sur une figure raciale.

Ainsi donc, il semble que le rejet par le Juge Powell de jugements comparatifs « de type sociologique, (...) qui ne sont pas du ressort de l'institution judiciaire »¹⁸⁸³ ait finalement prévalu sans que l'objectif de la discrimination positive n'ait été atteint.

¹⁸⁷⁹ C.S. *Richmond vs. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 Cette position a été confirmée concernant les programmes fédéraux par la décision C.S. 115s. CT. 1096 du 12 juin 1995, *Adarand Construction Co. vs. Peña, Secretary of Transportation and al.*

¹⁸⁸⁰ Loi du 15 avril 1997. Voir SABBAGH, D, « Universités américaines: la fin des préférences raciales ? », Critique internationale n°17 - octobre 2002, pp.159-171, p.160.

¹⁸⁸¹ SABBAGH, « Discrimination positive, et déségrégation les catégories opératoires des politiques d'intégration aux Etats-Unis », op.cit p. 100. Sur la disparition des étudiants noirs comme conséquence du Color-Blind, voir BOWEN et BOK, *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton University Press, 1998, p. 34-35. Voir aussi ASTIN, A. W. (1985). *Achieving educational excellence*. San Francisco: Jossey-Bass. HURTADO, S., MILEM, J. F., CLAYTON-PEDERSEN, A. R., & Allen, W. R.. « *Enhancing campus climates for racial/ethnic diversity* ». *The Review of Higher Education*, 21(3), 1998, pp. 279-302.

¹⁸⁸² On assiste alors à la détermination d'un indice de désavantage socio-économique complexe. Ce dernier renferme des critères tels que le revenu, le niveau d'éducation des parents, la valeur de leur patrimoine, la structure familiale et, surtout, *le lieu de résidence* –, éléments qui permettent de cibler de facto la population noire. C'est ce que D., SABBAGH, dénomme un « équivalent fonctionnel de la discrimination positive ethno-raciale. Voir sur ce sujet KAHLENBERG, *The remedy: Class, race, and affirmative action*, BasicBooks (New York), 1996, 384 p., p.170.

¹⁸⁸³ Opinion du juge Powell, Voir *supra* p. 404. Voir aussi ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour Suprême*, op.cit., pp. 301-322.

B- Constitutionnalité des mesures positives

Afin d'apprécier la constitutionnalité des mesures positives, nous nous intéresserons d'abord au cas français (1) avant d'envisager le droit américain (2).

1- Le cas français

Tel que nous l'avons précédemment évoqué, en France le juge constitutionnel a admis que des différences de traitement peuvent être admises dès lors qu'elles ne portent pas sur les discriminations expressément interdites par la constitution et qu'elles répondent à certaines exigences. Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que des différenciations de traitement peuvent être opérées par le législateur dans deux cas de figure¹⁸⁸⁴ : soit lorsqu'elles sont motivées par une différence de situation; soit lorsqu'il existe un motif d'intérêt général. La différence de situation peut se décliner de différentes manières. Ainsi aux différences de situation constitutionnelle il convient d'ajouter celles constatées par le Conseil Constitutionnel¹⁸⁸⁵. Les premières se réfèrent essentiellement à deux ensembles : le premier découle de l'article 6 de la DDHC et le second des articles 73 et 74 de la constitution. Ceux-ci consacrent constitutionnellement l'existence de « situation particulière »¹⁸⁸⁶ et « d'intérêts propres »¹⁸⁸⁷ justifiant une certaine spécialité législative et une possible organisation administrative particulière. Concernant les situations différentes consacrées par le juge constitutionnel, il nous faudrait distinguer celles établies sur les situations de droit, et celles relevant de différences de situations de fait. Nous nous contenterons ici de mentionner celles qui se réfèrent directement à l'objet de notre étude et par conséquent, aux différences de statut juridique lié à la nationalité. Ainsi, dans le considérant 33 de la décision « Egalité entre français et étrangers »¹⁸⁸⁸, le Conseil consacre le principe selon lequel le législateur peut prendre des mesures spécifiques à l'égard des étrangers vu qu'ils se trouvent dans une situation juridique différente. Ainsi par exemple, l'entrée et le séjour des personnes sur le

¹⁸⁸⁴ Le débat portant sur le caractère cumulatif ou alternatif a également été tranché au niveau du juge administratif. Voir par exemple MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., pp.163-165. Voir encore Rapport public 1994, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n°46, La Documentation française, Paris, 1995, p.70, note 96.

¹⁸⁸⁵ La distinction présentée à continuation reprend celle établie par Ferdinand Mélin-Soucramani en MELIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., pp.165-189.

¹⁸⁸⁶ Article 73 de la Constitution, Voir annexe n° 2, Constitution française du 4 octobre 1958.

¹⁸⁸⁷ Article 74 de la Constitution, Voir annexe n° 2, *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ C.C., Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990.

territoire national¹⁸⁸⁹ ou les modalités de contrôle¹⁸⁹⁰ d'identité relèvent de dispositions spécifiques selon qu'elles sont étrangères ou non. De même, sont traités différemment des autres étrangers, les parents d'enfants de nationalité française¹⁸⁹¹. En outre, les étrangers nés sur le sol français et pouvant prétendre à la nationalité française peuvent être traités différemment de ceux ayant déjà la nationalité française¹⁸⁹².

2- Le cas américain

En matière de mesures positives et en particulier de mesures relevant de l'affirmative action, le juge constitutionnel applique en principe le contrôle le plus exigeant, le *strict scrutiny*. En effet, ce dernier est mis en place lorsque le texte contesté fait référence à une distinction dite suspecte telle que la race, l'ethnie ou la religion. Pour autant, les juges n'ont pas été unanimes sur le type de contrôle à appliquer comme l'arrêt *Bakke* de 1978 l'illustre¹⁸⁹³. Le caractère constitutionnel des mesures d'*affirmative action* n'est pas contesté par la Cour même si les juges restent divisés. Ainsi, dans la décision précitée *Bakke*, ces programmes sont déclarés, sur le principe, comme étant constitutionnels, à la majorité de 5 juges contre 4¹⁸⁹⁴. De même, dans l'arrêt *Fullilove v. Klutznick* de 1980¹⁸⁹⁵, la cour alimente le flou sur le type de contrôle. Cette hésitation semblera dissipée par l'arrêt *Crosby* de 1989 où les juges optèrent à la majorité pour l'application du contrôle strict. En l'espèce, ils déclarèrent inconstitutionnel le programme de traitement préférentiel de la ville de Richmond visant à corriger une discrimination sociétale et non effective. Pourtant, la décision *Metro Broadcasting* de 1990 appliqua un contrôle intermédiaire à des mesures fédérales fondées sur des discriminations raciales « bienveillantes ». Toutefois, celle-ci n'apparut que comme une parenthèse dans la jurisprudence de la cour. Elle estima en effet en 1995, dans la décision *Adarand Constructors v. Peña*¹⁸⁹⁶ que le contrôle strict est nécessaire puisque « toute action fondée sur la race-catégorie dont il est admis depuis longtemps qu'elle est dans la plupart des cas infondée, et donc prohibée », doit être soumise à un examen judiciaire minutieux afin de garantir que le

¹⁸⁸⁹ C.C., Décision n°89-266 DC du 9 janvier 1990 « Reconduite à la frontière ».

¹⁸⁹⁰ C.C., Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, « Maîtrise de l'immigration ».

¹⁸⁹¹ C.C., Décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993 « Code de la nationalité ».

¹⁸⁹² *Ibid.*, cons.10.

¹⁸⁹³ C.S. *Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), op.cit., Sur les neufs juges, cinq vont être en faveur du contrôle strict et quatre pour l'application d'un contrôle intermédiaire. Voir supra 268, 338. Voir également Annexe n° 18.

¹⁸⁹⁴ Selon le Juge Powell, le fait que les pouvoirs publics aient traité de manière inégale des groupes théoriquement égaux justifie que l'élément racial soit pris en compte pour aider les victimes des discriminations si tant est que la race ne soit qu'un élément d'appréciation et non un facteur de « catégorisations exclusives ». Voir LACORNE, D., *La crise de l'identité américaine : du melting pot au multiculturalisme*, Paris, Editions Fayard, 1997, 394., p.313.

¹⁸⁹⁵ C.S. *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980).

¹⁸⁹⁶ C.S. *Adarand Constructors v. Peña* (93-1841), 515 U.S. 200 (1995).

droit individuel à l'égale protection des lois n'a pas été atteint ». Ainsi, sans rejeter sur le principe les mesures relevant de l'affirmative action, elle limite la constitutionnalité de ces mesures aux cas où le critère racial est nécessaire à la réalisation d'un intérêt impérieux et que la mesure est strictement ajustée à la fin poursuivie¹⁸⁹⁷.

Ainsi, ces mesures fondées sur un différentialisme compensatoire et correcteur, même si elles participent à une reconnaissance des identités, restent au service de l'universalisme dont elles visent à renforcer la finalité universaliste et égalitariste. Cette idée corrobore le principe jurisprudentiel selon lequel « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes »¹⁸⁹⁸. Cependant, cette reconnaissance juridique progressive des identités ethnoculturelles a été confirmée et complétée, et son développement questionne de plus en plus les principes républicains semblant remettre en cause l'universalisme. En effet, la recherche d'égalité qui se fonde sur une approche particulariste ou différentialiste des droits peut avoir différentes finalités, et parmi elles, celle de renforcer l'universalisme. C'est le cas des mesures relevant d'un différentialisme compensatoire ou celles s'intégrant dans le cadre d'un différentialisme correcteur. D'autres au contraire remettent en cause l'universalisme en développant des mesures s'apparentant à un différentialisme adaptateur voire même réognitif¹⁸⁹⁹.

Les mesures positives visant à la réduction des inégalités socio-économiques définies sur une base territoriale ou à la lutte contre les discriminations raciales sont bel et bien une réalité française tout autant qu'américaine. Le législateur aussi bien que le juge, et notamment le juge constitutionnel, ont ainsi opéré une différenciation entre : d'une part, le citoyen, homme abstrait qui ne peut être appréhendé que comme un individu; d'autre part l'homme concret de l'espace socio-économique qui est lui aussi un individu mais pouvant être rattaché à un groupe d'individu défini sur une base territoriale ou par rapport à une situation sociale similaire. De ce fait, même si le droit français évite alors de désigner des catégories de personnes définies sur la base de critères essentialistes et de ce fait, de s'enfermer dans une

¹⁸⁹⁷ Toutefois, la mise en œuvre de la jurisprudence Adarand reste peu claire. Voir CS *Adarand Constructors, Inc. v. Slater*, 528 U.S. 216 (2000), C.S. *Adarand Constructors, Inc. v. Slater*, 228 F.3d 1147, 10 th Cir. (2000) et C.S. *Adarand Constructors, Inc. v. Mineta*, 534 U.S. 103 (2001). Voir FISCHER L., HARRIGER, K., J., *American Constitutional Law, vol.2 Constitutional Rights, Civil rights and Civil Liberties*, op.cit., pp. 807-809.

¹⁸⁹⁸ Voir CC. n° 87-232 DC du 07 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse nationale du Crédit agricole*, op.cit., voir *supra* p. 322.

¹⁸⁹⁹ Cette distinction a été opérée par BUI XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., voir notamment *supra*, p. 369, 371, 409-414.

justice que l'on pourrait alors qualifier d'ethnoculturelle¹⁹⁰⁰, il se rapproche du droit américain. Pour autant, la reconnaissance des identités ethnoculturelles se réalise implicitement dans le cadre du différentialisme compensatoire ou correcteur.

La prise en compte progressive de la diversité ethnoculturelle dans le corpus juridique français et américain, à des niveaux variables mais avec un certain parallélisme a engendré une gestion pragmatique de la diversité, notamment par une interprétation à géométrie variable du principe d'égalité. Nous verrons à présent en quoi cette appréhension normative de la diversité a conduit en France comme aux Etats-Unis à une articulation des principes républicains avec un droit différentialiste. Garants de l'unité nationale, les principes d'égalité et d'universalité se trouvent alors confrontés à un système de prise en compte de la différence

¹⁹⁰⁰ Comme nous l'avons évoqué, il préfère se poser sur le terrain de la justice sociale et se positionner en vertu du principe d'universalité dans le cadre d'un territoire déterminé ou sur des critères.

CHAPITRE II- UN HABILLAGE REPUBLICAIN DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE

Bien que la diversité socioculturelle ne soit pas un principe juridique clairement énoncé dans les deux contextes d'analyse, le fait de reconnaître juridiquement les notions caractéristiques de cette diversité se heurte en apparence aux principes républicains. Ainsi, si l'on admet qu'en France et aux États-Unis les notions de race et d'ethnie tout autant que diversité religieuse sont des concepts juridiques, nous pouvons donc postuler que ces deux nations reconnaissent juridiquement, de manière plus ou moins explicite les différences. Or, comment la reconnaissance des différences peut-elle légitimement s'accommoder avec le principe séculaire d'égalité, fondateur des deux sociétés considérées ? A présent, si une reconnaissance des différences est établie, comment l'envisager dans le cadre d'une institutionnalisation progressive de l'indifférence ? La nation, cadre de référence, unitaire et englobant peut-il tolérer et réussir cette conciliation entre principes républicains et diversité ?

Afin de répondre au mieux à ces différentes interrogations, nous analyserons deux thématiques complémentaires. D'abord, nous verrons en quoi les principes d'universalité et d'égalité des nations française et étasunienne sont mis à l'épreuve dans les deux contextes (Section1). Ensuite, nous envisagerons la question de l'existence de normes constitutionnelles de l'indifférence dans ce contexte de reconnaissance des différences (Section 2).

Section 1- Une réinterprétation de l'universalité et de l'égalité

« L'universel naît non seulement des expériences particulières mais de leurs transformations interactives »¹⁹⁰¹. Allant au-delà de ce que N. Rouland énonce, nous serions tentés de dire que c'est parce que les interactions sont permanentes, pluriculturelles, que l'universel se développe comme un idéal pour gérer l'interculturel. Ainsi, une fois encore, on rejoint le Pr. Rouland pour qui « la profondeur des mutations nous oblige à réinterpréter l'imaginaire juridique sur lequel repose notre tradition »¹⁹⁰².

A ce stade, un détour sémantique s'impose. Par universalité il faut entendre le caractère de ce qui est universel ou considéré sous un aspect de généralité universelle¹⁹⁰³. Par universalisme, il faut comprendre la doctrine qui « considère la réalité comme un tout unique dont dépendent les individus »¹⁹⁰⁴. Ainsi, nous verrons dans un premier temps en quoi, l'universalité républicaine est davantage déplacée que dépassée, traduction de sa plasticité juridique (§1). Dans un second temps, nous envisagerons l'égalité, laquelle invite à un principe de différence (§2).

§1- Le déplacement du principe fondateur d'universalité

Lorsque l'on s'attache à l'évolution du principe d'universalité, on pourrait arguer qu'il ne s'agit pas d'un dépassement de ce principe, ce qui conduirait en quelque sorte à une négation par relégation, mais plutôt d'un déplacement, qui consiste à l'envisager comme une finalité et non plus seulement comme le moyen exclusif.

¹⁹⁰¹ ROULAND, N., « La tradition juridique et la diversité culturelle, Rapport adressé à la commission française pour l'UNESCO », le 27 avril 1993, p. 382.

¹⁹⁰² *Ibid.*

¹⁹⁰³ Voir MENOIR, M., « Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme », <http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/memoires/martinmemoir.htm>, p.38 et s. Consulté le 01.06.2011.

¹⁹⁰⁴ K. MBAYE différencie l'universalisme de conception, l'universalisme de formulation et l'universalisme de contrôle et d'effectivité du respect des droits de l'homme. MBAYE, K., *Les droits de l'homme en Afrique*, 2^e éd, Pédone, Paris, 1992, 386p.

Le principe d'universalité ou la théorie de l'universalisme est rattaché à la République en ce sens qu'il garantit l'égalité de tous et favorise la liberté de chacun. Il postule une neutralité de l'État et promet tout autant que promet un espace public impartial, indifférent aux différences, et en ce sens « juste ». Cette neutralité apparente des institutions publiques leur confère en retour une légitimité authentique puisque la République qui garantit les droits de tous s'impose comme la République de tous. Le principe d'universalité concerne la sphère publique et garantit ainsi des valeurs communes, générales à l'ensemble de la société. Les différences en soi ne sont pas interdites mais au contraire, respectées, en ce sens qu'elles relèvent de la sphère privée. Dans ce cadre, la laïcité y apparaît comme un corollaire incontournable étant donné qu'elle dénie tout privilège public aux particularismes religieux. Un État laïc ne reconnaît donc aucune religion sans non plus consacrer l'athéisme. Il est neutre, ce qui signifie qu'il n'est pas contre les religions mais plutôt qu'il est ouvert et accueillant envers toutes les religions.

Le principe d'universalité est présent puisque fondateur des deux Républiques que sont la France et les États-Unis. La déclaration américaine de 1776 tout autant que le *Bill of Rights* de 1791 ou la déclaration française de 1789 présentent une certaine vision de l'universel tout autant que de l'individualisme. Notons que c'est l'individu qui est placé au cœur de ce corpus, permettant alors d'envisager l'humanité dans son entièreté sans référence à une culture précise. Cependant, si leur acception originelle est similaire, leur appréhension au fil du temps démontre deux types d'universalisme. La France a fait de l'universalisme un de ses piliers à tel point que l'on peut parler d'un mariage complexe, recelant toutefois un certain nombre de paradoxes (A). Quant aux États-Unis, il s'agit d'avantage d'un « concubinage » car bien que les États-Unis fassent de l'universalité un des principes clefs de leur République, ils ont gardé une certaine souplesse dans l'articulation de ce principe avec d'autres (B). Enfin, nous verrons que ce principe, dans les deux contextes, a révélé de sérieuses limites tant d'un point de vue théorique que pratique (C).

A-La France et l'universalité, un mariage complexe

L'universalisme républicain est l'un des principes de l'idéologie républicaine française en vertu de laquelle la République postule des valeurs dites universelles que sont la liberté, l'égalité et la fraternité. En ce sens elle est universaliste. Cette universalité résulte à la fois d'une démarche active en ce sens que ces valeurs ont vocation à être adoptées par tous les

êtres humains et d'une dimension passive puisqu'elles sont censées s'appliquer à tous ceux-ci, uniformément et serait-on tenté de rajouter, obligatoirement, puisque « naturellement ». L'universalité à la française s'inscrit donc, en théorie, dans la tradition du droit de l'Homme à l'égalité, à savoir la garantie du droit à l'indifférence, par-delà les différences, que ces dernières soient rattachées à des considérations de sexe, d'origine, de race ou encore de couleur de peau. Toutefois, cet universalisme républicain abstrait a, dès ses origines dans la tradition des lumières, paru exclusif et excluant. Il a été largement lié à la francisation, rattaché à une conception masculine de l'être humain, corrélé à un état de liberté et d'autonomie, rejetant ainsi hors de sa sphère des personnes placées dans un état de servitude. Il fut en outre lié au caractère métropolitain du territoire.

L'universalisme des lumières était donc paradoxalement contingent et limité à certaines catégories, ou plus exactement, circonscrit à une catégorie que l'on peut nommer la majorité. Ainsi, pour accéder à cette majorité et donc prétendre à l'universel, il fallait donc en premier lieu être « bien né » (sexe, lieu et statut) et d'autre part accepter de se détacher de ses appartenances, de renoncer à tout particularisme pour se fondre dans un universel majoritaire, pourtant fortement particularisé. En effet, l'universel français fut largement influencé par le catholicisme, le calendrier des jours de repos et jours fériés n'en étant qu'une illustration.

Dès lors, dans cette conception révolutionnaire de l'universalisme, toute idée de communauté était écartée, ce dont témoigne les propos de Stanislas de Clermont-Tonnerre en 1791 qui à propos de l'émancipation des juifs disait : « Il faut tout accorder aux juifs comme individus et rien comme nation ». Mais outre l'absence de reconnaissance de la différence culturelle voire institutionnelle des groupes, c'est bel et bien la négation de l'universel lui-même qui se trouvait instaurée puisque les femmes ont été écartées de cet universalisme par un déni de leur appartenance à la sphère publique. Celui-ci s'est sans nul doute manifesté par l'absence d'accès au vote, et par effet induit, aux postes à responsabilité politique.

De ce fait, et comme nous l'avons déjà évoqué, l'universalisme est réservé à des catégories bien identifiées et ne prévaut en outre que dans le cadre public, rejetant la sphère privée à une « sous sphère »¹⁹⁰⁵. Par conséquent l'universalisme républicain à sa source, n'est ni corrélé à

¹⁹⁰⁵ Talleyrand en 1791 disait en parlant des femmes « Si nous leur reconnaissons les mêmes droits qu'aux hommes, il faut leur donner les mêmes moyens d'en faire usage. Si nous pensons que leur part doit être uniquement le bonheur domestique et les devoirs de la vie intérieure, il faut les borner de bonne heure à remplir cette destination ».

l'uniformité de la règle de droit, ni lié au principe d'indifférence. Ces idées d'uniformité et d'indifférence ne se sont construites que par la suite par rapport à une catégorie de personne : la majorité, masculine, libre, catholique, française, hétérosexuelle. Cette dernière, tout au long du XIX^{ème} siècle et au cours du XX^{ème}, a cherché à inclure le plus grand nombre en son sein tout en institutionnalisant des catégories pour mieux réaliser cette articulation entre différencialisme et universalisme. C'est ainsi que le droit public français a incorporé dans la généralité, par un processus d'assimilation, un grand nombre de catégories de personnes afin de leur garantir effectivement l'universalité de la règle de droit. Néanmoins, contrairement à ce que l'on aurait pu penser, cette conciliation ne s'est pas réalisée en généralisant cette règle de droit mais au contraire en la fragmentant et en la particularisant.

Ainsi donc, l'universalisme à la française est historiquement un universalisme parcellaire, visant à inclure des catégories dans un même univers juridique tout en refusant de reconnaître les différenciations opérées. Il s'est donc agi au cours de l'histoire de catégoriser pour mieux intégrer dans cet universalisme des catégories de personnes qui y étaient originellement et pratiquement exclues, tout en refusant de reconnaître un droit à la différence. Ce dernier aurait en effet impliqué une remise en cause du principe universaliste lui-même.

Dans cette perspective, la différenciation sert l'universalisme seulement lorsqu'elle ne confère pas de droit à la différenciation. Elle est donc traditionnellement un instrument au service de l'universalisme. Toutefois, elle ne peut et/ou ne veut se muer en un droit qui impliquerait des obligations et contraindrait à nuancer le principe universaliste, voire à le remettre en cause, comme garant effectif et efficace de l'égalité. En témoignent aujourd'hui encore les réserves émises par la France au nom de l'universalisme républicain à certains traités internationaux reconnaissant l'existence des minorités¹⁹⁰⁶. Aujourd'hui, sans remettre en cause l'universalisme, un débat s'est ouvert entre ceux qui au nom de ce principe nient tout droit à la différence et ceux qui au contraire parlent de dépersonnalisation.

B-Les États-Unis et l'universalité, un « concubinage » controversé

L'universalisme américain se rattache lui aussi à l'idéal républicain. Toutefois, tout comme en France, il est partiel et partial, ayant tout au long de sa construction et jusqu'au milieu du

¹⁹⁰⁶ Voir nos développements sur les minorités *supra* pp.301-325.

XX^{ème} siècle, une universalité des droits à une seule catégorie de personnes, les blancs. Il a de ce fait, universalisé des valeurs dites *WASP*, à l'ensemble de la population. Pourtant, notamment en vertu du 14^{ème} amendement, la règle de droit est présentée comme universelle, se fondant sur le principe d'égalité.

Cependant, il convient de revenir sur le postulat universel et notamment sur l'*american ethnic pattern*¹⁹⁰⁷ proposé par N. Glazer. Sa théorie pose un universalisme abstrait, fondé sur l'égalité des droits, l'indivisibilité de la République et de fait son unité, ainsi que sur le respect des croyances et des cultures. Ainsi donc cet universalisme ne se serait pas construit contre les particularismes comme ce fut le cas en France mais en prenant en compte ces particularismes ou tout au moins en leur conférant une certaine protection.

Aussi, les États-Unis se seraient fondés sur trois postulats. Le premier prônait une égalité des droits entre tous les citoyens. Le second postulait de l'union des États conformant une nation d'individus dans laquelle aucun groupe ne peut établir une entité politique distincte des États-Unis¹⁹⁰⁸. Dans cette perspective, l'unité et l'indivisibilité du territoire sont au cœur du fondement de la nation. Enfin, en troisième lieu, existait l'idée que l'entrée, à savoir l'insertion dans la société américaine entendue d'un point de vue social et politique n'exigeait en aucun cas l'abandon par les groupes d'individus de leurs caractéristiques et de leurs particularités. L'universalisme ainsi posé s'appuie sur une constitution qui ne mentionne pas les couleurs, mais seulement les statuts, phénomène qui prendra fin avec l'adoption du 14^{ème} amendement de la constitution. En outre, l'indivisibilité du peuple est affirmée par cette mention historique *We the people* ainsi que par le caractère fédéral de l'État. Enfin, le respect des particularismes s'inscrit à la fois dans le *Bill of Rights*, et notamment dans la garantie des libertés individuelles tout autant que dans le principe de tolérance.

Ainsi postulé, l'universalisme américain apparaît comme effectif, et effectivement universel. Or, une autre lecture peut être réalisée, nuançant quelque peu cette référence à l'universel. Comme le souligne Ronald Takaki¹⁹⁰⁹, ces trois postulats sous-tendant la logique universaliste contreviennent à l'expérience raciale et ethnique « blanche » aux États-Unis. Rappelons en effet que le *Naturalization Law* de 1790 ne rend éligible à la nationalité américaine que les

¹⁹⁰⁷ Le modèle ethnique américain. (Notre traduction).

¹⁹⁰⁸ Voir nos développements en première partie, notamment *supra* pp. 110-134.

¹⁹⁰⁹ TAKAKI, R., « Reflections on Racial Patterns », in *America, in Ronald Takaki Debating diversity, Changing perspective on race and ethnicity in America*, 3e ed, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 23-36, p. 25, 272p.

immigrants blancs et que cette situation perdurera jusqu'en 1952, au moment de l'adoption du *Walter-Mc Carran Act*¹⁹¹⁰. Ainsi, les immigrants non-blancs, desquels faisaient partie les chinois, ont été considérés comme des étrangers dans une société qu'ils ont pourtant contribué à construire d'un point de vue économique. Les natifs Américains ont également été exclus de cette citoyenneté même si certains traités ont pu être passés entre les instances fédérales et des tribus spécifiques jusqu'en 1924. En effet, la Cour Suprême elle-même a stipulé que le 14^{ème} amendement ne conférait pas la citoyenneté aux indiens dans sa décision *Mc Kay v. Campbell* de 1871¹⁹¹¹. Quant à l'égalité des droits, comme nous l'avons déjà évoqué, elle fut fortement relative et circonscrite à une partie de la population. La Constitution américaine de 1787 ne mentionne d'ailleurs pas l'idée d'égalité. Seule la Déclaration des Droits du Massachusetts prône que tous les hommes naissent libres et égaux conformément à la mention présente dans la déclaration de Virginie¹⁹¹². En outre, la constitution américaine considérait les personnes en état de servitude comme représentant 3/5^{ème} des autres personnes. Cet instable compromis constitutionnel questionne la réalité tout autant que la conception même de l'universalisme¹⁹¹³.

La deuxième conception selon laquelle l'universalisme repose sur l'unité et l'indivisibilité de la nation, à savoir du territoire et des individus, rencontre elle aussi quelques réserves. En effet, cette prétention à l'unitarisme ne s'est pas réalisée avec l'objectif de construire la nation dans un idéal universaliste mais avec l'intention de se positionner contre les groupes eux-mêmes¹⁹¹⁴. Dans ce sens, nous pouvons nous référer au cas des indiens et notamment à l'*Indian Appropriation Act* de 1871¹⁹¹⁵ qui postule qu'aucune tribu indienne ne peut être reconnue comme une nation indépendante ou comme une entité tribale avec des pouvoirs spécifiques. Le *Drawes Act* de 1887 aussi dénommé *the Indian Allotment Act*¹⁹¹⁶ renforcera cette idée en conduisant à la dotation de terres aux individus afin d'enrayer la logique communautaire indienne.

Enfin, le respect des particularismes faisant de cet universalisme un élément ouvert à la diversité ne fut quant à lui effectif que dans une certaine mesure, et surtout, à une époque bien

¹⁹¹⁰ Voir *supra* p.184.

¹⁹¹¹ C.S., *McKay v. Campbell*, 16 F.Cas. 161, 167 (D.C.Or. 1871).

¹⁹¹² KULL, A., *The color blind constitution*, Harvard University Press, 1994, p.7, 301p.

¹⁹¹³ Terme emprunté à P. Wood, *The constitution set up an unstable compromise*, WOOD, P., *Diversity, The invention of a concept*, Encounter Books, San Francisco, California, 371p., p.7.

¹⁹¹⁴ En ce sens, on note un certain parallélisme avec la France.

¹⁹¹⁵ Voir *supra* p. 143.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*

définie. Il fut en effet nuancé par le fait que pour obtenir la naturalisation, les immigrants devaient renoncer à leur appartenance nationale, en ne prêtant allégeance qu'aux Etats-Unis.

Ces nuances ayant été soulignées pour chacun des contextes, il nous faut à présent envisager les limites intrinsèques au principe d'universalité.

C- Les limites de principe au principe d'universalité

A considérer la France et les Etats-Unis, nous pouvons nous demander si le principe d'universalité ne recèlerait pas des limites intrinsèques. Mentionnons tout d'abord que l'universalisme entendu de manière absolue ne peut être qu'illusoire en ce sens que la revendication d'un principe universel implique la domination de cette valeur alors même que tous principes et toutes valeurs sont relatifs. Ils sont dans tous cas particuliers et renvoient dans une large mesure à des intérêts spécifiques¹⁹¹⁷.

Les limites au principe d'universalité que nous allons à présent envisager se manifestent à deux niveaux différents. Le premier est relatif à la remise en cause du postulat réellement universel et égalitaire de la règle de droit prétendue universelle. Le second a trait à l'intérêt de renoncer à l'universalité pour mieux assurer l'égalité.

Concernant la relativité de l'universalité et de l'égalité de la règle de droit, il est important d'insister sur le fait que dans les deux contextes d'analyse, la règle de droit n'a que l'apparence d'universalité et d'égalité. Comme l'évoque D. Lochak, « son uniformité de façade camoufle un mécanisme d'exclusion » refusant « à certains les droits qu'elle confère aux autres »¹⁹¹⁸. En effet, il convient de différencier le caractère de la norme en amont de son édicition et en aval. En amont, la règle est édictée certes au nom de l'intérêt général, un intérêt général par principe aveugle aux différences, mais qui dans les faits n'en est pas moins la traduction d'une norme sociale dominante à un instant précis. Contextuelle et culturellement marquée, la règle de droit ainsi établie est posée par une majorité, longtemps caractérisée tant aux États-Unis qu'en France, par un ancrage socio-culturel. Ainsi formulée, et même si elle

¹⁹¹⁷ RENAUT, A., *Les conditions d'un universalisme ouvert à la diversité*, Sens public, publication en ligne : 2007/2006, http://www.sens-public.org/article.php3?id_article=455, p.4., Consulté le 01.03.2011.

¹⁹¹⁸ LOCHAK, D., *Egalité et différences, Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, p.4.

acquiert, après son édicition, un caractère abstrait, la norme n'en reste pas moins un élément de référence et de reconnaissance pour ceux pour qui elle a été adoptée. Elle constitue pour les autres une source d'exclusion « de la jouissance de certains droits théoriquement reconnus à tous »¹⁹¹⁹. Il s'agit donc ici de distinguer entre l'uniformité de la règle de droit et l'universalité de la règle de droit.

La seconde limite évoquée se réfère à la conciliation et à l'articulation de la quête d'universalité et de la quête d'égalité. Ces deux mouvements ont pu être confondus, le principe d'égalité signifiant que la loi est la même pour tous et traduisant donc à la fois l'idée de l'uniformité de la règle et son universalité. Or l'évolution du principe d'égalité renvoie à une autre dimension. En effet, le principe d'égalité s'est mué, tendant à privilégier ces dernières décennies aux États-Unis mais également dans une mesure plus relative en France, l'égalité de fait sur l'égalité de droit. Dans cette perspective, le principe d'égalité se traduit aujourd'hui davantage par un principe de non-discrimination, interdisant alors l'application de règles différentes à des personnes se trouvant dans une même situation. *A contrario*, il est donc admis des différences de traitement pour celles des personnes qui se trouvent dans des situations différentes.

Ce glissement interprétatif du principe d'égalité n'est pas sans soulever des problèmes, dont le plus important est sans nul doute l'appréciation de la différence de situation qui va pouvoir justifier la différence de traitement. La question de l'appréciation renvoie tout autant à des critères objectifs que subjectifs. Elle va en outre se trouver culturellement marquée et contextualisée. En témoigne par exemple l'appréciation de la différence homme/femme qui pendant longtemps a constitué une différence de situation au nom de laquelle se justifiait d'une part une norme générale pour les hommes, et d'autre part, des législations d'exceptions venant protéger les femmes ou au contraire leur conférer des droits spécifiques. Aujourd'hui, cette différence de sexe n'est plus envisagée comme une différence de situation justifiant une différence de traitement. Cela ne signifie pas pour autant que des mesures spécifiques ne peuvent être prises à l'encontre de l'une ou de l'autre catégorie sexuelle si la nécessité de compenser une inégalité criante existe. C'est là une autre dimension que nous analyserons postérieurement. Il s'agit seulement d'accepter que le regard porté sur cette différence de fait entre les hommes et les femmes ne constitue plus un facteur de différenciation en droit pour ce qui concerne l'énoncé de règles à portée générale. Comme le souligne D. Lochak, ce n'est

¹⁹¹⁹ *Ibid*, p.6.

pas tant la « réalité objective qui a changé, mais le regard porté sur cette réalité en fonction d'une appréciation relative et subjective étroitement tributaire de l'évolution des conceptions dominantes (...) »¹⁹²⁰

Ainsi, l'appréciation de la différence de situation va devoir s'extraire du constat de la simple différence entre les individus. De même, elle va s'appréhender en fonction du domaine à considérer, de l'effectivité de la différence de situation tout autant que de sa portée. Notons que la différence en soi n'est pas l'essentiel. C'est plutôt l'appréciation de la différence, une fois encore à travers le canal de la normativité sociale qui va permettre de postuler ce qui est socialement acceptable de ce qui ne l'est pas. Ainsi, le principe de non-discrimination porte en lui-même les caractéristiques de subjectivité et de relativité tout autant que le principe d'égalité de droit ou le principe d'universalité de la règle de droit. Il marque seulement une évolution dans ce qui est acceptable et ce qui ne l'est plus.

Le fait de privilégier la quête de l'égalité sur celle de l'universalité, faisant donc de la prise en compte des différences un élément essentiel de la formulation de la règle de droit, conduit à considérer deux cas de figures: en premier lieu, selon que l'on veuille protéger des victimes de discrimination; en second lieu, selon que l'on opte pour assurer une reconnaissance des manifestations des différences.

La renonciation à l'universalité pour combattre les discriminations est paradoxale. En effet, pour permettre de garantir la prohibition des discriminations, le droit va être amené à opérer des classifications plus ou moins objectives et donc, dans une certaine mesure, plus ou moins discriminantes pour réglementer la condition des membres de certains groupes. Etant donné que cette entreprise est périlleuse, les textes internationaux, mais aussi ceux français et étasunien, énumèrent des critères de discrimination qui sont interdits.

Ainsi, comme nous l'avons déjà mentionné, en France la loi du 1^{er} juillet 1972 pénalise des comportements discriminatoires fondés sur l'origine d'une personne, son appartenance ou sa non appartenance à « une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Ces dispositions insérées dans le Code pénal se sont amplifiées puisque la loi de 1975 y ajoute les discriminations fondées sur le sexe ou la situation de famille et celle de 1985 les complète avec l'interdiction des discriminations sur les mœurs. Les lois de 1989 et 1990 parachèvent le

¹⁹²⁰ *Ibid.*, p. 10.

dispositif en prohibant les discriminations reposant sur le handicap ou l'état de santé. Au paradoxe préalablement évoqué, il convient de rajouter la contradiction qui vise à ce que les personnes qui s'estiment victimes d'une telle discrimination aient la charge de la preuve. Autrement dit, les intéressés doivent faire état de leur appartenance afin de démontrer que cette appartenance a été significative dans le traitement de leur situation.

Aux États-Unis, c'est la Cour Suprême qui a hiérarchisé les discriminations. Dans le cadre de cette jurisprudence bien établie, les catégories jugées inconstitutionnelles sont celles qui ne peuvent être justifiées et qui constituent par conséquent une violation des principes fondamentaux. Pour autant, toutes les classifications dites suspectes dès lors qu'elles relèvent d'une référence à la race, à l'origine nationale, à la religion et dans une certaine mesure à la nationalité ne sont pas jugées inconstitutionnelles. En effet, pour ces classifications, la Cour opère un contrôle particulièrement strict, le *strict scrutiny*. Ce dernier peut postuler une conformité à la Constitution si la catégorisation prise sur la base de la race, de l'origine nationale, de la religion et de la qualité d'étranger est jugée indispensable à l'atteinte d'un objectif essentiel ou si elle permet de sauvegarder un intérêt étatique vital sachant toutefois que cette mesure doit être strictement proportionnée à cet intérêt ou à cet objectif. Notons que ces catégories renvoient à des particularités relativement immuables ou tout au moins largement héritées. Dans le cas des catégories non-suspectes, la Cour se contente de s'assurer que la distinction répond à un but légitime, un *rational relationship test*. Elle différencie toutefois les catégories quasi suspectes au terme desquelles figurent les distinctions fondées sur le sexe, des autres catégories.

L'universalité de la règle de droit peut également céder sous le poids de la reconnaissance positive des appartenances. Dans ce cas de figure, la possibilité d'écarter le principe d'universalité se justifie par la nécessité de reconnaître certains droits particuliers à des groupes spécifiques afin de ne pas les priver d'accéder à certains droits pourtant censés être reconnus à tous. Nous retrouvons la contradiction précédemment évoquée et relative au fait que la règle de droit édictée pour tous appartient en fait à une perception majoritaire et dominante, contextuellement et culturellement ancrée. On ne peut alors qu'avaliser le fait que la « véritable universalité consiste donc à assurer à tous l'intégralité des droits. Et pas seulement certains droits. »¹⁹²¹

¹⁹²¹ LOCHACK, D., « Egalité et différences, Réflexion sur l'universalisme de la règle de droit », op.cit 18,p.3.

Valeurs consubstantielles à l'idée de République¹⁹²², l'indivisibilité et l'unité existent l'une par rapport à l'autre mais aussi l'une dans l'autre, l'indivisibilité du peuple français commandant son unité¹⁹²³. Pour autant, l'évolution statutaire des collectivités territoriales montre que le principe de diversité et notamment de diversité statutaire peut être intégré dans un système universel. En effet, le fait que le Conseil constitutionnel ait donné une interprétation relativement extensive de l'article 72 en considérant que le législateur avait la prérogative de doter une collectivité locale d'une organisation dérogatoire et même de lui donner un statut spécifique participe de cette idée¹⁹²⁴.

« Repenser l'universel s'inscrit dans le droit fil du génie français »¹⁹²⁵. Ici encore, il convient de partir de cette mutation de l'universalisme. Comme le mentionnait V. Safatle, il s'agit de « construire un nouveau concept d'universalisme capable de guider la rationalisation de la vie sociale dans ses sphères multiples »¹⁹²⁶. Selon lui, un universalisme non substantiel, en réalité formel, permettrait à chaque particularité de s'affirmer dans un champ social ouvert¹⁹²⁷. C'est pourquoi il propose de penser le concept d'universel comme espace de perpétuation des conflits. Dans ce sens, l'universel n'est pas ce qui se réalise dans l'ordre juridique mais ce qui permet de remettre en question l'ordre juridique¹⁹²⁸. Si l'on adopte ce point de vue et on le croise avec l'idée d'universalisme telle que présente dans la DUDH, on ne peut que concevoir l'universalisme comme un corollaire de la diversité. En effet, selon la DUDH, l'universalisme doit reposer sur une conception de la diversité linguistique et culturelle qui dépasse à la fois les tendances homogénéisantes et celles à l'isolement, facteur d'exclusion.

¹⁹²² CHANTEBOUT, B., « L'Etat et la Nation », in BOURGOL, M., (dir.), *La commune, L'Etat et le droit*, Paris, L.G.D.J, 1990, 358p., p.101.

¹⁹²³ LUCHAIRE, F., « Le statut de la collectivité territoriale de Corse (décision du Conseil Constitutionnel en date du 9 mai 1991) », R.D.P., 1991, p.946.

¹⁹²⁴ Le conseil constitutionnel a ainsi reconnu la faculté de créer de nouvelles catégories. Voir C.C. n° 82-138 DC du 25 février 1982, R.J.C. I-119, G.D.C.C., n°32. Interprétation validée par la décision du 9 mai 1991. C.C. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, R.J.C. I-438, G.D.C.C. N° 44, notamment considérant 18. Voir aussi BON, P., « Les collectivités territoriales de la République », in MAUSS, D., FAVOREU, L., et PARODI, J.-L., *L'écriture de la constitution de 1958, Economica*, 1992, 852p., pp.623 et s.

¹⁹²⁵ ROULAND, N., « La tradition juridique française et la diversité culturelle », op.cit., p.414.

¹⁹²⁶ SAFATLE, V., A propos d'un faux universalisme: Y a-t-il un problème communautaire dans nos sociétés ?, <http://www.mondesfrancophone.comespaces/politiques/articles/fauxuniversalismes/.....p.2>. Consulté le 01.05.2011.

¹⁹²⁷ *Ibid.* p.4.

¹⁹²⁸ *Ibid.* p.5

Puisque se réclamer d'un principe universel revient à poser la domination de valeurs qui sont par définition particulières et rattachées à des intérêts particuliers¹⁹²⁹, plus que dépassé l'universalité semble se déplacer vers un universalisme conduisant à une universalité plurielle.

§2- *Le principe d'égalité appelant à une reconnaissance d'un principe de différence*

« Ô égalité ! Que de distinctions doivent être faites en ton nom ! En effet, l'application du principe d'égalité conduit à souligner l'existence d'un droit fondamental: le droit à la différence ! »¹⁹³⁰. Il est vrai qu'acceptée dans les faits, la différence tend à être de plus en plus institutionnalisée¹⁹³¹. La juridisation progressive, ou tout au moins implicite de la diversité ethnoculturelle telle que nous l'entendons, nous conduit à envisager cette appréhension juridique des différences et d'un droit à la différence. Elle implique également de mettre en perspective le « droit à la différence », à défaut de parler d'un « droit de la différence », avec le principe d'égalité pour mieux repenser le cadre national.

Les différences, et non la différence en tant que telle sont reconnues dans le droit étasunien tout autant que français (A). Ces différences se concilient difficilement avec le principe d'égalité si l'on considère l'égalité comme un moyen (B). Pour autant, l'égalité appréhendée comme une fin permet cette articulation (C).

¹⁹²⁹ RENAUT, A., « Les conditions d'un universalisme ouvert à la diversité », Sens Public, Revue électronique internationale, 2007/06, http://www.sens-public.org/article.php?id_article=455, Consulté le 01.10.2011.

¹⁹³⁰ LUCHAIRE, F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, 501p., p.264/ Paraphrase de Madame Roland, hégérie des Girondins pendant la Révolutions française: « O liberté ; que de crimes on commet en ton nom ».

¹⁹³¹ LOCHAK, D., « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET, A., et SOULIER, G., (Etudes réunies par), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, 287p., p.113.

A- Les différences et non la différence

Au-delà de la simple idée de quantité, parler au pluriel des différences ou au contraire au singulier de la différence ne renvoie pas aux mêmes acceptions¹⁹³².

Du latin *differencia*, le terme différence désigne le caractère qui distingue une chose ou un être d'un autre¹⁹³³. Si l'on opte pour la référence à *la* différence, on se situe sur le plan de l'altérité compris comme l'Autre, *l'alter*, auquel on est opposé, voire même *l'alienus*, avec qui on considère ne rien à avoir en commun. Dans cette dernière acception, l'autre incarne alors la différence dans ce qu'elle a d'irréductible. Toutes les caractéristiques qui lui sont attachées déterminent et fondamentalisent cette distance entre l'un et l'autre. Dans ce cadre, comme le mentionne D. Lochak, « la différence s'appréhende et s'apprécie par rapport à une norme, qui est la norme dominante »¹⁹³⁴. De ce fait, la différence ne peut s'envisager qu'en termes d'inégalité puisque la référence reste toujours la norme, par rapport à laquelle tout le reste est défini. On est différent « de », ce qui laisse la place à la hiérarchisation. Ainsi donc de manière implicite, on est « moins » ou « plus » que. Si l'on se trouve sur une base inégalitaire, on est par principe loin de l'universalité propre à la règle de droit.

L'analyse juridique française et/ou étasunienne entérine bel et bien cette idée. Selon celle-ci, la règle pourtant édictée en vertu du principe d'universalité, postulant un caractère général et impersonnel, est en fait culturellement marquée. C'est en effet un certain type d'individu qui s'est vu reconnaître l'intégralité des droits. C'est précisément par rapport à lui qu'ont été définies des exceptions et des avancées, tant dans la lutte contre les exclusions que dans la lutte contre les discriminations. L'*autre*, n'est pas forcément constamment rejeté. Il fut et est, au nom de la démocratie et de la lutte contre les discriminations, de plus en plus considéré, dans un esprit de tolérance et au nom de la liberté individuelle. Il est *autre* mais il a des droits, notamment le droit d'être *autre* pour peu que cela concorde avec le droit général ainsi que le droit de vivre *autre* dans un cadre défini.

Cette idée de la différence prévaut toujours en France et aux États-Unis. La condition des femmes en est un exemple criant, notamment l'obtention du droit de vote ou encore la

¹⁹³² Le postulat contenu dans le développement suivant est emprunté au texte de Danièle Lochak, *Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit*, op.cit.

¹⁹³³ DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, Paris, ANRT, 2003, 344p., p.3

¹⁹³⁴ *Ibid*, p.1.

possibilité d'accéder à la fonction publique¹⁹³⁵. Il existe bien, «une différence entre la reconnaissance *de* (certains) droits et l'égalité *des* droits »¹⁹³⁶.

Au contraire, la mention *des* différences implique une diversité intrinsèque. On ne se trouve plus dans une dialectique binaire quelque peu manichéenne, « je-nous / l'autre-les autres » mais au contraire dans une pluralité de possibilités de l'existence humaine et d'articulations entre celles-ci. En effet, la référence aux différences et non à la différence postule qu'il y a des hommes et des femmes, des personnes de telle ou telle culture, de différentes religions, etc. Qui plus est, elle pose comme principe que les individus ont plusieurs soi, une personne pouvant être femme, de telle couleur, de telle culture. Ainsi, s'attacher au terme *des* différences renvoie tout autant à la diversité des populations qui composent une société qu'à la pluralité des identités ou plus exactement des identifications de ces populations.

Dans un contexte normatif, la problématique est différente que celle susmentionnée pour la référence à *la* différence puisque l'on n'est plus dans une idée de tolérance corrélée à la liberté individuelle mais bien dans une dynamique d'égalité. L'égalité ainsi postulée ne réfute pas l'idée de liberté individuelle mais implique bel et bien que ces libertés soient les mêmes pour tous, garanties tout autant qu'exercées dans les mêmes conditions.

Donc il semble qu'une égalité basée sur l'intégralité des droits appelle à considérer *les* différences et non *la* différence. C'est ce que commande le principe d'universalité puisque « dans la tradition française des droits de l'homme, le chemin vers l'égalité passe par l'universalité de la règle de droit : l'universalité de la règle garantit le droit de tous les êtres humains d'être traités de façon identique par-delà leurs différences ; elle assure le « droit à l'indifférence ».

Ainsi parler des différences est à la fois un gage d'égalité dans une quête de principe universaliste entendu comme finalité et une garantie du droit à l'indifférence dans une démarche de l'universalité envisagée comme moyen et fin. Pour ces motifs, parler de droit à être différent nous semble plus approprié, et fait écho à la dimension plurielle des différences.

¹⁹³⁵ Ce droit a été dégagé en France par le conseil d'Etat, CE 1936, Demoiselle Bobard, « Cons. que, si les femmes ont l'aptitude légale aux emplois dépendant des administrations centrales des ministères », sous réserve toutefois des nécessités de service. C.E. Ass. 3 juill. 1936, Demoiselle BOBARD et autres, Rec. 721, D. 1937.3.38, concl. R. LATOURNERIE ; R.D.P. 1937.684, concl. R. LATOURNERIE.

¹⁹³⁶ En Italique dans le texte. LOCHAK, D., *Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit*, op. cit, p.3.

B- D'un « droit à la différence » vers un « droit de la différence »

Le droit à la différence se réfère à la fois à la protection des groupes ayant le qualificatif de minorités et au droit à des différences collectives. Ainsi, il renvoie à deux considérations possibles. D'une part, le droit à la différence peut être envisagé comme le droit pour un individu de se singulariser par rapport à la société globale, prétendument homogène. Le corollaire est alors la non-discrimination dont doit jouir cette personne, dans l'exercice de ses droits et libertés fondamentales, tout autant que dans l'accès aux services et aux biens. Dans ce cadre, il postule des droits individuels. Une seconde acception consiste à envisager le droit à la différence comme conférant aux membres du groupe des droits collectifs.

Nous tenterons de saisir ce concept de droit à la différence (1) avant d'envisager sa normativité (2).

1- D'un point de vue sémantique

La question du droit d'être différent ou droit à être différent semble renvoyer inexorablement aux divergences de la distinction entre « droit à » et « droit de », aux oppositions entre droits civils et droits économiques, entre droits créances et droit attribut ou l'opposition entre droits revendiqués et droits normatifs¹⁹³⁷, discussions doctrinales qui ne sont pas tranchées. Droit fondamental de l'Homme selon certains auteurs, le droit à la différence apparaît comme un droit sous-jacent aux principes énoncés dans les déclarations des droits de l'homme. En effet, il s'agit en définitive d'un droit pour un groupe, de cultiver et d'exprimer librement ses particularités. Pour N. Rouland, le droit à la différence concerne les minoritaires et le droit de la différence les minorités¹⁹³⁸. Ce dernier se présente à la mesure de ce qu'avance G Koubi comme « le droit à la libre construction de son identité et au choix de son mode de vie hors de toute uniformisation collective »¹⁹³⁹. Le droit à la différence apparaît alors comme un droit dynamique qui ne méconnaît pas pour autant les valeurs partagées par le plus grand nombre,

¹⁹³⁷ COHEN, D., « Le droit à... », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Paris, Dalloz, P.U.F., 1999, 868 p., pp.393 et s.

¹⁹³⁸ ROULAND, N., *Introduction historique au droit*, Paris, PUF., 1998, 722p., p.687.

¹⁹³⁹ KOUBI, G., « Droit des minorités dans la République française » in FENET, A., KOUBI, G., SCHLITZ-TENCKHOFF, I., et ANSBASCH, T., *Le droit des minorités, Analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 661p., p.198.

S'il reconnaît la différence, rattachée à celle d'identité, il s'inscrit toutefois dans un système normatif reposant sur le principe d'égalité. La difficulté d'une telle conception tient néanmoins à l'intangibilité des frontières de la différence. En effet, à considérer la différence comme une relation et non une caractéristique essentielle et immuable, le droit à la différence semble inopérant. Pour autant, il ne s'agit pas d'essentialiser la différence en tant que donnée mais d'institutionnaliser une relation qui en fait un critère. Cet élément d'appréciation rend alors le droit à la différence nécessaire et légitime.

Notons que dans le sens de ce que nous avons précédemment évoqué, il serait plus adéquat de parler du « droit aux différences », le pluriel permettant de s'extraire d'une essentialisation de l'altérité et donc, d'éviter d'opposer la différence à une norme qui serait celle relevant de la majorité¹⁹⁴⁰.

Le droit à la différence doit être distingué du droit de la différence. Pour D. Lochak étant donné que le premier contrevient à l'égalité entendue comme uniformité, le droit de la différence s'impose alors¹⁹⁴¹. Néanmoins, plutôt que de les opposer, il convient de les articuler dans le sens d'une gradation. En effet, le droit à la différence est donc un droit ouvert à tous. Envisagé individuellement ou collectivement, il se rattache à une subjectivité. Il exprime juridiquement le choix d'une personne ou d'un groupe de vivre sa particularité (linguistique, culturelle, etc.) tout autant que le cadre juridique permettant l'expression de ce choix: la non-discrimination et les mesures positives principalement. Le droit de la différence, s'il garantit le droit à être différent, va plus loin. Il désigne un ensemble de normes juridiques portant sur des situations dans lesquelles la différence est reconnue et protégée. Ce droit suppose par conséquent une orchestration juridique mesurée et *ad hoc* de la prise en compte de certaines différences, S'il existe et se développe, nous pourrions arguer qu'il repose à la fois sur un droit à la différence, un droit des minorités et un droit des peuples autochtones. Aussi, le droit de la différence implique l'émergence d'une nouvelle discipline, d'un nouveau corpus.

¹⁹⁴⁰ LOCHAK, D., « Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », op.cit., p..

¹⁹⁴¹ LOCHAK, D., « Les minorités et le droit public français: du refus des différences à la gestion des différences », in FENET, A., et SOULIER, G., (Etudes réunies), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, op.cit 31, p.113.

2-Du point de vue de la normativité du principe

Le droit à la différence est effectif dans les deux nations considérées. De même, comme nous l'avons montré au travers de plusieurs exemples, le droit gère certaines différences ce qui est un indicateur de la constitution empirique d'un droit de la différence.

Si l'on reprend les critères développés par le Pr. Rousseau, le passage d'une aspiration revendicative à un état normatif doit répondre à trois conditions¹⁹⁴² : la légitimité par la population et le cercle politique qui conduit à son appropriation; la non contradiction avec le système juridique dans lequel il tend à s'intégrer; et enfin l'arrimage des revendications au système normatif. Si le droit à la différence semble satisfaire à ses trois exigences, il nous faudrait spécifier que sa normativité apparaît plutôt réelle que formelle, selon la distinction envisagée par C. Varga¹⁹⁴³. Néanmoins, cette normativité doit conduire à envisager une définition juridique de ce droit à la différence.

De ce fait, nous reprendrons la définition proposée par B. Dubujadoux selon lequel il recouvre « le droit reconnu aux individus ou à une communauté d'individus de jouir d'une identité spécifique, et éventuellement de bénéficier, du fait de cette identité propre, d'un statut juridique spécifique (apparaissant parfois comme préférentiel) »¹⁹⁴⁴. L'objet d'un droit à la différence est donc de permettre à l'homme de détenir des droits qui garantissent sa propre identité. Il pourrait alors signifier le droit à un traitement juridique distinct, ou simplement une reconnaissance de la différence ou encore un système de protection spécifique pour un ou plusieurs aspects de la différence. Le traitement spécifique pourrait conduire à l'adoption de normes positives.

Dans la pratique, le droit à la différence existe donc en France et aux Etats-Unis puisque :
-l'aménagement du principe d'égalité est reconnu par les juges constitutionnels des deux Etats-nations, conduisant alors à un possible traitement spécifique des personnes en fonction de leur

¹⁹⁴² ROUSSEAU, D., « Les droits de l'Homme de la troisième génération », in A.F.C., *Droit constitutionnel et Droits de l'homme*, Rapport français au IIIème Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, 31 août-5 septembre 1987, Paris, Economica- P.U.A.M., 1987, pp 124 à 137.

¹⁹⁴³ VARGA, C., « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, 1973, t.18, p.231.

¹⁹⁴⁴ DUBUJADOUX, B, *Le droit à la différence en droit public français*, op.cit.

appartenances à des groupes définis sur des bases linguistiques, territoriales, culturelles, religieuses, socio-économiques, etc.

-la reconnaissance de la différence est partielle dans les deux contextes mais néanmoins remarquable. Les traitements spécifiques, les catégories dans le recensement américain, la reconnaissance du statut et/ou rôle de groupes dans l'histoire ou encore, mais de façon non exhaustive, la reconnaissance formelle d'interlocuteurs pour le gouvernement de représentants de communautés religieuses en sont des exemples.

-un système de protection spécifique est notable au moins à deux niveaux : le principe de non-discrimination dans les deux corpus juridiques et les mesures de discrimination positive qui par un système de réparation, véhicule une protection des personnes appartenant à certains groupes.

C- Différences et égalité formelle, une union a priori impossible

« Is Equality an empty idea? »¹⁹⁴⁵. Si l'on s'en tient à ce que nous venons de développer, principe d'égalité et des différences ne font bon ménage que si l'on accepte l'égalité comme un objectif, une finalité, en somme, un idéal à atteindre. Or dans la conception juridique classique, l'égalité est un moyen tout autant qu'une fin. En tant que moyen, il présuppose donc uniformité et universalité d'application. *A priori* donc, égalité comme moyen et différences ne peuvent s'articuler. C'est dans cette perspective que D. Lochak évoque le fait que la différence est à la fois proscrite et réprimée au nom de l'égalité¹⁹⁴⁶.

Proscrite, la différence n'a apparemment pas le droit de citer au regard du principe d'égalité. Les textes relatifs aux droits de l'homme en témoignent dans les deux contextes considérés. La DDHC mentionne bien que « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi »¹⁹⁴⁷. Cette idée découle du principe selon lequel « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit »¹⁹⁴⁸. Le *Bill of Right* de son côté, et plus particulièrement le 14^{ème} amendement, énonce dans sa section I l'existence de l'égalité

¹⁹⁴⁵ L'égalité est-elle une idé vide ? (Notre traduction). In DORF, M., C, MORRISON, T., W., *Constitutional law*, op.cit., p. 150.

¹⁹⁴⁶ LOCHAK, D., *Les minorités et le droit public français*, op.cit, p.112.

¹⁹⁴⁷ Article 7 DUDH.

¹⁹⁴⁸ Article 1^{er} DUDH: « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. »

protection de la loi¹⁹⁴⁹. Sur un plan jurisprudentiel, les juges ont promu le principe d'égalité au rang le plus élevé de la hiérarchie des normes. Ainsi, les juges français ont reconnu ce principe comme un principe fondamental régissant les relations publiques et privées. Le Conseil Constitutionnel en a fait un principe à valeur constitutionnelle qui impose le respect du législateur¹⁹⁵⁰. Opposable à l'administration tout autant qu'au législateur, le principe d'égalité, de plus, a été imposé aux personnes privées dans leurs relations contractuelles à travers l'interdiction des discriminations. La loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme ou encore les dispositions introduites depuis le 13 juillet 1983 dans le code du travail¹⁹⁵¹ en témoignent. Le Conseil d'État l'a érigé en principe général du droit applicable sans texte¹⁹⁵². Ainsi, l'administration, tant dans l'exercice de ses pouvoirs normatifs que dans les décisions individuelles qu'elle prend doit le respecter.

Toutefois, au regard des avancées juridiques observables dans les deux pays, on peut aisément postuler que le principe de non-discrimination tend à supplanter le principe d'égalité en ce sens que le traitement différent applicable aux situations différentes est envisagé et admis à condition que ces traitements différenciés ne soient pas illégitimes. Il est dans ce cadre proscrit d'opérer des distinctions arbitraires. Or cette nouvelle appréhension du principe d'égalité renforce la complexité de l'appréciation des situations et introduit une large part de subjectivité dans la détermination des situations. Ainsi, le juge doit analyser en premier lieu la situation des personnes ou des groupes c'est-à-dire le critère de distinction opéré pour justifier la différence de traitement. Il doit en second lieu considérer le domaine propre à cette différenciation. En dernier lieu, il apprécie cette différence de traitement elle-même et plus précisément son adéquation avec le but poursuivi¹⁹⁵³. La contingence de cette analyse n'est pas sans peser sur les conséquences d'une telle entreprise. En effet, rechercher l'adéquation entre spécificité de la norme et particularité de la situation en vient à figer les situations particulières. Ainsi, à travers cette reconnaissance du principe de non-discrimination, le droit recherche des différences de situations dont il peut tenir compte, scellant ainsi des différences, les reconnaissant, partant de là les légitimant et dans certains cas les institutionnalisant.

¹⁹⁴⁹ Voir *supra* p. 117. Voir Constitution des Etats-Unis, annexe n°2.

¹⁹⁵⁰ Le conseil constitutionnel a fait du principe d'égalité la première norme de référence du contrôle de constitutionnalité dans sa décision dite *Taxation d'office*, Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974.

¹⁹⁵¹ Voir les articles L. 122-35, L 122-45 ou encore L 123-1 et suivants du code du Travail.

¹⁹⁵² Principe d'égalité devant la loi en vertu de l'arrêt dz Conseil d'Etat Ass 7 février 1958, Synd. des propriétaires de forêts de chênes- lièges d'Algérie.

¹⁹⁵³ LOCHAK, D., *Les minorités et le droit public français*, op.cit, p.114-115.

Dans le contexte américain où les communautés sont institutionnalisées, tout au moins pour les principales, une telle entreprise ne présente pas un danger pour l'unité du corps social puisque son hétérogénéité est reconnue. Dans le cas français, la situation est toute autre puisqu'une telle évolution aboutit à reconnaître implicitement l'existence de groupes et plus précisément celle de minorités¹⁹⁵⁴.

Toutefois, le droit français joue un double jeu de reconnaissance des différences pour mieux parvenir à l'égalité réelle, et de dénégation des différences comme moyen de garantir l'égalité formelle, de moyen. En effet, aucune règle constitutionnelle, aucun principe constitutionnel ni même législatif n'oblige les autorités administratives ou même le législateur à anticiper des inégalités découlant d'une règle de droit uniforme. *A contrario*, ceux habilités à édicter des règles ont donc « le droit de faire abstraction des différences de fait entre les individus ou les groupes concernés par cette réglementation »¹⁹⁵⁵. Cette situation diffère grandement de la tendance internationale¹⁹⁵⁶ et européenne laquelle tend à prévoir sinon à favoriser l'introduction de dispositions préférentielles¹⁹⁵⁷.

Notons en outre que le domaine considéré a une grande importance. En effet, le droit français est extrêmement réticent à prendre en compte les différences dites substantielles, portant sur des éléments d'appartenance ethnique, culturel ou religieux que nous appréhendons sous le vocable généralisant d'ethnoculturel. Dans ce cadre, les différences de traitement fondées sur le sexe (« les femmes ») sur l'âge (« les jeunes ») ou encore sur un état physique (« les handicapés ») sont jugées plus acceptables que celles faisant référence à la couleur de peau, à l'origine nationale ou encore à l'appartenance « ethnique » des personnes. On retrouve ici la distinction opérée par la Cour Suprême lorsqu'elle applique une gradation du contrôle en fonction du critère de distinction considéré. Toutefois, les situations française et américaine

¹⁹⁵⁴ Idée développée à partir des écrits de LOCHAK, D., *Ibid*, p.115.

¹⁹⁵⁵ *Ibid*, p.116.

¹⁹⁵⁶ L'article 1^{er} al. 4 de la convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale énonce que « les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques (...) ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient ». La convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est similaire dans sa rédaction. Voir Article 4 al. 1. : « L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints. »Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979.

¹⁹⁵⁷ Nous reviendrons sur ces questions dans les développements relatifs à la discrimination positive.

diffèrent grandement puisque la France se refuse à reconnaître explicitement le concept de groupe ou de communauté. La préférence pour l'utilisation dans le vocabulaire juridique français du terme catégorie en témoigne. Comme le souligne D. Lochak, « les catégories ont quelque chose de conjoncturel, de volatil, d'instable et d'abstrait qui rassure ; les groupes ont à l'inverse une essence, une substance concrète, une permanence qui inquiètent »¹⁹⁵⁸.

Après avoir envisagé la question épineuse des différences et de l'égalité, nous verrons l'égalité appréhendée en tant que résultat à atteindre ce qui nous permettra de postuler de la conciliation de ce principe phare avec la reconnaissance des différences.

D- L'égalité comme résultat et sa conciliation avec la reconnaissance des différences

Si l'on veut parvenir à concilier le principe d'égalité avec la reconnaissance des différences, il faut avant tout se situer sur le plan théorique et appréhender l'égalité comme une finalité, un résultat à atteindre (1) et non un moyen au service d'une fin (2).

1- L'égalité moyen versus l'égalité finalité

Dans ce cadre, la prise en compte des particularismes, que ceux-ci s'expriment sur une base territoriale ou culturelle, peut être envisagée. Ce différentialisme prend néanmoins deux formes différentes selon qu'il traduit une adéquation aux particularismes dans un but de préservation ou bien une reconnaissance d'identités collectives. Dans le premier cas on peut, à l'instar d'O. Bui-Xuan¹⁹⁵⁹, parler de différentialisme « adaptateur ». Dans le second cas, il s'agit de différentialisme « reconnaissant », ce dernier s'inscrivant dans le cadre d'un droit à la différence. Ce droit à la différence n'est pas forcément antinomique avec la logique universaliste mais peut être au contraire envisagé comme une manifestation d'un droit à l'universel. En effet, le fait de différencier les personnes sur la base de critères géographiques ou identitaires établis et/ou revendiqués s'accommoderait de l'idée selon laquelle les êtres humains sont traités comme des égaux dans leurs revendications et partant de là, dans l'affirmation de leurs identités.

¹⁹⁵⁸ LOCHAK, D., *Les minorités et le droit public français*, op.cit, p.117.

¹⁹⁵⁹ BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p.20.

Le fait est que ce différentialisme ne fait pas obstacle à l'égalité envisagée comme résultat puisqu'au contraire il garantit cette égalité. Ce glissement dans l'interprétation du principe d'égalité, passant d'un moyen à un objectif, contribue à enrichir l'égalité d'une dimension sociale. En effet, l'égalité proclamée dans les deux contextes de référence est traditionnellement une égalité politique. Devenue finalité, elle peut revêtir un manteau politique, civil, mais aussi représenter une dimension sociale et économique, en dehors même des idéologies traditionnelles.

L'égalité comme finalité induit le différentialisme et effrite le concept universaliste traditionnel. En effet, faire passer la réduction des inégalités au plan du résultat et non plus comme une résultante d'un système implique que l'on prenne en compte les différences de situations entre les personnes pour mieux les estomper. Or, cela suppose aussi que l'on connaisse et partant de là reconnaisse de telles différences. Dans ce sens, O. Bui Xuan énonçait: « A une société morcelée doit correspondre un droit morcelé »¹⁹⁶⁰.

La segmentation du droit s'impose alors comme une condition pour garantir l'insertion de tous, en s'attachant de manière plus spécifique à des catégories laissées en marge de l'universalisme traditionnel plutôt que de favoriser l'intégration en tant que telle, laquelle suppose, comme nous l'avons dit, une démarche envers la société dans son ensemble. L'idée nouvelle est ici qu'il convient d'insérer les « plus faibles » dans la société afin de garantir son équilibre.

2- L'égalité des chances au service de l'égalité de résultat

Ainsi, dans cette optique, il faut concevoir l'égalité à la fois comme une égalité des chances et comme une égalité de résultats. La première se manifeste dans le cadre de politique de lutte contre les exclusions et traduit un différentialisme compensatoire¹⁹⁶¹. Les différenciations opérées le sont en effet entre des catégories de personnes qui se trouvent en situation d'inégalité du fait d'handicaps sociaux et/ou économiques. Le droit entend alors conférer des chances identiques à ces personnes afin que par le biais d'une justice redistributive elles puissent voir leur situation compensée. La seconde, l'égalité de résultat, s'insère quant à elle

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, p.30.

¹⁹⁶¹ Voir *supra* p. 369, 371 et 409-413.

dans une logique d'un différentialisme correcteur¹⁹⁶², établi dans le cadre de politiques de lutte contre les discriminations. Ainsi, il ne s'agit plus seulement de compenser les inégalités mais de les éradiquer par l'effacement des différences de traitement. Ainsi, il ne s'agit plus seulement de compenser les inégalités mais de les éradiquer par l'effacement des différences de traitement. Participant d'une justice réparatrice, la promotion de cette égalité de résultat se corrèle parfaitement avec l'égalité des chances, sachant que bien souvent les individus se trouvent confrontés à la fois à l'exclusion et à la discrimination¹⁹⁶³.

Toutefois, ces propos généraux reflétant le contexte de la France et des États-Unis ne doivent pas laisser penser à un parallélisme complet de situation. En effet, en France on assiste davantage à une superposition des systèmes plutôt qu'à leur substitution. Le système de redistribution français, qui est ouvert à tous, reste la base. Les politiques de lutte contre les inégalités, qu'elles se réalisent dans le cadre de la lutte contre l'exclusion ou de la lutte contre les discriminations ne sont là que pour renforcer ce dispositif. Leur finalité reste en effet l'homogénéisation du corps social et la concrétisation de l'universalisme, par d'autres moyens que ceux dits universels.

Par conséquent, il convient d'accepter que l'équité puisse primer sur l'égalité formelle, moyen pour mieux garantir l'effectivité de l'égalité-finalité. En effet, l'équité peut être définie comme « l'atténuation de la modification apportée au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières »¹⁹⁶⁴. Induisant une particularisation du droit tout autant qu'une concrétisation dans l'appréciation des situations, elle fait fléchir la généralité de la règle de droit et perturbe *a priori* le principe traditionnel d'universalisme. Dans ce sens, le déplacement de l'égalité entendue comme un moyen vers l'égalité finalité, justifie le droit à la différence et participe à la construction d'un droit de la différence.

La gestion pragmatique de la diversité ethnoculturelle heurte les principes républicains d'universalité et d'égalité. Toutefois, cette confrontation n'aboutit pas à une remise en cause de ces derniers car si l'on relève bien une certaine fermeté des principes on note aussi une

¹⁹⁶² Voir *supra* p. 369, 371, 413, 414, 428.

¹⁹⁶³ L'exclusion est un processus social de rejet. Il se distingue de la discrimination qui est, à la fois un processus de distinction et sélection, et une notion juridique appréhendée comme le résultat d'un processus sélectif saisi par le droit. Sur la discrimination voir les développements antérieurs, *supra* p. 397-400.

¹⁹⁶⁴ CORNU, G., *Équité*, sens 3, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2000, cité dans BUI- XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op.cit., p.23.

indéniable souplesse dans leur application. Il s'agit alors d'un déplacement plutôt qu'un dépassement. Ainsi, la prise en compte des différences dans les deux espaces nationaux confère-t-elle la possibilité de transcendance des différences? Dans ce cadre, le droit à la différence tend à s'imposer dans l'ordre juridique français alors même qu'il est une caractéristique du droit américain, essentiellement depuis les années 60. Toutefois, ce « droit au particularisme »¹⁹⁶⁵ nous invite alors à questionner le positionnement constitutionnel de la France et des Etats-Unis. Les hésitations entre droit de l'indifférence et droit de la différence conduisent à des évolutions juridiques différentes dans les deux systèmes considérés.

¹⁹⁶⁵ BRAIBANT, G., « Débat », *in* Conseil constitutionnel, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF., coll. « Recherches politiques », 1989, p.120.

Section 2- Un jeu entre droit à l'indifférence et droit à la différence

Comme nous venons de l'esquisser, la prise en compte des différences est de plus en plus flagrante dans les deux nations envisagées. Or, il convient de se demander si une telle évolution s'accommode d'un principe d'indifférence, si tant est toutefois que ce principe existe au-delà de sa simple énonciation. Pourtant, loin de s'opposer, le droit à la différence et le droit à l'indifférence sont deux facettes d'une même réalité. En effet, c'est bien parce que nous avons un droit à être différent que nous avons aussi celui d'être traité indifféremment, d'une part indifféremment de nos appartenances, d'autre part indifféremment afin de garantir, en dépit des reconnaissances objectives des différences, un socle universel. Pour autant, le choix que fait une nation pour privilégier l'une ou l'autre option ne s'avère guère aisé, pas plus qu'anodin. En effet, les principes et les droits sont dans les faits hiérarchisés afin de donner une certaine identité à la société¹⁹⁶⁶.

Ainsi, la question d'un principe d'indifférence en tant que principe constitutionnel du droit français tout autant qu'américain mérite d'être posée. La problématique de l'existence d'une norme de l'indifférence (ou *color-blindness*) et de sa reconnaissance constitutionnelle se pose dans les deux contextes nationaux, certes dans des termes quelque peu différents mais avec des convergences certaines. Il est alors intéressant de constater que l'évolution des deux pays est croisée en ce sens que la France, pays traditionnellement et constitutionnellement aveugle aux différences, évolue en nuancant ce principe séculaire (§1). A l'inverse, une telle norme n'existe pas dans la lettre de la Constitution des États-Unis. Si elle n'est à l'heure actuelle que suggérée par les juges de la Cour Suprême, elle tend à s'imposer insidieusement dans l'environnement juridique américain (§2).

§1- En France une mutation du droit à l'indifférence à un droit à la différence

En France, le droit à l'indifférence n'est pas posé en tant que tel comme un principe fondamental de la République. Pour autant, il s'impose à travers les différents principes

¹⁹⁶⁶ Sur la hiérarchie des normes, voir DE BECHILLON, D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, 577 p.

constitutionnels. Toutefois, on observe une mutation significative de ce droit à l'indifférence au nom de ces mêmes principes républicains, non pas réinterprétés mais plutôt envisagés comme des objectifs constitutionnels (A). Ainsi, le droit français admet et développe un système du droit à la différence (B)

A- Le droit à l'indifférence, un principe constitutionnel sous-jacent

Le principe constitutionnel du droit à l'indifférence n'est pas formulé dans la Constitution. Pour autant, le principe de l'indivisibilité hérité de la Révolution française ainsi que celui de l'universalité et de la laïcité sont eux expressément posés comme en témoigne l'article 1^{er} de la Constitution. De ce fait, on peut postuler que l'unité du peuple français, l'indivisibilité du territoire, l'universalité des droits et le caractère laïc de l'État constituent les quatre piliers d'un droit à l'indifférence.

Le principe révolutionnaire d'indivisibilité et son corollaire, le principe d'unité, sont englobant puisqu'ils se réfèrent à la fois au territoire, au peuple, au corps électoral¹⁹⁶⁷ mais également au pouvoir normatif ou encore à la langue. Ils postulent en effet que, selon la tradition jacobine, il ne peut y avoir de fédéralisme ni même de corps intermédiaires. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 avril 1996, *Autonomie de la Polynésie française I*, rappelle en outre qu' « il ne peut y avoir de différenciations territoriales dans les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques »¹⁹⁶⁸.

L'indivisibilité du pouvoir normatif pour les entités décentralisées a longtemps primé jusqu'à ce qu'intervienne l'accord sur la Nouvelle Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1986 et à Matignon en 1988¹⁹⁶⁹. Notons que ce principe historique ne faisait pas obstacle aux régimes particuliers puisqu'il s'agissait de garantir une unité dans le pouvoir normatif et non dans l'application des normes¹⁹⁷⁰. L'innovation de l'accord de 1998 réside bien dans le fait que pour la première fois « des normes de valeurs législative n'émaneront pas des représentants de

¹⁹⁶⁷ CC, Décision n° 82-146, DC, « *Quotas par sexe* ».

¹⁹⁶⁸ ROULAND, N., *Le droit français devient-il multiculturel ?*, Droit et Société 46-2000, p.519-545, p.526

¹⁹⁶⁹ Voir *supra* pp. 205, 374-375.

¹⁹⁷⁰ Ainsi par exemple des régimes particuliers existent au niveau territorial pour les départements et les territoires d'Outre-mer, pour l'Alsace et la Lorraine mais aussi pour la Corse.

la volonté générale mais d'une assemblée infranationale »¹⁹⁷¹. En effet, les délibérations du Congrès de Nouvelle Calédonie auront force de loi et ne pourront être contestées avant leur publication que devant le Conseil Constitutionnel lui-même. Cette mutation du droit français va être suivie par la Polynésie. La révision constitutionnelle du 25 juin 1992¹⁹⁷², qui a permis l'ajout à l'article 2 de la Constitution de la disposition selon laquelle le français est la langue de la République, a poussé le juge constitutionnel à bannir l'usage d'une langue régionale dans le cadre des services publics¹⁹⁷³.

L'universalité, autre pilier d'un droit à l'indifférence, s'ancre dans une conception de l'homogénéité du corps social et postule une égalité des droits garantis tout à la fois par l'article 1^{er} de la DDHC de 1789, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et par l'article 2, alinéa 1 de la Constitution de 1958.

Enfin, la laïcité, comme nous avons eu l'occasion de le voir, à travers sa référence à la neutralité des autorités publiques, traduit l'idée d'indifférence du droit. Le droit, doit notamment dans le cadre de la laïcité, adopter une position volontariste, mais tout à la fois d'indifférence à l'égard des différentes religions entendues comme l'impossibilité d'en privilégier une par rapport à l'autre.

Ce bref exposé nous conforte dans l'idée que bien que non proclamé de façon explicite, le droit à l'indifférence découle de principes constitutionnels énoncés et constamment réaffirmés.

B- Des différenciations en droit et en fait contournant la référence aux différences

En dépit de la composante du droit à l'indifférence et du « *color blindness* du modèle français »¹⁹⁷⁴, il convient de souligner que le droit français s'achemine vers une gestion pragmatique et empirique des différences. Celle-ci a conduit à institutionnaliser des

¹⁹⁷¹ FABERON, J.-Y., « *L'accord de Nouméa du 21 avril 1998: la Nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée* », Regards sur l'actualité, mai 1998, p.25 cité dans ROULAND, N., *Le droit français devient-il multiculturel ?*, op.cit, p.528

¹⁹⁷² Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992.

¹⁹⁷³ CC., Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Voir *supra* p. 318, 321 et 373.

¹⁹⁷⁴ Terme emprunté à CALVES, G., 2002, op.cit. p.177

différences dans de nombreux domaines, s'acheminant ainsi vers une logique « *color conscious* »¹⁹⁷⁵.

Ces avancées juridiques et jurisprudentielles en faveur de cette prise en compte semblent attester de l'existence d'un droit de la différence même s'il continue à être nié. Plusieurs exemples en témoignent: l'adoption de la réglementation sur l'abattage rituel; le fait que la Cour de Cassation apprécie la qualité de la viande Cacher au regard de critères culturels spécifiques; la reconnaissance de la validité juridique des mariages polygames des personnes venues s'installer en France¹⁹⁷⁶; ou encore, la reconnaissance de la licéité des « foulards islamiques » sous certaines conditions¹⁹⁷⁷.

D'un point de vue territorial, la Constitution de 1958 a conduit à une reconnaissance de la différence sur une base territoriale qui est venue se rajouter à la différenciation déjà opérée dans le cas de l'Alsace et la Lorraine. En effet, la constitution de 1958 reconnaît aux territoires d'Outre-mer le droit à une organisation particulière qui tient compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République. Les départements d'Outre-mer, bien que considérés comme départements, peuvent faire l'objet de mesures « d'adaptation nécessitées par leur situation particulière. Enfin, la Corse s'est vue dotée d'un statut « *sui generis* » en vertu de l'article 72 de la Constitution¹⁹⁷⁸. En outre, sans reconnaître la catégorie juridique d'autochtone, le droit français distingue néanmoins dans les territoires d'Outre-mer les personnes disposant d'un statut local et celles relevant du statut de droit commun

Toutefois, si le droit français se réfère de plus en plus aux différences, il se refuse à les institutionnaliser systématiquement c'est-à-dire à créer des entités juridiques collectives. C'est dans ce cadre que se pose la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991¹⁹⁷⁹ qui reconnaît que les valeurs culturelles corses peuvent être mises en reliefs, que leurs spécificités

¹⁹⁷⁵ Prise en compte de la couleur de peau (Notre traduction).

¹⁹⁷⁶ C.E., arrêt *Montcho* du 11 juillet 1980.

¹⁹⁷⁷ C.E., arrêt *Kherouaa* du 2 novembre 1992. *RFDA* 1993, p.112, concl. D. KESSLER; *AJDA* 1992, p. 833 chron. MAUGÜE, C., SCHWARTZ, R, TOULEMONDE, B., « Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école: la fin des interrogations ? », *AJDA*, 2005, p. 2044.

¹⁹⁷⁸ La loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse.

¹⁹⁷⁹ C.C., Décision 91-290 DC du 9 mai 1991, Statut de la Corse. Dans cette décision le Juge constitutionnel n'a invalidé qu'une partie des dispositions de la loi, dont celle faisant référence au « peuple corse » au motif de l'indivisibilité du peuple français et du refus de toute discrimination entre les citoyens français étant entendu que le peuple français est un principe à valeur constitutionnelle. Pour autant cette décision ne réfute pas l'idée de diversité territoriale, contrevenant ainsi à sa jurisprudence antérieure à travers laquelle le Juge constitutionnel exigé une « identité institutionnelle des collectivités territoriales autres que les TOM ». Voir FAVOREU, L., PHILIP, L., *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 16^{ème} éd., op.cit., pp. 240-248. Voir Décision du C.C. du 9 mai 1991 « Statut de la Corse », Voir également Annexe n° 14.

puissent être garanties mais qui refuse pour autant que l'on reconnaisse juridiquement un peuple corse, c'est-à-dire que l'on crée une entité juridique collective, à côté du peuple français. Dans ce cadre, le juge constitutionnel invalide la notion de peuple corse tout en maintenant les spécificités liées au statut corse¹⁹⁸⁰. Il existe de ce fait un véritable *hiatus* entre d'une part la reconnaissance des valeurs ainsi que la spécificité d'un groupe donné, en l'occurrence sur un territoire donné, la Corse, et d'autre part, l'existence juridique collective de ce groupe sur ce territoire. Les différences entre des collectivités d'individus ne sont donc pas niées mais elles ne sont pas institutionnalisées dans le cadre d'un espace public neutre. Les contre-exemples que constituent les statuts *sui generis* de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie Française doivent s'analyser au regard de leur situation géographique périphérique d'une part, de leur « filiation particulière de l'ancien empire colonial français »¹⁹⁸¹ d'autre part. Ils s'apprécient également au regard du caractère ethnique et culturel particulièrement marqué de ces territoires.

En outre, le droit communautaire pousse à cette mutation du système français vers une reconnaissance des différences. Il invite le droit national à une dénégaration du principe à l'indifférence et au rejet du principe de *color-blindness*. Toutefois, on en reste au stade de l'invitation voire même de l'incitation puisqu'il ne s'agit pas d'une injonction à la répudiation d'un tel principe. Les États restent libres de mettre en œuvre les recommandations européennes. Toutefois, l'action communautaire qui se base de plus en plus sur le *monitoring*¹⁹⁸² et le *mainstreaming*¹⁹⁸³ en matière de lutte contre les discriminations conduit irrémédiablement à une prise en compte des catégories, et particulièrement de celles fondées sur la race ou l'origine ethnique. Si ces mesures ne sont que de la *soft Law*¹⁹⁸⁴, elles n'en demeurent pas moins incitatives et revêtent un caractère prospectif indéniable. En outre, elles pourraient s'imposer en tant que norme coutumière du droit européen.

A travers la notion d'équité sous tendant l'idée d'égalité réelle, on semble assister à la mutation d'un droit de l'indifférence à un droit de-à la différence. L'universalisme traditionnel qui commandait un droit à l'indifférence peut, pour parvenir à ses fins tolérer des approches particularistes. Au-delà de cet aspect, la prise en compte progressive des

¹⁹⁸⁰ La Corse est en fait plus proche d'un TOM que d'une région classique.

¹⁹⁸¹ ROULAND, N., *Le droit français devient-il multiculturel ?*, op.cit., p.529.

¹⁹⁸² Le terme *monitoring* s'étend davantage comme l'idée de pilotage plutôt que de suivi. (Notre traduction).

¹⁹⁸³ Approche intégrée. (Notre traduction).

¹⁹⁸⁴ Droit « mou » (Traduction). Pour une définition voir *Infra* p. 519 et s.

différences, leur reconnaissance et institutionnalisation, a généré l'organisation d'un droit de la différence.

§2- Aux Etats-Unis, les hésitations entre une conception *color-boundaries* ou *color-blindness*

« *There is no caste here. Our constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among citizens* »¹⁹⁸⁵. En dépit de ce principe d' « anti-subordination »¹⁹⁸⁶, aux États-Unis comme en France, le principe de *color-blindness* n'est pas posé en tant que tel par la Constitution (A). La jurisprudence elle-même, par le canal de la reconnaissance de la différence, semble avoir relégué cette idée d'aveuglement aux différences (B). Néanmoins, l'analyse des décisions de ces dernières années dénotent que l'on s'achemine vers la reconnaissance constitutionnelle d'un tel principe (C) même si ce processus est encore largement inachevé (D).

A-Le semi-silence constitutionnel et l'interprétation jurisprudentielle *color-boundaries*

La constitution des États-Unis ne postule à aucun moment l'idée de *color-blindness*. Comme nous l'avons déjà évoqué, le texte constitutionnel ne fait pas référence à la couleur de peau des individus composant sa population ni même au terme *race*. La proposition d'inscrire un article prohibant expressément les discriminations en raison de la race ou de la couleur de peau n'a pas trouvé d'écho¹⁹⁸⁷, privant la constitution américaine d'un article équivalent au fameux article 1^{er} de la constitution française de 1958. Ainsi, seuls les statuts sont explicitement mentionnés dans la constitution, sous-tendant une logique universaliste. Pour autant, la référence aux statuts s'est rapidement trouvée corrélée à la couleur de peau,

¹⁹⁸⁵ Opinion dissidente du juge John Marshall Harlan dans la décision *Plessy v. Ferguson*, op.cit, Voir *supra* p.118.

¹⁹⁸⁶ DORF, M., C., MORISON, T., W, *Constitutional law*, Op.cit., p.134.

¹⁹⁸⁷ Discours un discours de Wendell Phillips prononcé au Cooper Institute de New York, le 22 décembre 1863, *Congressional Globe*, 39e Congrès, 1ère session 10 (1865), p. 10. Voir Kull, 1992, p. 56.

annonçant une logique différentialiste implicite¹⁹⁸⁸. A titre d'exemple, le recensement de 1790 a d'ailleurs couplé la logique statutaire et raciale en différenciant les « *free white males* » et les « *free white females* »¹⁹⁸⁹.

L'arrêt *Dred Scott v. Sandford*¹⁹⁹⁰ va constituer un premier pas dans la prise en compte de la couleur de peau comme facteur de différenciation et va ainsi générer l'idée d'une Constitution *color-boundaries*. Opérant un véritable tournant dans la construction constitutionnelle des Etats-Unis, la Cour, alors qu'elle était saisie pour se prononcer sur le maintien ou non en servitude de Dred Scott, va estimer que le plaignant ne pouvait pas être considéré, en raison de son origine africaine, comme un citoyen américain. Par conséquent, sa requête fut jugée irrecevable. Le plaignant se voyait ainsi dans l'impossibilité de saisir la Cour Suprême au même titre que toute autre juridiction fédérale du fait de sa couleur de peau. Cette décision se fondait sur les « intentions premières du constituant » lesquelles auraient semble-t-il exclues de la citoyenneté les personnes noires. Or, le juge Curtis dans son opinion dissidente mentionne au contraire que les personnes noires étaient bel et bien considérées comme des citoyens au moment de la rédaction de la Constitution du fait qu'ils disposaient du droit de vote dans la plupart des Etats Américains¹⁹⁹¹ et qu'ils ont par conséquent pris part à sa ratification. En outre, comme le mentionne D. Sabbagh¹⁹⁹², l'interprétation de la Cour, outre le fait de méconnaître des circonstances historiques¹⁹⁹³, fige la question de la citoyenneté qui n'est pas définie. Par son argumentaire, la Cour a ainsi eu pour objectif de sceller une situation de domination raciale.

Quoi qu'il en soit, par cette décision, la Cour Suprême, en recherchant dans l'intention du constituant, fait de la Constitution un texte fondamental sensible aux différences. La différenciation est perçue comme constitutionnelle et justifie une différence au niveau des droits.

B- La constitutionnalisation du principe d'égalité légitimant la reconnaissance de la différence

¹⁹⁸⁸ Voir *supra* pp. 257-260.

¹⁹⁸⁹ Les homes blancs libres; les femmes blanches libres. (Notre traduction).

¹⁹⁹⁰ C.S., *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How) 393 (1857). Op.cit., voir *supra* p.119, p. 207.

¹⁹⁹¹ Seuls la Géorgie et la Caroline du Sud les avaient privés d'un tel droit

¹⁹⁹² SABBAGH, D., *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, op. cit., p.132.

¹⁹⁹³ Rappelons que les personnes noires placée dans une situation de servitude n'avait pas droit de cité dans la sphère civilo-politique. Voir les développements *supra* pp. 146-148.

Les métamorphoses constitutionnelles induites par le vote des amendements 13, 14 et 15 conduisent à une constitutionnalisation du principe d'égalité. Tel que précédemment évoqué, le 14^{ème} amendement dans son article premier pose deux principes fondamentaux : une égalité constitutionnelle fédérale ainsi qu'une suprématie des droits du citoyen obligeant leur respect par les Etats Fédérés. Cette dernière innovation revêt une importance particulière dans la mesure où l'arrêt *Barron v. Baltimore*¹⁹⁹⁴ énonçait que les personnes ne pouvaient se prévaloir du *Bill of Rights* de 1791 lorsqu'elles s'estimaient victimes de violations de droits par les Etats fédérés, en se fondant sur le 15^{ème} amendement.

Le fait de prôner l'égalité protection des lois aurait pu laisser envisager une condamnation de la prise en compte des catégories raciales. Pour autant, il n'en est rien tant du point de vue de l'intention du constituant que de l'évolution jurisprudentielle postérieure. En effet, à la lecture d'un certain nombre de décisions et notamment celle de la Cour Suprême du Massachusetts *Roberts v. City of Boston*¹⁹⁹⁵, pourtant antérieure au 14^{ème} amendement, on comprend que le principe d'égalité devant la loi n'est pas synonyme de traitement identique de la part des pouvoirs publics. « Il signifie seulement que les droits de chacun, tels qu'ils sont établis et réglementés par la loi, peuvent également prétendre à la considération et à la protection paternelle du droit, pour garantir leur pérennité et leur sûreté »¹⁹⁹⁶. Dans cette décision, la Cour pose en effet le principe de « *separate but equal* » et entérine la ségrégation dans les écoles publiques.

Il convient de noter que la préférence pour le terme égale protection des lois a permis de contourner une lettre plus explicite, tendant à prohiber formellement des discriminations fondées sur la race ou la couleur de peau. Cette formule « moins audacieuse et plus flexible »¹⁹⁹⁷ évitait une remise en cause fondamentale des politiques publiques en vigueur et conférait aux juges un pouvoir démesurément important, aux confins entre opportunisme politique et raison juridique. Ainsi, durant la période de reconstruction civile, des programmes

¹⁹⁹⁴ C.S. *Barron v. Mayor of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 32 (1833).

¹⁹⁹⁵ Cour Suprême du Massachusetts, *Roberts v. City of Boston*,

¹⁹⁹⁶ ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op.cit., Développement 15- *Plessy v. Ferguson*, p. 303. Voir *infra* p.117.

¹⁹⁹⁷ SABBAGH, D., « Discrimination positive et déségrégation, ... », op.cit, p.88.

sociaux ont été mis en place dont les bénéficiaires étaient exclusivement des noirs, entérinant une position « *race conscious* » cohabitant avec les dispositions du 14^{ème} amendement¹⁹⁹⁸.

Le 15^{ème} amendement dans son article 1^{er} évoque le fait que « le droit de vote des citoyens des Etats-Unis ne sera refusé ou limité par les Etats-Unis, ou par aucun autre Etat, pour des raisons de race, de couleur ou de condition antérieure de servitude ». Il fut adopté dans le but de conférer aux noirs le droit de vote. Cet amendement ayant été ratifié le 30 mars 1870 soit presque deux ans après le 14^{ème} amendement démontre le « découplage opéré antérieurement par le constituant de 1868 entre les droits « politiques » alors délibérément écartés, et les droits « civils » visés par la clause d'égalité de protection des lois, découplage en l'absence duquel la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de révision constitutionnelle n'aurait eu aucune raison d'être »¹⁹⁹⁹.

L'idée selon laquelle le principe d'égalité de protection de la loi n'est pas une norme de *color-blindness* s'est confirmé avec l'arrêt *Plessy v. Ferguson*²⁰⁰⁰ qui prônait le principe de « *Separate but equal* ». En effet, la cour qui avait à connaître du caractère constitutionnel ou non de l'obligation des blancs et des noirs de voyager isolément, a décidé que la législation ségrégationniste n'était pas en soi inégalitaire à partir du moment où les conditions de confort entre les deux catégories sont équivalentes. Le juge Brown, porteur de l'opinion majoritaire argue même du fait que la ségrégation n'infériorise la personne noire que par le fait d'une libre interprétation subjective des personnes noires elles-mêmes. De fait, l'arrêt *Plessy v. Ferguson* pose avec force le principe selon lequel les classifications raciales se situent au même plan que les autres classifications législatives, lesquelles sont acceptables du moment qu'elles revêtent un caractère raisonnable. Par conséquent, l'égalité prônée par le 14^{ème} amendement à savoir l'égalité civile, qui avait déjà été dissociée de l'égalité politique se trouve à présent détachée de l'égalité sociale « qui serait seule mise à mal par l'existence de pratiques ségrégationnistes dans le domaine de l'éducation, du logement ou des transports publics et demeurerait hors de portée de l'injonction constitutionnelle »²⁰⁰¹. Est ainsi entérinée juridiquement la prégnance de l'identité raciale comme mode de fonctionnement de la société.

¹⁹⁹⁸ DORF, M., C., MORISON, T., W, *Constitutional law*, Op. cit, pp.134-135. Voir aussi SCHNAPPER, E., « Affirmative action an the legislative history of the fourteenth amendements », 71 Va. Law Review., 1985, pp. 753-754.

¹⁹⁹⁹ SABBAGH, D., *L'Égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, op. cit., p.136.

²⁰⁰⁰ C.S. *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896). Voir notamment *supra* p.118 et p. 208. Voir également Annexe n°16 et 17.

²⁰⁰¹ SABBAGH, D., *L'Égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, op. cit., p.143.

Dans ce contexte, on peut parler de véritable perversion jurisprudentielle du principe d'égalité qui aboutit à une cristallisation du racisme lequel se présente comme une véritable idéologie institutionnelle et systémique. L'infériorité des noirs, fondement de leur relégation politique, économique et sociale depuis la formation des Etats-Unis, se trouve en quelque sorte confirmée.

Il a fallu attendre le *New Deal* et l'affirmation de l'Etat fédéral en tant qu'acteur du changement social pour assister à la reconnaissance de l'égalité sociale des citoyens et à une remise en cause progressive du principe du *color-boundaries*.

C- Une évolution jurisprudentielle prudente vers la reconnaissance d'un principe constitutionnel de color-blindness

La reconnaissance progressive et partielle d'un principe de *color-blindness* est consubstantielle à l'entreprise lente mais effective de délégitimation de l'idéologie raciste. Cette évolution jurisprudentielle s'effectue en trois grandes étapes²⁰⁰².

D'abord, et comme nous l'avons déjà souligné, l'opinion dissidente du juge Harlan dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson* constitue un premier pas dans la contestation d'une constitution *color-boundaries*. Par ses propos on ne peut plus explicites « (...) Les castes sont ici inconnues. Notre Constitution est aveugle à la couleur de la peau (...) »²⁰⁰³, ce juriste ouvre une nouvelle ère juridique. Bien que n'étant pas favorable à l'égalité sociale entre les races blanche et la noire, le juge Harlan entendait assurer l'équilibre des pouvoirs tout autant que garantir une certaine stabilité dans les relations interraciales. En effet, son argumentation qui, soulignons-le une fois de plus, n'avait pas pour but de promouvoir l'égalité des races mais plutôt de garantir la sécurité, s'effectue en trois temps. Il part du principe que si l'établissement de distinctions raciales par les organes législatifs n'est pas en lui-même inconstitutionnel, le juge ne pourra pas connaître du caractère raisonnable de telles qualifications étant donné qu'elles relèvent de l'opportunité politique, ce que ne peut connaître la Cour Suprême. Or, dit Harlan, les classifications raciales en question dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson* doivent impérativement être invalidées, du seul fait des risques qu'elles

²⁰⁰² Les développements suivant sont largement inspirés des travaux de D. SABBAGH, *Ibid.*, p.161-184.

²⁰⁰³ Voir notamment *supra* p.118 et p. 208. Voir également Annexe n°16 et 17.

font peser sur l'état des relations inter-raciales. Par conséquent, la seule option pour la Cour est de déclarer la constitution aveugle aux différences, prohibant ainsi toute classification raciale et permettant alors d'annuler une disposition législative se basant sur de telles distinctions.

La deuxième étape marquante dans l'élaboration d'une norme constitutionnelle de *color-blindness* prend sa source dans la différenciation établie par la Cour relative au type de contrôle de constitutionnalité des lois au regard de la clause d'égalité de protection du 14^{me} amendement. En effet, la Cour avait l'habitude de n'effectuer qu'un contrôle relativement souple visant à établir un rapport entre l'objectif poursuivi par la puissance publique et la différence de traitement entre les personnes, posant de fait une « présomption de constitutionnalité systématique et quasi irréfragable »²⁰⁰⁴. Or, l'arrêt *United-States v. Carolene Products Co.*²⁰⁰⁵, et plus précisément la note 4 rédigée par le Juge Harlan Stone préconisait d'effectuer un contrôle plus minutieux et plus astreignant pour les lois qui concernent les minorités religieuses, nationales et raciales. Cette position se trouvait justifiée par le caractère particulièrement précaire des minorités dites « isolées et distinctement identifiables » qui doivent se voir garantir une protection particulière.

Cette orientation sera reprise dans l'arrêt *Hirabayashi v. United States*²⁰⁰⁶ lequel pose que les classifications raciales étaient « dénuées de pertinence dans la majorité des cas », et que « les distinctions établies entre les citoyens à raison de leur seule ascendance sont par nature détestables ». Mais c'est l'arrêt *Korematsu v. United States*²⁰⁰⁷ qui énonce le principe de l'application d'un contrôle juridictionnel strict aux classifications raciales. Considérant en effet que de telles classifications sont suspectes, la Cour pose l'exigence du caractère véritablement indispensable à la réalisation d'objectifs gouvernementaux à valeur impérative. Ainsi, par cette jurisprudence, on assiste à un certain infléchissement de la pertinence et de la légitimité des classifications raciales.

Enfin, dix années plus tard, avec l'arrêt *Brown of Education of Topeka*²⁰⁰⁸ de 1954 la Cour marque une avancée certaine en démantelant la ségrégation raciale dans le domaine scolaire

²⁰⁰⁴ CALVES, G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême*, op.cit., p.291.

²⁰⁰⁵ C.S. *United States v. Caroline Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Op.cit.

²⁰⁰⁶ C.S. *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943). Op.cit.

²⁰⁰⁷ C.S. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Op.cit. Voir notamment *supra* p.183

²⁰⁰⁸ C.S. *Brown of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Voir notamment *supra* p. 209. Voir également Annexe n°19.

sans pour autant reconnaître explicitement l'existence d'une norme constitutionnelle de *color-blindness*. Déjà de nombreux argumentaires lors d'affaires antérieures²⁰⁰⁹ appelaient à ce que soit considéré comme un droit fondamental des citoyens le fait que ni la race ni la couleur de peau ne puissent être pris en considération par les pouvoirs publics. L'arrêt *Brown of Education of Topeka* va en effet reconnaître que la ségrégation raciale scolaire constitue une source d'inégalité entre les blancs et les noirs, néfaste pour le développement des personnes infériorisées et va donc considérer que cette mesure légale constitue une violation du 14^{ème} amendement et de la clause *d'equal protection*. La position de la Cour, portée par le Juge Warren, se fonde essentiellement sur des considérations sociologiques et politiques et accompagne le processus de lutte contre les discriminations. En effet, la ségrégation apparaissait de plus en plus socialement illégitime en ce sens qu'elle perpétuait la stigmatisation des noirs et leur subordination à un système qui entendait se protéger d'eux. Rompant avec un certain formalisme, la Cour met également fin à une indéniable hypocrisie argumentaire qui avait refusé dans ce domaine d'appréhender les éléments sous un angle de la sociologie politique pour ne se référer qu'au droit stricto sensu alors même qu'elle y avait déjà eu recours de manière plus ou moins explicite dans d'autres domaines. Cependant, comme le souligne D. Sabbagh, l'arrêt de la cour traduit un « double processus de contextualisation -historique et sectoriel »²⁰¹⁰ dans le but d'en relativiser la portée et de limiter l'effectivité d'une norme d'application générale de *color-blindness*. En outre, la portée immédiate de la décision rendue est réduite par le fait que plusieurs dispositions font référence à la difficulté de son application et à la nécessaire tolérance quant au délai de sa mise en œuvre.

Cette frilosité apparente de la décision est en décalage avec les arrêts *per curiam* rendus par la Cour les mois et les années suivants²⁰¹¹. Ces derniers ont en effet annulé des lois des Etats du Sud, déclarant inconstitutionnelle la ségrégation dans les théâtres²⁰¹² puis dans les lieux publics tels que les parcs²⁰¹³, les logements municipaux²⁰¹⁴, les terrains de golf²⁰¹⁵, les plages²⁰¹⁶, les autobus²⁰¹⁷, les stades²⁰¹⁸, les restaurants d'aéroport²⁰¹⁹ et les salles de

²⁰⁰⁹ Par exemple, lors de l'affaire *Briggs v. Elliott*. Voir SABBAGH, D., *L'Égalité par le droit: les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, op. cit., p. 168-171.

²⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 175.

²⁰¹¹ Au nom de la cour. Les décisions rendues *per curiam* désignent les décisions qui ne sont pas moivées ou seulement de manière brève, lorsqu'elles sont prises sur une affaire ne faisant pas précédent.

²⁰¹² C.S., *Muir v. Louisville Park Theatrical Association*, 347 US 971 (1954).

²⁰¹³ C.S., *Holcombe v. Beal*, 347 US 974 (1954).

²⁰¹⁴ C.S., *Housing Authority v. Banks*, 347 US 974 (1954).

²⁰¹⁵ C.S., *Holmes v. City of Atlanta*, 350 US 879 (1955).

²⁰¹⁶ C.S., *Mayo rand City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 US 877 (1955).

tribunal²⁰²⁰. Néanmoins, cette évolution jurisprudentielle qui va fonder l'illégalité de toute ségrégation raciale ne postule aucunement de la reconnaissance explicite d'une norme de *color-blindness*.

D- La constitutionnalisation inachevée du principe de « color-blindness », une étape ou une fin ?

On est en droit de se demander si cette constitutionnalisation inachevée du principe de *color-blindness* pourra être un jour accomplie. La Cour semble, sur le principe, de plus en plus disposée à invalider des lois se fondant sur des distinctions raciales même si elle préfère s'en remettre à des argumentations cavalières afin d'éviter la question cruciale de l'existence d'une norme *color-blindness*²⁰²¹. Elle continue d'appliquer un contrôle strict pour toutes les classifications considérées *a priori* comme suspectes²⁰²². Dans ce cadre et sans aller plus loin, elle finira par déclarer inconstitutionnelle en juin 1967 dans l'arrêt *Loving v. Virginia*²⁰²³ les lois prohibant les mariages interraciaux en vertu de la clause d'égalité de protection du 14^{ème} amendement. Ainsi, la lecture combinée du 14^{ème} amendement et la jurisprudence en matière de *strict scrutiny* permettent de dégager un principe de *color-blindness*.

En définitive, il semble qu'il faille distinguer deux éléments: d'une part la norme de *color-blindness* comme une finalité, un idéal de société à atteindre dans un futur plus ou moins proche qui se pose donc en principe de philosophie politique et juridique; d'autre part, la norme de *color-blindness* en tant que moyen au service de cette finalité c'est-à-dire un mécanisme juridique opposable aux politiques. Ce débat que nous avons déjà formulé dans nos développements précédents au sujet de l'égalité-fin et l'égalité-moyen se double ici d'une autre difficulté liée au choix de la racialisation de la société pour aboutir à moyen-long terme à sa déracialisation.

²⁰¹⁷ C.S., *Gayle v. Browder*, 352 US 903 (1956).

²⁰¹⁸ C.S., *State Athletic Commission v. Dorsey*, 359 US 533 (1959).

²⁰¹⁹ C.S., *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 US 715 (1961).

²⁰²⁰ C.S., *Johnson v. Virginia*, 375 US 61 (1963).

²⁰²¹ C'est ce dont témoigne l'arrêt *McLaughlin v. Florida* de 1964 dans lequel la cour à travers l'opinion rédigée par le juge Byron White inconstitutionnalise une loi de Floride qui interdisait le concubinage de deux races différentes sans s'en remettre à l'illégalité des classifications raciales opérées. CS, *McLaughlin v. Florida* 379 U.S. 184 (1964).

²⁰²² Principes dégagés dans la décision *Korematsu*. Voir *supra* p.

²⁰²³ C.S. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

En outre, le débat portant sur la reconnaissance d'une norme constitutionnelle de *color-blindness* pose la question de la prévalence de principes éthiques sur les réalités sociologiques de la culture publique américaine. En effet, bien que le caractère illégitime voire aberrant de toute référence à la race ne puisse pas être postulé en raison de l'inexistence des races en tant que déterminant biologique, sa perception sociologique comme déterminant identitaire, basé sur l'apparence, est un élément tangible et semble-t-il essentiel de la société américaine. Au-delà même de l'apparence, c'est l'ascendance généalogique qui prime, faisant ainsi de la règle de la goutte de sang (*one-drop rule*) une règle sociale primant sur la physionomie²⁰²⁴. La question de la reconnaissance d'une norme de *color-blindness* à valeur constitutionnelle se pose donc à la fois comme une nécessité accompagnant le processus de « dé-racialisation » de la société américaine et se présente en même temps comme un risque de voir le racisme couvert et, ainsi pérennisé par une norme aveugle aux différences.

Pour autant, la norme de *color-blindness*, telle que construite pas à pas par la jurisprudence de la Cour Suprême ne se baserait pas sur une réfutation totale des catégorisations raciales en tant que telles. En effet, une distinction est à opérer entre la race en tant que statut, qui elle est réfutée en ce sens qu'elle induit une relation de domination, et la race en tant qu'apparence et ou appartenance qui bien que déterminant superficiel peut être envisagée en catégorie utilisable par les pouvoirs publics, notamment pour mieux combattre les discriminations raciales.

L'évolution de la norme de *color-blindness* semble donc dépendre de la disparition ou non des mesures de discriminations positives. Dans une perspective idéaliste, elle a semble-t-il son destin scellé à l'éviction de toute forme de discriminations fondées sur la race, les discriminations positives basées sur la race semblant être de plus en plus difficile à justifier²⁰²⁵. Dans ce sens, la jurisprudence *Parents Involved in Community Schools*²⁰²⁶ marque un tournant important. En considérant que l'origine ethnique n'est pas un critère fondant une décision d'acceptation ou de refus pour un écolier, les établissements d'enseignements publics (écoles, collèges, lycées) ne peuvent pas utiliser la discrimination positive pour garantir la mixité raciale de leur corps étudiant. Elle va donc plus loin que la décision de 2003, *Grutter v. Bollinger*, qui faisait de l'origine ethnique un critère d'admission

²⁰²⁴ Voir *supra* p. 209 et 268.

²⁰²⁵ Voir dans ce sens l'opinion concurrente du juge Thomas Clarence. *CS., Northwest Austin Municip. Voting Dist. O. One v. Holder*, 129 S.Ct.2504, 2009, pp.2517-20727.

²⁰²⁶ Voir *supra* p.425.

parmi d'autres²⁰²⁷. Sans qu'il soit question de quotas, la Cour estimait que le critère racial pouvait être un élément d'appréciation pour favoriser la diversité. Or le président de la Cour, porteur de la décision *Parents Involved in Community Schools* considère que « pour mettre un terme à la discrimination fondée sur la race, il faut arrêter de faire de la discrimination sur le fondement de la race », faisant écho à la fameuse allocution du juge Harlan quelques années auparavant. Toutefois, on ne peut à ce stade parler de déracialisation totale et absolue. Comme le souligne le juge A. Kenedy, ladite décision ne constitue pas une interdiction absolue de prise en compte de la race dans les politiques d'admission. Décrié par certains comme portant atteinte à la mixité raciale dans l'enceinte scolaire, cette décision constitue néanmoins un tournant important, faisant lever le bouclier contre toute ségrégation raciale. Le récent arrêt *Ricci v. DeStefano* de 2009²⁰²⁸, en donnant raison aux requérants, pompiers blancs qui invoquaient une *reverse discrimination*²⁰²⁹, constitue une sérieuse remise en question de la discrimination directe et de la prise en compte du facteur racial. La résurgence du mérite individuel *versus* la préférence raciale dans la jurisprudence de la cour marque dans tous les cas une étape vers la fin des considérations raciales.

Dès lors, tant en France qu'aux Etats-Unis, il convient de s'interroger sur les articulations possibles entre aveuglement aux différences, garanties de l'égalité et reconnaissance de la diversité.

Au regard des développements précédents, les différences de traitements sont admises dans les deux systèmes juridiques concernés. En France, elles le sont à condition d'être validées sous le contrôle du juge. Aux Etats-Unis, elles sont considérées comme permises jusqu'aux limites posées par le système judiciaire²⁰³⁰. Par conséquent, un droit à la différence existe et un droit de la différence est de plus en plus perceptible tant dans le contexte français qu'américain. Sans manquer de soulever des interrogations conceptuelles et des questions pratiques, ce dernier se fonde incontestablement sur la reconnaissance de groupes. Dès lors,

²⁰²⁷ C.S. *Gruter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 343 (2003). L'opinion majoritaire évoque que l'affirmative action basée sur la race ne sera plus nécessaire en 2028. Voir DORF, M., C, MORRISON, T., W., *Constitutional law*, op.cit., p. 137.

²⁰²⁸ C.S. *Ricci v. DeStefano*, 129 S. Ct. 2658, 2671, 174 L. Ed. 2d 490 (2009).

²⁰²⁹ Discrimination à l'envers ou encore discrimination à rebours (Traduction).

²⁰³⁰ PALERMO, F., « Accomodating differences: the present and future of the law of diversity. An introduction », op.cit., p.435.

bénéficiaires d'une conception repensée de l'égalité et d'un déplacement de l'universalisme, les groupes définis par exemple sur des bases ethnoculturelles se structurent à la fois par un sentiment d'appartenance²⁰³¹ et par une identification exogène. Cette convergence sert de socle à l'octroi de droits dits culturels, lesquels ne s'appliquent pas forcément au groupe en tant que tels sinon aux individus appartenant à ce groupe.

Dans ce cadre particulier, en pleine évolution et ajustement, se pose la question de la formulation d'un véritable principe de diversité. En effet, les traditions juridiques française et américaine semblent susceptibles de se modifier sans se rompre, dans la mesure où l'on peut considérer une différenciation entre un principe et son application²⁰³², ce qui revient à envisager un principe comme une finalité ou comme un moyen.

²⁰³¹ Cette idée d'appartenance se manifeste par exemple au travers du concept de représentation. Voir WIVIORKA, M., *La démocratie à l'épreuve, nationalisme, populisme, ethnicité*, Paris, La Découverte, coll. « essais », 1993, principalement pp. 97 à 168, 173p.

²⁰³² Idée empruntée à ROULAND, N., *La tradition juridique et la diversité culturelle*, op.cit., p. 406.

TITRE II :

**LE MAINTIEN DE L'UNITE DE LA NATION PAR LA
RECONNAISSANCE MESUREE DE LA DIVERSITE
ETHNOCULTURELLE**

« Peut-être faut-il désormais rechercher l'unité par la diversité plutôt que par une homogénéité factice »²⁰³³. Nous pourrions renchérir et considérer qu'il serait approprié de concevoir une unité qui assure la diversité et une diversité qui s'inscrit dans une unité²⁰³⁴.

La diversité, réalité sociologique en France et aux Etats-Unis, est de plus en plus saisie par le droit. Cette considération prégnante dans les deux contextes s'observe à la fois par l'évolution du principe d'égalité et d'universalité tendant à l'installation progressive d'un droit à la différence et par la reconnaissance d'entités collectives conférant un droit des groupes associés à des droits culturels. Cette gestion de la diversité ethnoculturelle, articulée avec les principes fondateurs républicains, conduit elle-même à des mutations juridiques importantes lesquelles donnent semble-t-il une nouvelle image de la nation. Aussi, nous pourrions nous demander si la reconnaissance d'un principe de diversité ne serait pas une condition de la garantie de l'unité nationale, dans le cadre d'une nation plurielle.

La question de l'existence d'un principe de diversité se pose en effet en France comme aux Etats-Unis. Sa réalité implicite amène à considérer l'opportunité de sa reconnaissance explicite. Dans ce sens, la perspective de sa constitutionnalisation devra être analysée pour mieux être écartée. Certes, un principe de diversité, reconnu et promu, permettrait dans une certaine mesure de répondre à des problématiques juridiques actuelles, mais elle ne

²⁰³³ Auteur inconnu, « A propos de la parité », <http://pluriel.free.fr/parite.html>, Consulté le 03.02.2011.

²⁰³⁴ Pour E. MORIN « ceux qui voient la diversité des cultures tendent à minimiser l'unité humaine, ceux qui voient l'unité humaine tendent à considérer comme secondaire la diversité des cultures. Il est au contraire approprié de concevoir une unité qui assure et favorise la diversité, une diversité qui s'inscrit dans l'unité ». MORIN, E., « Diversité culturelle et pluralité de l'individu », Synergies Brésil, numéro Spécial Sedifrale XII, juin 2001, p. 16, GERFLINT, RIO (Brésil).

manquerait pas de soulever de nouvelles controverses normatives, aux conséquences préjudiciables pour l'équilibre juridique français tout autant qu'étasunien. C'est pourquoi, l'émergence d'un « droit mou » de la diversité réalise un équilibre précaire mais néanmoins salubre parce que transitoire. Il permet *a priori* de véhiculer le principe de la diversité tout en garantissant le primat de l'égalité et du corpus normatif qui le garantit.

Nonobstant l'absence de constitutionnalisation, la prise en compte accrue de la diversité ethnoculturelle nous semble incontournable. L'option de la redéfinition du principe d'égalité au regard de la diversité sera alors considérée. Cela nous permettra d'envisager une « règle de la diversité »²⁰³⁵ qui se fonderait sur un rééquilibrage, une adaptation et une reconsidération des instruments légaux et des solutions normatives²⁰³⁶. Il ne s'agira en aucun cas de révolutionner le droit mais d'inscrire la reconsidération des instruments dans un système cohérent, parce que pensé et construit en amont, et non géré de manière empirique. Dans ce sens, un nouveau contrat social fondé sur la diversité pourrait se matérialiser par deux orientations possibles, que nous poserons comme deux modèles. D'une part le développement d'un multiculturalisme fondé sur le principe d'égalité. Dès lors, reconnaissance des identités et principe de non-discrimination fonderaient le socle d'une société multiculturelle, basée sur un certain pluralisme juridique. D'autre part, une « laïcité de la diversité », construite à l'image de la laïcité religieuse, qui offrirait un cadre conceptuel intéressant, entre neutralité étatique et respect, protection et garantie des identités particulières. Aussi, quel que soit le modèle proposé, nous pourrions postuler une « renation » fondée sur la redéfinition d'un contrat social basé sur la diversité.

Par conséquent, nous envisagerons en premier lieu la question de la reconnaissance d'un principe de diversité (Chapitre I) et en second lieu, l'option de la redéfinition du contrat social fondé sur la diversité (Chapitre II).

²⁰³⁵ F. PALERMO va plus loin puisqu'il parle de véritable « Law of diversity ». Il définit ce droit de la diversité comme « the body of law that has been and is being developed to deal with the issues involved in accommodating the differences represented by diverse groups within a pluralistic society ». PALERMO, F., « Accommodating differences: the present and future of the law of diversity. An introduction », *op.cit.*, p.431.

²⁰³⁶ *Ibid.* p.1.

CHAPITRE I- LA QUESTION DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE D'UN PRINCIPE DE DIVERSITE

C'est parce que la différence devient dangereuse lorsqu'elle est niée ou méprisée que nous devons voir dans quelle mesure le droit pourrait se positionner, endossant un rôle proactif dans cette démarche de reconnaissance de la diversité²⁰³⁷. Dans ce sens, il est plus que nécessaire de nous intéresser à la diversité, déjà saisie par le droit, en tant que véritable principe juridique, porteur de normativité.

Si l'on s'en remet à l'analyse faite par D. Rousseau, trois conditions cumulatives permettent à un principe de revendiquer une certaine normativité: l'acquisition d'une légitimité dans le discours politique et public; l'absence de contradiction directe avec le système juridique; l'assimilation à la forme d'expression du droit auquel il aspire de s'intégrer²⁰³⁸. C'est surtout à ces deux derniers éléments que nous allons nous attacher²⁰³⁹. En effet, apparu dans la jurisprudence américaine en tant qu'élément de légitimation des politiques de discriminations positives, la diversité a été envisagée comme un modèle managérial soutenu par les discours politiques ambiants. En France, porté sur le devant de la scène publique par des politiques soucieuses de diversifier les élites de la nation²⁰⁴⁰, le discours politique sur la diversité a favorisé son expansion à la fois dans la sphère publique et privée. Le monde de l'entreprise²⁰⁴¹ en y a fait son *credo*²⁰⁴², notamment en raison d'« une coalition d'intérêts entre acteurs privés et acteurs publics »²⁰⁴³. De fait, le principe de diversité semble avoir acquis une certaine légitimité dans le discours politique et public.

²⁰³⁷ Idée empruntée à R. CASTEL qui expliquait: « C'est lorsqu'elle déniée ou méprisée que la différence devient dangereuse ». CASTEL, R., *La discrimination négative, Citoyens ou indigènes ?*, La République des idées, Paris, Seuil, 138p., p 99.

²⁰³⁸ ROUSSEAU, D., « Les droits de l'homme de la troisième génération », in A.F.C., *Droit constitutionnel et Droits de l'homme, Rapport français au II^{ème} Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel*, 31 août- 5 septembre 1987, Paris, Economica- P.U.A.M., 1987, pp.124-137.

²⁰³⁹ La légitimité dans le discours politique et public peut se dégager implicitement de la prise en considération croissante par les différents gouvernements des questions de la diversité. Nous choisissons de ne pas développer ce point outre mesure, mais de considérer que, notamment par le développement de la reconnaissance des groupes (par exemple *supra* pp. 368-385) ou de la *soft Law* (*infra* p. 519-525) cette hypothèse peut être posée.

²⁰⁴⁰ L'ouverture de la 3^{ème} voie d'accès à l'ENA pour diversifier les élites de la nation dès 1983 participe de cette idée.

²⁰⁴¹ Voir par exemple l'entretien avec SABBAGH, D., 11 février 2010 sur le site de l'Observatoire des inégalités: http://www.inegalites.fr/spip.php?page=imprimer&id_article=1188, Consulté le 10.01.2011.

²⁰⁴² Plus de 2 500 entreprises ont signé la charte de la diversité. Voir *infra* p. 483 et s.

²⁰⁴³ JUNTER, A., SENAC-SLAWINSKI, R., « La diversité sans droit ni obligation », *op.cit.*, p. 172.

Ainsi, pour appréhender la normativité d'un principe de diversité en France et aux Etats-Unis, nous allons d'abord nous intéresser aux conditions d'existence d'un principe juridique de diversité pourtant non constitutionalisé (Section1) avant d'envisager ses limites (Section 2).

Section 1-L'existence d'un principe instrumental de diversité ethnoculturelle non constitutionalisé

La diversité ethnoculturelle, déjà catégorie implicite du droit français et américain, n'est-elle pas devenue un principe juridique à part entière dans ces deux contextes ? Si l'on considère que le principe exprime l'idée de commencement comme l'envisageait Condillac, un principe de diversité pourrait être dégagé de l'histoire sociologique des deux nations. Pourtant, si l'on se réfère uniquement à l'histoire institutionnelle et organisationnelle de ces deux entités nationales, il serait uniquement un principe de droit américain.

Par principe juridique on entend une norme juridique, écrite ou non écrite, édictant « un devoir être »²⁰⁴⁴. Entre un rôle fondamental, souvent *contra legem* et un rôle instrumental assurant « le transport des messages qui relient entre eux des systèmes apparemment autonomes »²⁰⁴⁵, les principes se présentent comme des référents, porteurs de règles générales théoriques induisant elles-mêmes un certain nombre de règles pratiques et de conduites. C'est à la lumière de cette définition que nous analyserons le principe de diversité.

La question de l'existence d'un principe de diversité ethnoculturelle appelle à une double interrogation: d'une part, celle de sa réalité, entendue du point de vue de sa valeur normative (§1); d'autre part, celle de sa possible consécration constitutionnelle (§2).

§1- La réalité implicite d'un principe de diversité

« La réalité française est un mixte contradictoire d'unité et de diversité, de consensus et de contrainte, qui doit être saisi comme un tout, un ensemble (...) comme unité dans la diversité »²⁰⁴⁶. « La réalité »...nous sommes en droit de nous demander ce que signifie ce terme dans un ensemble juridique. En effet, comme nous l'avons énoncé précédemment,

²⁰⁴⁴ MORVAN, P., « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la cour de cassation », Intervention 2005, www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf, p.3. <http://patrickmorvan.over-blog.com/article-6469413.html>, Consulté le 01.01.2011.

²⁰⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 305 p., p. 103.

²⁰⁴⁶ TIBON-CORNILLOT, M., « Le défi de l'immigration maghrébine », in « *Groupement pour les droits des minorités, Les minorités à l'âge de l'Etat –Nation ?* », Paris, éd. Fayard, 1985, 320 p., p.295. Notons que l'anglicisme « mixte » est une traduction par l'auteur de l'expression anglaise « a mix of ».

l'absence explicite de formulation d'un principe ou d'une catégorie de droit ne peut conduire à la conclusion hâtive de son inexistence juridique. S'il est certain que la diversité n'est ni formulée dans la constitution française ni dans aucun document fondateur des Etats-Unis²⁰⁴⁷, ce principe semble exister de manière implicite dans les deux contextes d'analyse. Répondant à une structure différente dans les deux traditions, il s'intègre pourtant en partie dans le système juridique existant et semble prendre la « forme d'expression » du droit français (A) et américain (B). Ainsi, la mise en lumière de l'existence implicite d'un principe de diversité ethnoculturelle nous conduira-t-elle à une tentative de définition de celui-ci (C).

A- Un principe de diversité sous- jacente du droit public français ?

A la lecture de la lettre constitutionnelle, du corpus normatif législatif ou réglementaire pas plus qu'au sein des développements d'une doctrine avertie, on ne peut évoquer une reconnaissance juridique expresse d'un principe de diversité ethnoculturelle. De plus, le terme diversité *stricto sensu* n'est défini dans aucun texte ni dictionnaire juridique²⁰⁴⁸.

Cette situation s'explique en partie par l'esprit universaliste français²⁰⁴⁹. Ainsi, si la logique universaliste n'exclut pas l'existence de catégories de sujets de droit²⁰⁵⁰, il est plus difficile de postuler un principe de diversité déterminé en fonction de l'origine des personnes. Celui-ci se fonderait sur des critères identitaires, s'appuyant donc sur « ce que les personnes sont » et non plus seulement sur leurs fonctions et attitudes, c'est-à-dire sur « ce que les personnes font ». Or, comme nous l'avons amplement rappelé au cours de nos développements antérieurs, il est constitutionnellement interdit de pratiquer des distinctions entre les citoyens, lorsque ces dernières sont précisément fondées sur l'origine, la race ou la religion²⁰⁵¹.

Pourtant, un principe pourrait être dégagé du droit positif (1) tout autant que de l'institutionnalisation croissante de la diversité au travers de la création de structures ou de dispositifs la posant en référentiel (2). Dans le premier cas, on se trouverait face à un principe

²⁰⁴⁷ Aucune mention n'en est faite, ni dans la Déclaration d'Indépendance, ni dans la constitution, ni dans le Bill of Rights. WOOD, P., Diversity, The invention of a concept, *op.cit.*, p.14.

²⁰⁴⁸ Les dictionnaires juridiques ne mentionnent pas la notion de diversité. Voir par exemple CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} édition, PUF.

²⁰⁴⁹ Voir développements *supra* p.98.

²⁰⁵⁰ Etant entendu que le fait même de légiférer implique d'opérer des choix. Voir MELIN- SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, Aix en Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, p.18.

²⁰⁵¹ Article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

préexistant, non écrit, endossant un rôle fondamental. Dans le second cas, le principe aurait un rôle instrumental, révélant toutefois une mutation, d'un principe implicite à un principe explicite de diversité.

1-Un principe de diversité à la lumière d'une gestion normative

a. Un principe de diversité identitaire ethnoculturel

Un principe de diversité identitaire ethnoculturel pour ne pas dire de diversité ethnique pourrait être dégagé à la lecture du droit positif. Ce postulat pourrait émerger du constat de la catégorisation juridique des notions d'ethnies et de « race »²⁰⁵², et *a contrario*, de la reconnaissance de groupes fondés ou se référant à ces critères, notamment à travers la législation relative à la lutte contre les discriminations²⁰⁵³. En *sus*, la reconnaissance explicite à la fois législative et constitutionnelle de la présence de groupes ethniques sur le territoire français comme en Nouvelle Calédonie²⁰⁵⁴ ou dans les TOM²⁰⁵⁵, incite à parler de principe de diversité ethnique. A ce titre, au moins trois éléments doivent être mentionnés:

- L'article 75 qui confère la possibilité à une personne canaque d'opter pour un statut civil de droit commun ou un statut personnel, et, fait notoire, de pouvoir en changer²⁰⁵⁶ en est une illustration. Cette disposition qui constitue une exception au statut civil de droit commun révèle une entorse au principe d'interdiction de distinction à raison des origines ou de la religion. De fait, elle est une reconnaissance d'une diversité ethnoculturelle constitutionnellement reconnue.

²⁰⁵² Notons que la substitution de plus en plus fréquente de la notion d'ethnie à celle de race, n'est que partielle et n'est donc pas devenue une norme, même tacite. Par contre, dans le cadre européen l'utilisation du terme « origine ethnique » qui suppose sa prise en compte juridique est de plus en plus prégnante. Voir la directive de juin 2000, celle de juillet 2003 ou encore le programme de lutte contre la discrimination pour la période 2001-2006.

²⁰⁵³ Rappelons que les origines raciales et ethniques sont incontestablement devenues des catégories juridiques par rapport auxquelles des interdictions peuvent être formulées. Il s'agit donc d'une catégorisation par la négative, prônant une interdiction.

²⁰⁵⁴ Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie. Cette loi institue des conseils consultatifs coutumiers se fonde sur l'existence d'ethnies, appréhendées comme des catégories administratives et donc juridiques pour la mise en place de ces structures particulières. Voir aussi la Décision du conseil constitutionnel précitée du 12 janvier 1983.

²⁰⁵⁵ Par exemple, le décret du 16 mars 1967 parle des régions ethniques des Territoires d'Outre-Mer.

²⁰⁵⁶ Sur l'activisme du sujet dans le cadre du pluralisme juridique, voir VANDERLINKEN, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, 1993-2, p.573-583. ROULAND, N., « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droits et cultures*, V36, No2, 1998/2, p.217-262.

- La reconnaissance pour les populations d'outre-mer d'un droit à l'autodétermination suppose la définition d'un suffrage différencié en fonction de la durée de domiciliation sur le dit territoire et *de facto*, en fonction de l'origine ethnique²⁰⁵⁷. Il est vrai que ces dispositions spécifiques sont à la fois transitoires et localisées. Elles concernent des territoires où les populations sont de fait envisagées comme des peuples autochtones et où, implicitement, le droit à l'autodétermination est en train de s'appliquer²⁰⁵⁸.

- La possibilité de mettre en place des discriminations positives en faveur des populations locales, à la fois pour les populations des COM disposant de l'autonomie, des habitants de la Polynésie française et de Nouvelle Calédonie. L'article 74 alinéas 10 résultant de la révision constitutionnelle de 2003 prévoit la possibilité de prendre des mesures plus favorables en matière de protection du patrimoine, d'accès aux emplois et droit à l'établissement pour une activité professionnelle.

b. Un principe de diversité linguistique

Il est également possible de postuler un principe implicite de diversité linguistique²⁰⁵⁹. La modification de l'article 2 de la Constitution de 1958 qui stipule désormais que « la langue de la République est le français »²⁰⁶⁰ a été interprétée de manière limitative par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999²⁰⁶¹ laquelle établit que la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires est contraire à la Constitution²⁰⁶². Ainsi, la position institutionnelle laisse penser que la France ne connaît pas de diversité

²⁰⁵⁷ A noter que la loi d'orientation pour l'outre-mer du 7 décembre 2000 a spécifié que les populations d'outre-mer ne concernaient pas seulement les TOM, ce qui fut confirmé par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Voir notamment l'article 72-3. Annexe n°1. Notons en outre que la définition du corps électoral en Nouvelle Calédonie requiert l'appréciation de plusieurs critères. Parmi eux se trouve celui de la parenté. Ainsi l'origine apparaît comme un élément prépondérant de catégorisation alors même qu'il fait partie des discriminations constitutionnellement interdites.

²⁰⁵⁸ Soulignons toutefois que parallèlement, on assiste à une certaine remise en cause des règles coutumières des anciens peuples colonisés. L'article 68 de la loi programme pour l'outre-mer n° 2003-660 abolit par exemple la polygamie et la répudiation pour les mahorais de droit civil local atteignant l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005. Loi du 21 juillet 2003, JORF, 22 juillet, p.12320.

²⁰⁵⁹ Voir également: La diversité linguistique en France, Annexe n°6.

²⁰⁶⁰ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, article 1^{er}.

²⁰⁶¹ Conseil Constitutionnel, n° 99-412 DC du 15 juin 1999.

²⁰⁶² En effet, cette dernière, pourtant signée par la France le 7 mai 1999, contreviendrait aux principes républicains d'indivisibilité, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français en conférant des droits spécifiques aux utilisateurs des langues minoritaires et régionales en plus de se révéler contraire à la disposition de l'article 2 susmentionné. Signée mais non encore ratifiée, la charte n'a fait l'objet d'acceptation par la France que sur 39 engagements alors qu'elle en compte 98. De son côté, le Conseil d'Etat a reconnu qu'au moins 35 d'entre eux seraient conformes au droit constitutionnel français. Ne liant pas à ce jour l'Etat français, la charte polarise pourtant la vie politique opposant ceux qui préconisent de modifier l'article 2 de la Constitution à ceux qui la décrivent comme un danger pour la République.

linguistique. Pour autant, si l'on s'en tient aux travaux de B. Cerquiglini réalisés en 1999 à la demande du Ministre de la Culture et de l'Éducation nationale²⁰⁶³, il y aurait en France 75 langues dites régionales ou minoritaires au terme de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires²⁰⁶⁴. En outre, la liberté de pratique de langues minoritaires et régionales est effective dans le cadre privé.

Dans la sphère publique, on ne peut que constater le caractère récent de la législation linguistique. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 a longtemps été entendue comme généralisant l'emploi de la langue française dans le domaine de la justice et par extension implicite à l'ensemble de l'administration française. Pour autant, en matière de justice, l'État offre une certaine tolérance en permettant l'usage du basque, du corse, de l'alsacien et de l'allemand sans interprète si le juge maîtrise cette langue et si elle est utilisée par les deux parties. En outre, toute personne non-francophone jouit du droit de faire appel à un interprète. Dans le cadre des services administratifs, les fonctionnaires peuvent recourir oralement à une langue régionale de leur connaissance sans qu'il n'existe toutefois de droit rattaché à cet exercice. En matière audiovisuelle et de communication, la loi du 29 juillet 1982 offre, dans son article 5, le droit d'usage des langues et cultures régionales dans le cadre des services publics. Cette disposition est confirmée par la loi du 1^{er} août 2000 relative à la liberté de communication. Dans le domaine de l'éducation, la loi dite Deixonne de 1951, par un double mécanisme de défense du français et de protection des langues régionales, permettait un recours à ces dernières dans les écoles primaires et maternelles chaque fois que les maîtres pouvaient en tirer profit pour leur enseignement. Désormais abrogée, cette loi a fait place à la loi Haby du 11 juillet 1975²⁰⁶⁵ qui consacre dans son article 12 la possibilité de dispenser un enseignement en langue et cultures régionales²⁰⁶⁶. Ainsi donc, et ce en vertu de la circulaire du 7 avril 1995²⁰⁶⁷, l'enseignement des langues est possible, et même favorisé dans le but de « veiller à la préservation d'un élément essentiel du patrimoine national ». Mais il n'est pas

²⁰⁶³ CERQUIGLINI, B., « les langues de la France », http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/lang-reg/rapport_cerquiglini/langues-france.html, Consulté le 01.08.2011.

²⁰⁶⁴ La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires définit dans son article 1 a) de telles langues comme étant « pratiquées traditionnellement sur un territoire d'un État par des ressortissants de cet État qui constituent un groupe numériquement inférieur au reste de la population de l'État; et différentes de la (des) langue (s) officielle (s) de cet État; elle n'inclut ni les dialectes de la (des) langue (s) officielle (s) de l'État, ni les langues des migrants ».

²⁰⁶⁵ Loi n° 75.620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation.

²⁰⁶⁶ Cette mesure législative fut complétée par la loi Bas-Lauriol de 1975 elle-même abrogée par la loi Toubon de 1994. Cette dernière stipule dans son article 21 que l'emploi du français ne s'oppose pas à la législation en vigueur au sujet des langues régionales de France. Loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française. Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

²⁰⁶⁷ Circulaire 95-086 du 7 avril 1995.

obligatoire. Notons par ailleurs que certaines langues bénéficient d'une extension du droit d'enseignement à travers des écoles associatives, écoles privées reliées à l'Etat par un contrat d'association²⁰⁶⁸. Enfin il convient de mentionner qu'un Conseil académique des langues régionales a été créé le 30 juillet 2001²⁰⁶⁹ afin de définir la politique académique des langues régionales dans les régions concernées. Dans quelques académies et territoires d'Outre-mer, certaines épreuves du baccalauréat peuvent être passées en langues régionales²⁰⁷⁰.

En ce qui concerne les langues dites immigrantes, il n'existe pas de politique de bilinguisme pour toutes les langues étrangères. Néanmoins, plusieurs traités internationaux ont toutefois été signés avec des pays étrangers et notamment le Portugal, l'Italie, la Turquie, l'Algérie, la Yougoslavie²⁰⁷¹ ou encore le Maroc ou l'Espagne dans le but d'incorporer les heures d'enseignement de ces langues à travers le dispositif ELCO²⁰⁷².

Ainsi donc, bien que la position officielle de la France laisse peu de place à un principe de diversité linguistique, ce dernier peut être postulé au regard des différentes considérations susmentionnées. Le fait que le recensement de la population comporte depuis 1999 un volet linguistique corrobore ce postulat.

c. Un principe de diversité religieuse

En outre, bien que le droit français ne postule pas explicitement la diversité religieuse en tant que telle, celle-ci est implicitement reconnue à travers le principe de la liberté de pensée et d'opinion ou encore par le principe de laïcité résultant de la loi 1905. L'article 10 de la DDHC reconnaît ainsi le pluralisme religieux puisqu'il énonce que « Nul ne doit être inquiété

²⁰⁶⁸ Ces dernières concernent l'occitan, le catalan, l'alsacien, le corse, le basque et le breton. Néanmoins, dans le cas des écoles bretonnes connues sous le nom de Diwan, elles ne sont plus financées par l'Education nationale en vertu de la décision du Conseil Constitutionnel « Loi de finances de 2002 ».

²⁰⁶⁹ Décret 2001-733 du 30 juillet 2001 portant création d'un Conseil académique des langues régionales.

²⁰⁷⁰ Arrêté du 13 janvier 2004 relatif à la liste des académies et des territoires d'Outre mer dans lesquels peuvent être subies certaines épreuves de langues vivantes à la session 2004 du baccalauréat général et du baccalauréat technologique.

²⁰⁷¹ La Yougoslavie ainsi entendue est la République fédérale de Yougoslavie, fondée en 1945. Elle n'existe plus sous cette forme depuis le 15 janvier 1992, lorsque 4 de ses républiques fédérées firent sécession: la Slovénie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine et la Macédoine. Notons que de 1992 à 2003 exista une République fédérale de Yougoslavie, repablisée en 2003 Communauté d'États Serbie-et-Monténégro dissoute à son tour en 2006, suite à l'indépendance du Monténégro. Cet accord conclu en 1977 n'existe plus aujourd'hui.

²⁰⁷² Date des accords: Portugal (1973) Italie, Tunisie (1974) Maroc, Espagne (1975) Yougoslavie (1977) Turquie (1978) Algérie (1981).

pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »²⁰⁷³.

La loi du 9 décembre 1905 dispose que la République est laïque et respecte toutes les croyances. Ce principe a acquis une valeur constitutionnelle depuis 1946 étant posé à l'article 1^{er} de la Constitution de la IV^{ème} république avant d'être à nouveau consacré par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958. Ce principe de laïcité ne s'oppose pas en tant que tel à une reconnaissance de la diversité religieuse. En effet, la séparation de l'Eglise et de l'Etat répond d'avantage à un principe de neutralité que de séparation *stricto sensu*, faisant passer la réglementation des cultes de la sphère publique à la sphère privée. La non-reconnaissance des cultes est une laïcité négative qui nie à l'Etat républicain la faculté d'accorder en son nom des privilèges particuliers à un quelconque culte. Cela implique évidemment de ne pas reconnaître de religion officielle. Par contre, c'est une laïcité négative mais volontariste puisque pour parvenir à cette neutralité, l'Etat a l'obligation d'agir. Par conséquent, l'idée de diversité religieuse est implicitement reconnue par l'Etat.

En outre, son application souple implique certaines exceptions, l'Alsace et la Lorraine²⁰⁷⁴ mais aussi l'Outre-mer connaissant des modulations notoires. De plus, dans les faits, de très nombreuses aides directes ou indirectes sont accordées par les collectivités territoriales et locales aux églises et des aménagements législatifs et administratifs, notamment dans les services publics, démontrent un respect et une garantie de certaines manifestations religieuses. En témoigne le fait que les opinions, qu'elles soient religieuses ou spirituelles, sont protégées et garanties, que ces religions ou spiritualités sont à l'abri de l'intrusion du pouvoir politique, que la liberté de culte est favorisée allant jusqu'à la protection des religions non majoritaires. Ainsi, on peut aisément postuler que la diversité religieuse est un principe implicitement protégé par le droit français.

d. Un principe de diversité culturelle

Le corpus constitutionnel constitué par les articles 73, 74 et 75 du texte constitutionnel, organisant les spécificités des collectivités d'Outre-mer, participe de l'idée d'une reconnaissance implicite d'un principe de diversité culturelle. La coexistence de statuts

²⁰⁷³ Voir Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, Annexe n°3.

²⁰⁷⁴ Le droit du concordat, voir *supra* p. 298.

particuliers, et d'un ordre juridique dual en Nouvelle Calédonie envisagent davantage qu'une simple tolérance culturelle dans un corpus assimilationniste. Il semble plutôt, au fil du développement constitutionnel, consacrer un principe de diversité lequel permet trois manifestations juridiques, animées par un souci d'adaptation aux particularités locales de l'Outre-mer: un ordre juridique dual; un pluralisme des sources de droits; un pluralisme du contrôle de ces dernières.

Enfin, paradoxalement, on pourrait arguer du fait que la mention constitutionnelle déterminée à l'article 1^{er}, en prohibant les discriminations fondées sur l'origine, le sexe, etc., des personnes, ne méconnaît pas la diversité mais en détermine les modalités de gestion, à savoir par la prohibition de toute discrimination. Aussi, loin de nier les différenciations, l'article phare les reconnaît, mais limite les risques de tentative de priorisation au sein même des éléments de différenciations.

L'hypothèse d'un principe sous-jacent de diversité ethnoculturelle est complétée par une institutionnalisation progressive autour de l'idée de diversité.

2- Un principe de diversité à la lumière d'une institutionnalisation progressive²⁰⁷⁵

Au cours de la décennie 2000-2010, et plus encore depuis l'élection de N. Sarkozy à la présidence de la République, nous pouvons relever une certaine institutionnalisation se fondant sur la référence à la diversité²⁰⁷⁶. Des rapports commandés par l'Élysée avaient en effet pour objet d'étude explicite la diversité. En parallèle, plusieurs institutions indépendantes ont eu à l'envisager. Enfin, la diversité est devenue un label. Ces outils d'études, de mesure et de gestion pratiques dénotent de l'existence d'une référence progressive qui peut-elle même être constitutive d'un principe de diversité. En effet, ce rapport instrumental au droit génère un certain nombre d'éléments propices à préciser l'objet de la diversité²⁰⁷⁷.

²⁰⁷⁵ Par institutionnalisation progressive nous entendons le fait, pour un concept, de devenir un élément fondateur ou essentiel d'une institution, laquelle se caractérise par une organisation particulière et une identité spécifique.

²⁰⁷⁶ « La diversité, à la base du pays, doit se trouver illustrée par la diversité à la tête du pays. Ce n'est pas un choix. C'est une obligation. ». SARKOZY, N., discours de Palaiseau sur le thème de l'égalité des chances et de la diversité, 17 décembre 2008. <http://www.elysee.fr/president/les-dossiers/diversite/egalite-des-chances/diversite-egalite-des-chances-lutte-contre-les.8447.html>, Consulté le 02.02.2010.

²⁰⁷⁷ Il sera intéressant d'analyser si l'élection de François Hollande à la présidence de la République le 6 mai 2012 et les mesures prises iront dans le sens d'un renforcement ou infléchissement de cette institutionnalisation ou une tout autant une modification des orientations.

D'abord, il convient de mentionner la création d'un Commissariat à la diversité et à l'égalité des chances et la nomination d'un commissaire le 16 décembre 2008²⁰⁷⁸. En outre, trois études emblématiques ont été demandées par le gouvernement à des personnes de référence, professeurs, chercheurs, praticiens s'étant eux-mêmes entourés de spécialistes, aux parcours diversifiés et aux profils pluridisciplinaires. Cette production intellectuelle à visée programmatique confère alors à la diversité le statut d'objet d'étude scientifique, dans le cadre d'un possible renouvellement des politiques publiques et d'un potentiel constructivisme juridique²⁰⁷⁹.

- Le rapport de M. Wieviorka²⁰⁸⁰ intitulé « La Diversité » remis le 15 octobre 2008: M. Wieviorka s'est vu mandater par V. Péresse, Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche, une mission d'études sur la question de la diversité dans l'enseignement supérieur et le monde de la recherche²⁰⁸¹. En soulignant le fait que la diversité est devenue « un enjeu essentiel de la vie collective »²⁰⁸², la ministre confie comme premier objectif au sociologue de « préciser la portée de la notion de "diversité" et d'examiner les conditions permettant dans tous les domaines où elle fait débat, d'envisager la recherche d'une voie tempérée, articulant les valeurs universelles du droit et de la raison, et le respect des différences, dans l'esprit de ce que les Québécois appellent l'accommodement raisonnable" »²⁰⁸³. Si le rapport témoigne d'une certaine approbation de la diversité, il ne fait pas l'économie d'une critique de la notion et de ses implications. En envisageant la diversité comme un mot qui ne peut se suffire à lui-

²⁰⁷⁸ Ce dernier étant en charge de l'animation et de la promotion de la diversité. Décret du 19 décembre 2008 confiant une mission à un commissaire à la diversité et à l'égalité des chances - SABEG (Yazid), M., JORF n° 296 du 20 décembre 2008, p. 19571, texte n° 48.

²⁰⁷⁹ Pour Triepel, le constructivisme juridique peut se définir comme l'« ordination d'un phénomène concret dans le système juridique au moyen de l'analyse et la synthèse de ces éléments conceptuels ». Voir HERRERA C.,- M., « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in KERVEGAN, J.-F. (dir.), Crise et Pensée de la crise en droit, Weimar, sa république et ses juristes, Lyon, E N S É D I T I O N S, 2002, 234p.

Sur la notion de constructivisme juridique, voir TEUBNER, G., BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *In Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 47e année, N. 6, 1992. pp. 1149-1169.

²⁰⁸⁰ WIEVIORKA, M., *Rapport sur la Diversité*, Paris, Robert Laffont, 2008, 229p.

²⁰⁸¹ Lettre de mission du 1^{er} février 2008. <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid20888/michel-wieviorka-charge-d-une-mission-sur-la-diversite.html>

²⁰⁸² « La "diversité" est devenue un enjeu essentiel de la vie collective, à tous les niveaux : international, comme en témoigne la Déclaration universelle de l'UNESCO; européen; national, puisque le chef de l'Etat a récemment souhaité en faire entrer la notion dans le préambule de la Constitution; ou bien encore au niveau de nombreuses organisations, ce dont atteste la "Charte" signée en France par plusieurs centaines d'entreprises. Le terme renvoie aussi à l'expérience vécue et à la subjectivité individuelle d'innombrables personnes qui souhaitent, ou non, être reconnues pour une identité singulière, qui demandent à être considérées pour et dans une différence, ou qui au contraire, voient dans toute imputation de particularisme une marque de racisme, de discrimination ou de stigmatisation. » *Ibid.*

²⁰⁸³ *Ibid.*

même et auquel il convient d'ajouter un adjectif, il énonce que « les fondements juridiques d'une définition de la diversité sont bancals »²⁰⁸⁴

- Le rapport du comité présidé par S. Veil intitulé « Redécouvrir le préambule de la Constitution. Rapport au président de la République, au nom du comité présidé par Mme Simone Veil » remis le 17 décembre 2008²⁰⁸⁵.

- Le rapport de Y. Sabeg, commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, remis le 7 mai 2009²⁰⁸⁶ intitulé « Programme d'action et de recommandation pour la diversité et l'égalité des chances »: Le commissaire à la diversité a développé un plan global d'action assorti de soixante-seize propositions concrètes qui recouvrent tous les domaines. Sur la question très polémique de la mesure de la diversité, Sabeg se prononçait dans son rapport en faveur du recueil de données statistiques permettant de refléter des critères ethniques, mais sur la base « *d'enquêtes anonymes et volontaires* »²⁰⁸⁷.

En sus, des commissions ont été instituées telles que :

- le Comité pour la mesure et l'évaluation de la diversité et des discriminations (COMEDD), lequel a publié un rapport présentant 43 propositions dont la promotion des enquêtes statistiques publiques afin de disposer d'informations sur la diversité de la société.
- la Commission alternative de réflexion sur les « statistiques ethniques » et les discriminations (CARSED)

De plus, plusieurs autres institutions ont traité de la diversité dans leurs rapports respectifs:

- l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSE),
- la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL),
- la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) ou le Haut conseil de l'intégration (HCI).

²⁰⁸⁴ WIVIORKA, M., *Rapport sur la Diversité*, op.cit., p.22.

²⁰⁸⁵ Ce dernier répond à la lettre de mission du président de la république du 8 janvier 2008 et au décret du 9 avril 2008 instituant le Comité de Réflexion sur le préambule de la constitution présidé par Mme S.Veil. Décret n°2008-328 du 9 avril 2008.

²⁰⁸⁶ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000202/index.shtml>, Consulté le 01.01.2011.

²⁰⁸⁷ Ce rapport a été vivement critiqué, accusé de parti pris politique. Des commissions alternatives ont alors vu le jour, notamment celle d'E. Badinter, qui a créé un comité alternatif de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations (Carsed). P. Gaubert, conseiller à l'Elysée nommé président du Haut conseil à l'Intégration, prépare lui aussi un rapport. Enfin l'Association française des managers a créé un groupe de travail sur la question de la diversité.

A côté de ce qu'il conviendrait de nommer un positionnement institutionnel, un dispositif complexe autour d'un label diversité a été mis en place. Aussi, la Charte de la diversité a été élaborée le 22 octobre 2004 avec le concours de 33 grandes entreprises et PME qui en seront les premières signataires²⁰⁸⁸. Elle fut étendue à la fonction publique en 2008²⁰⁸⁹. Par ailleurs, l'Association nationale des directeurs de ressources humaines (ANDRH) a élaboré un Label diversité, créé à l'initiative du Président de la République le 11 septembre 2008. Il tendait à gratifier les entreprises jugées exemplaires en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations²⁰⁹⁰. Une circulaire du 27 février 2009 demandait aux préfets de promouvoir le « label diversité » dans leurs départements, auprès d'employeurs publics et privés. Bien qu'embryonnaire, ce corpus se caractérise par une souplesse intéressante. En effet, « la force de ce terme est de reposer sur l'engagement volontaire, d'être sans obligation »²⁰⁹¹. Il favorise ainsi la combinaison des appartenances et permet de refléter les dosages de la population dans un corps donné.

Ainsi, un principe de diversité peut se dégager de l'analyse de la situation française. Toutefois, son objet mériterait d'être précisé. Néanmoins, comme aux Etats-Unis, il ne présuppose en aucun cas une obligation de diversité, qu'elle soit de promouvoir, de respecter ou encore de garantir la diversité.

B- Un principe de diversité implicite aux Etats-Unis

Si nous nous attachons à présent aux deux conceptions de la diversité selon la différenciation opérée par P. Wood antérieurement mentionnée, à savoir « Diversity et *Diversity* »²⁰⁹², il est aisé de considérer que la « *diversité* » est devenue un principe juridique implicite, de niveau constitutionnel. Aussi, il semble être implicite en ce qu'il n'est pas constitutionnellement

²⁰⁸⁸ Voir <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-la-charte.php>, Consulté le 01.01.2011.

²⁰⁸⁹ Le ministre délégué à la Promotion de l'égalité des chances a, dans le but de promouvoir la charte de la diversité, commencé un Tour de France de la diversité d'octobre à décembre 2008. Voir sur le site du ministère de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, http://www.immigration.gouv.fr/spip.php?page=actus&id_rubrique=254&id_article=1627, Consulté le 01.01.2011.

²⁰⁹⁰ Il était décerné par l'ancien ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire. Le Président de la République avait fixé un objectif de 100 entreprises à labelliser d'ici fin 2009. Le ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire a remis le 10 avril 2009 les 7 premiers Labels Diversité aux entreprises BNP Paribas, OSMOSE, ILO, PSA Peugeot Citroën, Randstad France, CNP Assurances et Eau de Paris.

²⁰⁹¹ JUNTER, A., SENAC-SLAWINSKI, R., « La diversité sans droit ni obligation », op.cit., p.171.

²⁰⁹² WOOD, P., *Diversity, The invention of a concept*, op.cit.

reconnu, mais explicite en tant que référence légitimant des politiques constitutionnellement permises.

Ainsi, la notion de « diversité » telle que dégagée dès les années 60 renvoie plus spécifiquement à une gamme de mesures plurisectorielles destinées à remédier à la sous-représentation de certains groupes minoritaires²⁰⁹³. Un principe de « diversité » se dégage quant à lui de l'évolution juridique de l'après révolution des droits civiques, se fondant à la fois sur l'évolution du cadre juridique fédéral et de la jurisprudence de la Cour suprême. Il revêt un contenu qui, souvent problématique, a évolué dans le temps. En premier lieu, un objectif clair de justice réparatrice se dessine puisqu'il implique d'accorder aux groupes des privilèges spéciaux, prenant en compte la manière et l'ampleur dont leurs ancêtres ont été victimes du système passé²⁰⁹⁴. Dans cette perspective, le principe de « diversité » n'apparaît que comme un principe parcellaire²⁰⁹⁵, auquel ne peuvent se référer pour en bénéficier que certaines personnes du fait de leur appartenance à un nombre de groupes toutefois limité. En effet, cette diversité se réfère à des catégorisations humaines et sociales que l'on pourrait scinder en sept: Les *African-Americans*, les *Latinos*, les *Natives-américains*, les Asiatiques, les femmes, les gays et lesbiennes et les personnes handicapées²⁰⁹⁶. Or, on ne pourrait légitimement concevoir que la diversité soit un principe de droit partial²⁰⁹⁷ alors même qu'elle est une garantie de l'unité et de l'universel.

Une autre vision d'un principe de « diversité » peut être dégagée de la jurisprudence de la Cour suprême, qui en fait un fondement garantissant la sécurité et le futur de la société. L'opinion du Juge Powell dans la fameuse décision *Regents of the University of California v. Bakke*²⁰⁹⁸ fonde en effet une idéologie de la diversité. Socle d'un principe implicite de diversité, elle constitue une référence pour de nombreux requérants et jugements postérieurs. Rappelons qu'A. Bakke s'est vu refuser l'admission à la faculté de médecine de l'Université

²⁰⁹³ SABBAGH, D., « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux Etats-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, 2009/3, n°35, p.31-47, p. 36.

²⁰⁹⁴ La définition des groupes pouvant prétendre à ces droits spécifiques, est, comme nous l'avons vu, sujette à controverse. Sur les éléments rationaux et objectifs se greffent des facteurs éminemment subjectifs relevant tout autant de la croyance que de l'intuition.

²⁰⁹⁵ Ce terme est employé par opposition à un principe général de diversité invocable et applicable à tous et toutes.

²⁰⁹⁶ Cette classification résulte de la reconnaissance publique des minorités dans la construction de la politique de discriminations positives.

²⁰⁹⁷ En effet, si la diversité ne se réfère qu'à un certain nombre de groupe et pas à tous, elle n'est donc qu'une nouvelle catégorisation, différenciée, dans le cadre d'un tout. Or, ce n'est pas ce qu'un principe de diversité postule.

²⁰⁹⁸ C.S. *Regents of the University of California v. Bakke*, du 28 juin 1978. Voir supra p. 268 et 338. Voir également Annexe n° 18.

de Californie, alors même qu'il avait obtenu des résultats supérieurs à des candidats issus des minorités, qui eux, avaient été admis. La faculté justifie sa position par son programme de *special admissions* basé sur l'*affirmative action*. Bakke eut raison devant la Cour Suprême de Californie ce qui conduisit l'Université à faire appel. La Cour suprême donna raison à Bakke. Toutefois, rarement la Cour suprême a connu un résultat si fracturé avec un vote de cinq contre quatre et six opinions séparées. La position du juge Powell, devenue *Justice Powell*, a été décisive, tout en étant très particulière. Powell refusa en effet de se ranger avec les détracteurs des programmes spéciaux d'admissions en tant qu'ils contreviendraient au Titre IV du *Civil Rights Act* de 1964 lequel prône une interdiction pour toute institution qui reçoit des fonds fédéraux de discriminer quiconque pour des raisons de race, de couleur de peau ou d'origine nationale. Il ne voulut pas non plus considérer que le programme de l'Université de Californie doive s'extraire du contrôle de *Strict scrutiny* sur la base de l'invocation du 14^{ème} amendement, validé en fonction de son objectif bienveillant. Son « opinion excentrique »²⁰⁹⁹, le conduisit à invalider le programme de l'université de Davis mais sur des fondements constitutionnels. Ainsi, la constitution ne prohibe pas la prise en compte du facteur racial dans les procédures d'admission à l'université pour autant qu'il n'y ait pas de quotas rigides et que l'université puisse justifier d'un intérêt public impérieux, comme celui d'assurer la diversité du corps étudiantin²¹⁰⁰.

La position de Powell marque ainsi une nouvelle considération du concept de diversité en en faisant un facteur de légitimation de politiques redistributives²¹⁰¹. De ce fait, aux yeux de la jurisprudence américaine, ce n'est que parce qu'existe l'exigence de la promotion de la diversité que les universités peuvent mettre en place une politique de discrimination positive. L'invocation de la diversité permet alors de s'extraire de jugements comparatifs de type sociologique que seul le législateur serait légitime à rédiger²¹⁰² en n'exigeant pas d'établir au préalable une hiérarchisation des désavantages de tel ou tel groupe.

Néanmoins, deux nuances peuvent être apportées à l'existence même implicite d'un principe de diversité ethnoculturelle. D'abord, il semble dans la jurisprudence *Bakke* que nous soyons davantage face à une diversité des expériences qu'à une diversité ethno-raciale. La répétition du caractère hétérogène propre à chaque groupe paraît exclure d'appréhender la diversité

²⁰⁹⁹ « *Widly ecentric opinion* ». WOOD, P., *Diversity: the invention of a concept*, op.cit., p.100.

²¹⁰⁰ ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis, 55- Regents of the University of California v. Bakke*, Paris, Dalloz 2010, 922 p., p. 918. Voir également Annexe n° 18.

²¹⁰¹ Voir *supra* p. 268, 338.

²¹⁰² Opinion du juge Powel p.297 qui estime que les jugements comparatifs « de type sociologique, (...) qui ne sont pas du ressort de l'institution judiciaire ».

entre les groupes puisque celle-ci existe aussi au sein des groupes. De plus, la corrélation entre les deux, diversité ethno-raciale et diversité des points de vue apparaît plus que tenue aujourd'hui²¹⁰³. Dans une Amérique « déségrégée », ayant connue près de 50 ans de politiques d'*affirmative action*, le maintien d'un argumentaire en ce sens apparaît en outre dangereux. Sans nier l'importance du capital social et des expériences partagées de certains groupes ethnoculturels, il semble en effet qu'un tel postulat s'inscrive dans une racialisation quasi irrémédiable de la société américaine, non souhaitable puisque constitutive d'un retour en arrière préjudiciable à l'ensemble de la société. De plus, la lecture de l'opinion du juge Powell est on ne peut plus explicite: le facteur ethno-racial ne constitue qu'un élément parmi une série de considérations permettant d'apprécier la diversité « authentique » d'un candidat²¹⁰⁴. En effet, l'hétérogénéité ethno-raciale est ainsi présentée comme formant simplement un élément caractéristique, au même titre que la variété des origines géographiques des candidats ou celle de leurs centres d'intérêt²¹⁰⁵. La décision *Metro Broadcasting, Inc v. Federal Communications Commission* de 1990²¹⁰⁶ confirme pourtant l'idée de corrélation entre identité ethno-raciale et diversité de points de vue exprimés. La Cour a ainsi confirmé la validité d'un programme d'*affirmative action* dans l'octroi de licences d'exploitation aux stations de radiodiffusion mis en place par l'autorité chargée de l'attribution des fréquences hertziennes.

En outre, avec D. Sabbagh nous nous demandons si une telle diversité telle qu'elle figure dans la jurisprudence *Bakke* ne constitue pas davantage un élément argumentatif plutôt qu'un principe en tant que tel. Dans ce sens, la diversité se verrait « érigée en valeur instrumentale dans le contexte éducatif »²¹⁰⁷. On pourrait en dire autant du fait que le jury dans un procès soit représentatif de la diversité de la population locale, *the fair-cross-section requirement*²¹⁰⁸.

²¹⁰³ Pour une démonstration récente de la corrélation entre diversité ethno-raciale et diversité des expériences, voir, voir notamment SIDANIUS, J., LEVIN, S., VON LAAR, C., et SEARS, D., *The Diversity Challenge : Social Identity and Intergroup Relations on the Collège Campus*, New York, Russell Sage Foundation, 2009, 445p.

²¹⁰⁴ Opinion du juge Powell p.315.

²¹⁰⁵ Le juge Powell écrit: « L'intérêt public propre à justifier la prise en compte de l'expérience que constitue pour un candidat son inscription dans un environnement racial ou ethnique singulier (...) ne vise pas la diversité ethnique en tant que telle – selon une logique qui voudrait que les membres des groupes sélectionnés soient assurés de constituer une proportion prédéterminée de la population étudiante, dont le restant apparaîtrait comme une masse indifférenciée (...). La diversité authentique (...), celle qui correspond à un intérêt public impérieux, concerne une palette de caractéristiques (...) bien plus large – l'origine raciale ou ethnique, pour importante qu'elle soit, ne figurant à cet égard que comme un élément parmi d'autres », *Ibid*, p.315.

²¹⁰⁶ C. S. *Metro Broadcasting, Inc v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990), p. 579, 567-568).

²¹⁰⁷ SABBAGH, D., « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux Etats-Unis: de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, No 35, 228 p., p. 36.

²¹⁰⁸ C.S. *Taylor v. Louisiana*, 419 US 526 (1975).

Ainsi, même si l'argument de la diversité a été repris en dehors de la sphère universitaire, notamment dans le domaine de l'entreprise²¹⁰⁹, l'interrogation demeure. En effet, son autonomisation par rapport à la justification des politiques d'*affirmative action* reste fortement relative au regard des évolutions jurisprudentielles et administratives²¹¹⁰. Ainsi, la dimension normative de la diversité semble quelque peu illusoire, n'ayant pas développé de finalité extérieure à elle-même²¹¹¹.

Aussi pourrions-nous arguer que, dans les deux contextes d'analyse, il existe une diversité instrumentale plutôt que normative. Si nous reprenons la définition d'un principe juridique préalablement posé²¹¹², nous pouvons alors confirmer l'existence d'un principe implicite de diversité. Ainsi considéré, ce principe implique un certain « devoir être »²¹¹³, endossant un rôle instrumental et non fondamental, induisant alors un certain nombre de règles pratiques et de conduites.

C- Tentative de définition d'un principe de diversité en France et aux Etats-Unis

« *Are we really sure what we know what racial diversity is ?* »²¹¹⁴. Ce questionnement au sujet de la diversité raciale vaut également pour la définition du concept de diversité *per se*. Or, si l'on admet en droit français et en droit américain l'existence implicite d'un principe de diversité, il faut opérer une tentative de définition afin de saisir notre objet. Définir présuppose l'idée de déterminer par une formule précise l'ensemble des caractères qui appartiennent à un concept²¹¹⁵. Donner une définition d'un principe de diversité revient alors à énoncer les significations des éléments caractéristiques de ce principe. Cet exercice périlleux témoigne de la difficulté de saisir l'objet diversité d'un point de vue juridique (1),

²¹⁰⁹ Voir par exemple DOBBIN, F., *Inventing Equal Opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2009, 310p.

²¹¹⁰ Par exemple C.S. *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996), cité in SABBAGH, D., « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux Etats-Unis: de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », op.cit., p. 42.

²¹¹¹ Voir LEVISON, S., *Wrestling with Diversity*, Durham, Duke University Press, 2003, 335 p., p. 40 ; Devon Carbado et Mitu Gulati, « *What Exactly is Racial Diversity ?* », *California Law Review*, vol. 91, no 4, 2003, p. 1159.

²¹¹² Voir *supra* p. 476.

²¹¹³ MORVAN, P., « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la cour de cassation », op.cit.

²¹¹⁴ Sommes-nous vraiment sûrs que nous savons ce que la diversité raciale est ? (Notre traduction). WOOD, P., *Diversity: the invention of a concept*, op.cit., p.120.

²¹¹⁵ Le Robert, *Dictionnaire d'aujourd'hui*, 1992.

situation qui nous conduit à opérer un contournement méthodologique et à poser une définition de la diversité en fonction de son objectif (2).

1-La délicate définition juridique de l'objet « diversité »

Au préalable, il nous faut nous interroger sur la question du singulier ou du pluriel. Traiter de la diversité ou des diversités pourrait ne pas revenir au même, tout comme nous l'avons esquissé avec la problématique de l'appréhension *de la* différence ou *des* différences. Toutefois, les termes du débat sont quelque peu différents, car la diversité reflète les possibles, la probabilité des différences. Toutefois, elle recèle en elle-même variété et hétérogénéité sans se poser en rapport à une norme ou une majorité de laquelle on serait *divers*. Ainsi donc, la diversité inclut en soi ce qui diffère et ce qui ne diffère pas d'une généralité, d'une normalité, d'une majorité. L'utilisation du singulier nous semble donc être plus pertinente puisque le terme traduit en lui-même l'idée du pluriel et postule d'un principe et non de simples réalités ou manifestations de ce principe.

Si l'on parle de diversité sans y apposer un adjectif qualificatif, nous nous trouvons face à un objet large, englobant tous les éléments identitaires d'une personne, comme par exemple²¹¹⁶: l'origine familiale et/ou géographique, l'ethnie, la « race », la langue, la religion, la culture, la nationalité, le sexe, l'âge, la condition sociale, les choix de modes de vie, etc. Le choix d'une de ces références n'est pas simple, chacune de ces qualifications appelant à considérer une multitude de paramètres. A ce stade, un jeu quasi insoluble nous amènerait à appréhender chacun de ces éléments, les considérer dans leur relation aux autres, et, le cas échéant, établir une hiérarchie des appartenances ou sentiments d'appartenances entre eux. En outre, il nous faudrait définir dans quelle mesure ces références sont cumulatives, tout comme il conviendrait d'identifier les modalités possibles de leur succession. Ce ne sera pas ici notre propos. Enfin la question de l'auto identification ou de la reconnaissance exogène se poserait, certainement de façon plus commode que les précédentes. L'analyse de l'expérience américaine serait dans ce sens éclairante pour la situation française, non pour la transposer *stricto sensu*, sinon pour mieux la saisir et la dépasser. Ainsi, on pourrait *a priori* déterminer que les référents qui influent, motivent voire résultent de ces situations s'apprécient au carrefour de l'auto identification et de la reconnaissance externe, sociale tout autant que

²¹¹⁶ Cette liste n'est en rien exhaustive.

juridique. Ainsi, en cas de différence d'appréciation²¹¹⁷, il appartiendrait au juge d'opérer une qualification en fonction des éléments à sa disposition²¹¹⁸. Cette solution nous permettrait d'échapper à toute fixation identitaire, parce qu'elle serait soit réalisée sur la base de la seule auto-identification comme aux Etats-Unis, soit établie par la puissance publique en fonction de distinctions illégitimes.

A considérer notre définition de départ, la diversité n'est pas un état mais une situation²¹¹⁹. Elle représente en ce sens les différences de valeurs, d'attributs ou d'activités, entre les individus ou les groupes coexistant dans un cadre déterminé, que la société estime pertinente, à un moment donné, pour l'appréhension du comportement de ces individus ou groupes²¹²⁰. Si l'on se rattache alors à cette conception, il conviendrait de ne pas de détailler davantage l'appréhension sémantique normative afin de ne pas figer les éléments en amont et en aval de ces valeurs, attributs ou activités.

Concept flou, la diversité ne pourrait donc qu'exister comme un principe au contenu nébuleux, sans véritable définition juridique afin de ne pas le rendre incompatible parce qu'inconstitutionnel par rapports aux critères de discriminations interdits ou suspects. Ainsi, en France, en raison des discriminations interdites, il serait inconcevable à moins de remettre en cause tout l'ordonnement constitutionnel, de fonder une diversité entendue par des différenciations directement fondées sur la race, les origines ou la religion. Il en serait de même, dans une certaine mesure, aux Etats-Unis, où les désignations selon la race et l'ethnie sont admises, bien que considérées comme des catégories suspectes. Ainsi appréhendée, la diversité pourrait être envisagée comme un moyen de conduire à la reconnaissance des identités, identités entendues comme « fines », basées sur des expériences et des intérêts communs plutôt que sur les origines ou les cultures²¹²¹. Toutefois, là encore, la confusion

²¹¹⁷ Nous pensons par exemple mais de façon non exhaustive à une différence d'appréciation entre une personne qui s'auto-identifie et le juge qui doit apprécier les éléments fondant une discrimination à l'encontre de la personne.

²¹¹⁸ Cette considération pourrait se trouver au carrefour de trois éléments et pourrait être: l'auto-identification de la personne, la perception de cette identification par le groupe auquel elle se sent appartenir, et enfin par les personnes extérieures à son groupe de rattachement. Aussi, l'identité serait davantage rattachée à une donnée subjective.

²¹¹⁹ Par état nous entendons les caractéristiques innées, souvent figées. Par situation, nous entendons les caractéristiques de ce qui existe à un moment donné, dans un endroit donné, par définition contextuel.

²¹²⁰ SCHUCK, P.H., *Diversity in America*, op.cit., The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.7.

²¹²¹ P., NDIAYE, reprend les travaux du sociologue américain T. Shelby pour qui il existe une identité noire épaisse et une identité noire fine. La première renvoie à des groupes circonscrits par une identité basée sur « une culture, une histoire, des références communes, une langue qui marquent une différence nette entre ceux qui en sont porteurs et les autres ». L'identité fine, délimite quant à elle « un groupe qui n'a en commun qu'une expérience de l'identité prescrite, celle de noir en l'occurrence ». NDIAYE, P., *La condition noire*, op.cit., p. 48.

demeure car il appartiendrait de définir les critères liés à ces expériences et intérêts, sans passer par les références précédemment écartées parce que prohibées.

Si une définition plus fine ne peut être retenue, une délimitation de ce principe pourrait toutefois être opérée. Ainsi il pourrait, à défaut d'être saisi par son objet, l'être par son objectif.

2- Une définition de la diversité par l'objectif du principe de diversité

Puisque la saisie de l'objet est sujette à controverse, il convient de se demander si on ne pourrait pas envisager le principe de diversité à travers l'appréhension du but qu'elle cherche à atteindre. Considérer le contenu d'un principe de diversité revient alors à se demander s'il s'agirait pour l'Etat, pour reprendre et enrichir la nomenclature posée par P.H. Schuck²¹²², de protéger, de promouvoir, de respecter, de faire respecter, de garantir²¹²³ et/ou d'« *empower* » la diversité, c'est-à-dire de donner du pouvoir aux personnes pour qu'elles puissent elles-même faire le choix de leur diversité - et de ce fait, des implications juridiques qui lui sont attachées-²¹²⁴.

a. La protection de la diversité

L'idée de protection est à rattacher à la notion juridique de non-discrimination et à la notion sociologique de non-homogénéisation. Elle vise d'abord à mettre en œuvre des mécanismes juridiques qui veillent à ce que la diversité, présente mais aussi future, puisse se réaliser à

²¹²² P. H., SCHUCK différencie, pour une société favorable à la diversité, quatre différentes manières de la considérer: « protecting, promoting, exploiting and empowering diversity ». SCHUCK, P. H., *Diversity in America, Keeping government at a safe distance*, op.cit., pp.27-28.

²¹²³ Nous pouvons relever qu'il s'agit d'une nomenclature qui ne suit pas les obligations de l'Etat par rapport aux Droits de l'Homme, à savoir: respecter, garantir/protéger et promouvoir. Ainsi, dans PIDCP, le préambule énonce: « (...) considérant que la Charte des Nations Unies impose aux Etats l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'homme, prenant en considération le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte ». L'article 2 mentionne par ailleurs qu': « un Etat partie doit respecter et garantir les droits reconnus dans le Pacte à toute personne sous sa juridiction et pourvoir un recours utile aux personnes dont les droits découlant du Pacte ont été violés ».

²¹²⁴ La notion d'*empowerment* est de traduction délicate en français. Il s'agit d'un processus visant à donner du pouvoir à une ou des personnes. Le terme *empowerment* fait référence au renforcement des capacités, à une appropriation ou à une réappropriation du pouvoir d'une personne ou d'un groupe sur sa propre réalité. Ce terme sera utilisé en anglais dans le texte. Pour une définition de l'*empowerment*, voir par exemple KIEFFER C.H., « Citizen empowerment: A developmental perspectives », in RAPPAPORT, J., HESS, R. , SWIFT, C. (Dir.), *Studies in empowerment: Steps toward understanding and action*. New York : The Hayworth Press, 1984.

travers les libertés fondamentales de rang « formellement constitutionnel »²¹²⁵. Elle implique aussi que la diversité soit protégée par rapport à une tendance dominante et excluante. Elle postule donc un refus de toute idée assimilationniste. Enfin, elle induit le développement de politiques de lutte contre les discriminations directes ou indirectes. La France et les Etats-Unis, au regard du développement normatif que nous avons eu à apprécier précédemment, sont sans nul doute déjà dans ce processus que l'on pourrait qualifier de minimaliste.

b. La promotion de la diversité

L'idée de promotion participe à un stade supérieur d'implication, et de ce fait, de responsabilisation. Elle génère une dynamique active, positive de la part de l'Etat, postulant une démarche volontariste afin d'instituer une certaine conception de la diversité. Dans cette perspective, il pourrait par exemple s'agir de mettre en place des programmes culturels ou encore de développer des programmes de discriminations positives²¹²⁶. Le traité d'Amsterdam stipule explicitement que l'Union européenne doit promouvoir les diversités existantes. Le droit étasunien se rattache davantage à cette idée de la diversité, notamment au travers des politiques d'*affirmative action*. La jurisprudence *Bakke* s'inscrit par exemple dans cet objectif, légitimant les mesures de discriminations positives dans le domaine universitaire par l'objectif de promotion de la diversité du corps étudiantin, promoteur de diversité de la société dans son ensemble. Cet objectif de diversité se fonde par conséquent sur des mesures positives et constitue les bases d'un droit à la différence.

c. Le respect de la diversité

Edicter un principe visant à respecter la diversité reviendrait à la fois à protéger la diversité et dans une certaine mesure, à la promouvoir. L'idée est ici de garantir l'exercice des libertés et des droits culturels, tant dans leur dimension individuelle que collective. La dimension collective s'entend non pas obligatoirement comme des droits collectifs de groupes mais comme des droits que les individus appartenant à des groupes spécifiques possèdent²¹²⁷. Si cet objectif de respect de la diversité reflète la position américaine et se trouverait être clairement

²¹²⁵ FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit des libertés fondamentales*, op.cit., p.97. Pour une définition dite stipulative des droits fondamentaux en droit français, voir *Ibid.*, p.90.

²¹²⁶ SHUCK, P., *Diversity in America. Keeping government at a safe distance*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.27.

²¹²⁷ Voir les développements *infra*, pp. 380-385.

visible dans le corpus normatif de ce pays, il ne concerne aujourd'hui que de manière implicite la France. Cet objectif de diversité qui s'appuie sur les deux premiers constitue une étape supplémentaire dans la reconnaissance d'un droit à la différence.

d. Le « Faire respecter » la diversité

L'objectif de faire respecter la diversité induit la reconnaissance d'un principe de diversité. Il place l'Etat dans un rôle à la fois prépondérant et distancié, tel un arbitre. Néanmoins, un tel objectif implique que l'on passe à un véritable droit assorti de moyens de contrainte et de contrôle. Dans ce cadre, la puissance publique, à tous les niveaux, fédérés et fédéral, centralisé ou décentralisé, devrait avoir des moyens juridiques, à la fois normatifs et de contrôle. Ceci permettrait que les libertés publiques²¹²⁸ tout autant que les droits culturels soient effectifs sur tout le territoire et dans les différentes relations, publiques et privées, pour les personnes des groupes ou les groupes eux-mêmes qui revendiquent la diversité. Il s'agirait alors de garantir un véritable droit à la différence²¹²⁹ dans les deux nations.

e. La garantie de la diversité

Le fait de garantir la diversité pousse la logique de la promotion plus loin encore puisqu'à une volonté politique se substitue une obligation. Dans ce cadre l'Etat aurait non seulement l'obligation de faire respecter la diversité, en se dotant de moyens de coercition pour garantir sa protection et sa promotion, mais également celle de la respecter lui-même, sous peine de non-respect de ses obligations. De ce fait, un principe visant à garantir la diversité postulerait d'un véritable droit à la diversité, où il existerait un principe de diversité, un système normatif (normes législatives et infra-législatives) qui s'y subordonneraient, un organe juridictionnel garant de cette conformité de la hiérarchie des normes et enfin, des titulaires en mesure de saisir l'organe compétent en cas de violation²¹³⁰. De ce fait, ce droit à la diversité, s'il était constitutionnellement reconnu impliquerait alors une particularisation législative systématique

²¹²⁸ Les libertés publiques sont définies en droit français, comme « des permissions de rang législatif attribuées à des catégories générales de bénéficiaires et liées à la possibilité d'un contrôle juridictionnel de normes infra législatives fautives ». FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit des libertés fondamentales*, op.cit., p.91

²¹²⁹ Voir *supra* p.442 et s.

²¹³⁰ Réflexion calquée sur les rapports normatifs établis en matière de droits fondamentaux *in* FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit des libertés fondamentales*, op.cit., p.90.

pour tous les bénéficiaires²¹³¹, ce qui reviendrait à remettre en cause l'universel pour mieux garantir une égalité réelle, à finalité universelle. Il s'agirait alors de postuler d'un droit de la différence.

f. Donner le pouvoir de choisir « sa diversité »

Enfin, on pourrait envisager le fait d'*empowering* la diversité c'est-à-dire d'aider les personnes à choisir pour elles-mêmes les sortes et les niveaux de diversité qu'elles préfèrent. Cela supposerait un principe général et absolu de diversité reposant sur l'ancrage d'un véritable droit de la différence qui supposerait un pluralisme juridique de subordination voire même de coordination.

²¹³¹ Ce système induit une catégorisation des groupes et une reconnaissance formelle des catégories, en sus d'une définition d'un système de mesure de la diversité essentiellement basé sur l'auto-identification.

Ces objectifs de la diversité pourraient être schématisés de la sorte :

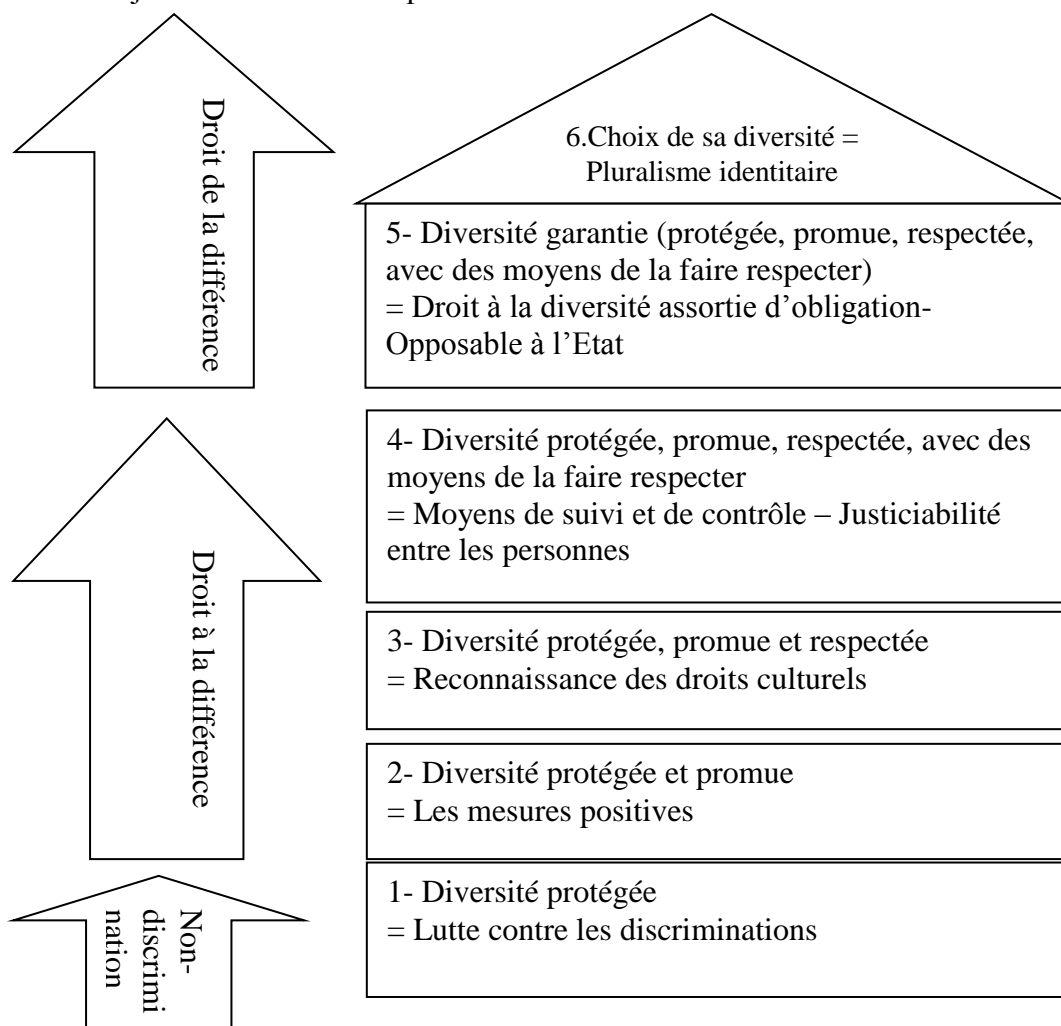


Schéma n°1 : Les objectifs de diversité

Ainsi, au regard de l'évolution juridique et de l'état actuel du droit, nous relevons qu'il n'y a pas un objectif clairement établi, énoncé comme tel pour l'un ou l'autre des contextes étudié. Toutefois, il semble à première vue qu'en France l'objectif est de protéger et de promouvoir la diversité et pour certains groupes de population de la respectée à travers la reconnaissance de droits culturels. Aux Etats-Unis, une première lecture révèle l'objectif de faire respecter la diversité. Toutefois, la remise en cause des mesures de discriminations positives outre atlantique nous invite à relativiser ce propos.

Par conséquent, si un principe de diversité semble présent en France et aux Etats-Unis de manière implicite, sa définition juridique est pour le moins problématique. Si les critères de la diversité sont délicats, les objectifs d'un principe de diversité pourraient fonder une définition de contournement de l'objet diversité. Au caractère imprécis du contenant et du contenu d'un principe de diversité, s'ajoute une dimension implicite et contestée d'un tel principe. Cette

double imprévisibilité, nous conduit à présent à émettre de sérieux doutes quant à l'opportunité d'en opérer une constitutionnalisation.

§2- La constitutionnalisation improbable du principe de diversité

Constitutionnaliser le principe de diversité en l'état actuel du droit reviendrait en France à faire entrer le terme diversité dans notre « constitution lacunaire »²¹³² ou tout au moins, dans le bloc de constitutionnalité. Loin d'être un simple exercice de forme, cette constitutionnalisation conduirait à figer le droit en « fondamentalisant » des principes qui doivent apparaître comme particulièrement nécessaires, manifestations de caractéristiques essentielles de la société. La question de la pertinence de la constitutionnalisation d'un principe de diversité s'est posée au début de l'année 2008 avec la création du Comité de Réflexion sur le préambule de la constitution présidé par S. Veil. Invitant à ce que « notre constitution soit à nouveau en avance sur son temps »²¹³³, un des sept points soumis au comité était de savoir s'il fallait « rendre possible de nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité ? »²¹³⁴. A ce titre, il n'est pas inopportun de rappeler que ce questionnement n'est pas nouveau. Par exemple, la commission spéciale présidée par E. Faure instituée le 20 décembre 1975 avait pour objet de faire des propositions de lois constitutionnelles, notamment sur ces questions. Les réflexions portaient sur la diversité, le droit à la différence et l'égalité des chances, en proposant notamment un article 12 ainsi libellé : « 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 se manifester comme tel ».²¹³⁵ En outre, si les travaux du comité consultatif pour la révision de la constitution présidé par G. Vedel ne parlaient pas de diversité, les auteurs préconisaient la consécration constitutionnelle de certains droits nouveaux, la considérant « très opportune eu égard aux conditions d'évolution

²¹³² PONTTHOREAU, M.C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*. Collection Droit Public Positif. Economica. 1994, P. 32

²¹³³ Intervention du Président de la République devant la presse au palais de l'Élysée, 8 janvier 2008.

²¹³⁴ Rapport du Comité présidé par Simone Veil, *Redécouvrir le préambule de la constitution, Rapport au Président de la République*, La Documentation Française, Paris, 2009, p.8.h

²¹³⁵ *Ibid*, p.15.

de la société française »²¹³⁶. Cette insertion de droits nouveaux a été réalisée par la réforme institutionnelle du 21 juillet 2008, à l'issue des travaux du comité Balladur²¹³⁷. Si la diversité en tant que telle n'a pas été consacrée, et tel n'était pas son objet, le pluralisme des opinions a été affirmé à l'article 4 et les langues régionales ont été reconnues comme patrimoine national à l'article 75-1. Comme nous l'avons souligné, ces deux dynamiques renforcent l'idée d'un principe implicite de diversité.

Aux Etats-Unis, cet exercice de « fondamentalisation » d'un principe par son incorporation dans la loi suprême apparaît *a priori* plus aisé en raison de la souplesse intrinsèque du texte de 1787. Dans ce sens, P. Wood se demandait si « *so is the rise and widespread acceptance of diversity as a principle really a challenge to the constitutional order in United States? And if it is, why does it seem so uncontroversial to so many?* »²¹³⁸. Il convient de souligner que, cadre flexible et maintes fois adapté, la constitution américaine n'en constitue pas moins un référent pérenne qui plus que modifié ou complété, est interprété dans un sens de modernité afin de lui conférer une « âme plus moderne »²¹³⁹. Aussi dans le cadre américain, il s'agirait davantage d'une incorporation de la diversité dans la conception de l'*Equal protection* du 14^{ème} amendement que d'une inscription de la diversité *per se*. Car si l'article 5 de la constitution prévoit l'adoption de nouveaux amendements pour adapter la constitution à des circonstances nouvelles²¹⁴⁰, nous pourrions considérer que l'ajout d'un nouvel amendement à la constitution ne serait pas nécessaire²¹⁴¹, car on peut s'appuyer à la fois sur la mention de l'*E pluribus unum* et sur la jurisprudence de la Cour Suprême. Cette dernière, en s'acheminant vers une conception *color blindness*²¹⁴² illustre ce qu'il convient de nommer une « constitution vivante », qui exprime une conception évolutive de la Constitution. Dans ce cadre, la flexibilité et la fonctionnalité du texte constitutionnel ont été et pourraient encore être utilisées, pour contourner la rigidité de l'article 5 susmentionné. Cette adaptation souple aux changements permet dès lors aux juges d'agir en véritable pouvoir constituant tout en

²¹³⁶ Rapport au Président de la République remis le 15 février 1993 au comité consultatif pour la révision de la Constitution institué par décret du 2 décembre 1992 et présidé par Georges Vedel.

²¹³⁷ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} république, *Pour une république plus démocratique*, Fayard/La Documentation française, 2007, p.165 et s.

²¹³⁸ Si la hausse et l'acceptation répandue de la diversité comme un principe est vraiment un défi à l'ordre constitutionnel aux États-Unis ? Et s'il est, pourquoi semble-t-il si indiscutable à plusieurs ? (Notre traduction).

²¹³⁹ LEVASSEUR, A.A., *Droit des Etats-Unis*, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, 388 p., p.19.

²¹⁴⁰ Voir annexe n°2.

²¹⁴¹ Soulignons comme le mentionne P. WOOD que personne n'a proposé un amendement dans le sens de la diversité à la constitution des Etats-Unis. WOOD, P., *Diversity: The invention of a concept*, op.cit., p15.

²¹⁴² Voir *supra* p. 28, 93, 401, 408 et 473.

garantissant une certaine permanence du texte en dépit l'évolution du droit constitutionnel positif²¹⁴³.

Dès lors, nous dérogerons ici à notre démarche comparatiste en ne nous posant la question de la constitutionnalisation du principe de diversité seulement dans le contexte français. En nous positionnant en faveur d'une « non-constitutionnalisation », nous nous intéresserons à deux axes: d'une part la technique juridique; d'autre part, l'opportunité. Aussi, avant de nous intéresser aux motivations du comité Veil de ne pas intégrer la notion de diversité dans le préambule de la Constitution (B), nous faudra-t-il considérer les possibilités de constitutionnalisation existantes en l'état actuel du droit (A).

A- La faisabilité de la constitutionnalisation d'un principe de diversité en France

Si le comité Veil a tranché, exposant on ne peut plus clairement que le texte constitutionnel²¹⁴⁴ est une « norme intemporelle et non sujette à révision », nous pourrions toutefois rejoindre le Doyen Favoreu. Selon lui, « nous sommes maintenant engagés dans un processus d'adaptation régulier de la Constitution. (...) on traite enfin la constitution comme elle devrait l'être et (...) on en change pas par des coups d'Etat et des révolutions, mais bien par le biais de révisions »²¹⁴⁵. Dans ce cadre, notre réflexion portera sur les modalités potentielles de constitutionnalisation d'un principe de diversité avant d'envisager la nature d'un tel principe et sa place dans la hiérarchie des normes.

Si l'on considère qu'il n'existe pas par nature de matières constitutionnelles, et si le constituant a dans tous les cas le dernier mot, il faut tout de même de référer à deux réalités distinctes. En premier lieu le congrès, en second lieu, les citoyens français. Concernant le congrès, nous pouvons douter d'une telle situation en l'état actuel de la réflexion comme en témoignent les conclusions du rapport du comité Veil. S'il en était autrement, on pourrait

²¹⁴³ Sur la notion de constitution vivante voir APOSTOLOS, V., *Les juges de la Cour Suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante, Thèse de doctorat*, . (2011-06-15) / Paris 2, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/40f677b1-d92c-4be7-ac88-618165afb0c6>, consulté le 30 décembre 2011. Face à cet activisme judiciaire, on note une forte réaction des textualistes et *originalistes*. *Ibid.*, p. 547.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, p.34.

²¹⁴⁵ FAVOREU, L., in J.O.A.N. 1999, Impressions, Rapport n° 1240 au nom de la commission des lois, présenté par Mme Catherien Tasca, cité in HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Nouvelles modifications de la Constitution ? Redécouvrir le préambule de la Constitution ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », RFDA, mai-juin 2009, pp.397-406, p399.

soulever une interrogation polémique et se demander dans quelle mesure ce constituant représentant du peuple français, est lui-même représentatif de la diversité ethnoculturelle de la population française. Pour autant, nous devons nous interroger sur le fait de savoir si ce caractère effectivement représentatif est, en lui-même, important²¹⁴⁶. En ce qui concerne les citoyens français, qui pourraient se voir soumettre un projet ou une proposition de référendum en vertu de l'article 89 al 2 de la Constitution, la problématique pourrait être envisagée avec le même type de questionnement. En effet, de nombreuses personnes étrangères vivant sur le territoire national, incarnant et participant de la diversité française, ne sont pas citoyennes et n'ont donc pas accès aux scrutins nationaux.

L'auteur d'un principe de diversité constitutionnel pourrait également être le Conseil constitutionnel qui, en tant que « représentant du peuple constituant »²¹⁴⁷, pourrait dégager un tel principe de valeur constitutionnelle ou objectif à valeur constitutionnelle. Ce dernier pourrait s'intégrer dans la hiérarchie des normes sans toutefois que le Conseil ait à expliquer son fondement. Car même si le doyen Vedel nie tout pouvoir créateur au juge constitutionnel²¹⁴⁸, le pouvoir du juge est large et repose sur une volonté d'interprétation. Dans ce sens, le conseil constitutionnel a déjà provoqué la révision de la Constitution, entérinant le fait que « les évolutions se font parfois de manière subreptice »²¹⁴⁹. Toutefois, le « resserrement des catégories des normes de références »²¹⁵⁰ permet de douter d'une évolution jurisprudentielle en faveur de droits complémentaires. Nous verrons quelle pourrait être la nature d'un principe constitutionnel de diversité (1) avant de nous intéresser à sa place dans la hiérarchie des normes (2).

²¹⁴⁶ Sans se lancer dans un débat d'idées, on se souviendra que les assemblées masculines ont mis plusieurs siècles à admettre l'électorat féminin et leur éligibilité. En même temps, ce sont bien les parlements constitués d'hommes qui ont accepté de telles mutations dans les différentes démocraties occidentales.

²¹⁴⁷ BLACHER, P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Les grandes thèses du droit Français, PUF, 2001. 246 p., p.185.

²¹⁴⁸ VEDEL, D., *Intervention lors du colloque Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, L.G.D.J., Montchrestien, 1988, p.233.

²¹⁴⁹ DHOMMEAUX, J., « Le conseil constitutionnel et la tentation de l'internationalisation de la constitution: La souveraineté nationale est-elle soluble dans le droit international ? », in *Que reste-t-il de la nation dans la constitution ?*, op. cit., pp.83-114., p.83. L'auteur montre notamment comment dans le cadre de l'adaptation de la constitution au droit international le conseil constitutionnel a pu être à l'origine de la révision ou a pu prendre l'initiative de la révision.

²¹⁵⁰ FAVOREU, L., *Les normes de références*, in « *Le conseil Constitutionnel et les partis politiques* », id. (éd), Economica- PUAM, 1988, 119p., p.69 et s.

1-La nature d'un principe constitutionnel de diversité

Il conviendrait de considérer deux éléments engendrant autant d'options constitutionnelles. Le premier reviendrait à poser la diversité comme **un principe à valeur constitutionnelle** sur le fondement duquel toute disposition législative pourrait être censurée. Cette alternative nous semble quelque peu délicate car, dès lors, différents principes constitutionnels essentiels seraient en compétition, se fragilisant mutuellement et pouvant donner lieu à des contradictions parfois insolubles. En outre, le pouvoir du juge s'en trouverait démesurément accru puisqu'il agirait en fait comme un constituant à chaque affaire jugée. La seconde éventualité serait de considérer la diversité comme **un objectif à valeur constitutionnelle**. Dans ce cas, cet objectif aurait vocation à favoriser la mise en œuvre d'autres principes constitutionnels et notamment de garantir l'égalité réelle. Ayant un caractère permissif, il permettrait d'apporter des dérogations à des principes de valeur constitutionnelle, restrictions effectuées sous le contrôle du juge constitutionnel, dans le cadre d'un contrôle strict²¹⁵¹. Le juge jouirait certes d'un important pouvoir d'appréciation mais il serait tenu d'agir dans le cadre de principes préexistants, en les nuancant mais non en les niant. En outre, soulignons que l'idée de pluralisme, différente mais fortement liée à celle de diversité, est déjà un objectif à valeur constitutionnelle²¹⁵². Ainsi le principe de diversité coexisterait avec le principe du pluralisme des courants d'expressions socio-culturels dont « le respect est une condition de la démocratie »²¹⁵³.

2- La place d'un principe de diversité dans la hiérarchie des normes

La question de la place du principe de diversité dans la hiérarchie des normes doit être envisagée en cas de constitutionnalisation de ce dernier. Dans ce cadre, plusieurs possibilités doivent être envisagées. **Si le principe de diversité est un principe constitutionnel**, il serait à intégrer dans le bloc de constitutionnalité en tant que tel. La question de sa place dans l'ordonnement constitutionnel se pose alors. Plusieurs options s'offrent, chacune produisant une implication différente.

²¹⁵¹ Le rôle de mise en œuvre de droits constitutionnellement reconnus des objectifs à valeur constitutionnelle est à rapprocher des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté tel qu'en témoigne la position de la CJCE C.J.C.E., 14 mai 1974, NOLD, aff. 4/73, Rec.p 508.

²¹⁵² Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982 qui parle de la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels ; Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986 en matière de communication audiovisuelle; Décision n°84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 et n°210 DC du 29 juillet 1986 en matière de presse.

²¹⁵³ C.C.n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, R.J.C. I-283.

L'insertion d'un tel principe dans le préambule de la constitution²¹⁵⁴ fut une proposition du Président Sarkozy dans son allocution du 8 janvier 2008²¹⁵⁵. C'est à cette fin que le comité Veil a été institué²¹⁵⁶. L'insertion d'un principe de diversité dans le préambule signifierait alors que ce principe occuperait la même place que les autres principes énoncés puisqu'ils ont entre eux une égale valeur constitutionnelle ce qui empêche toute hiérarchisation. Apparaît alors toute la complexité de la nécessaire conciliation en cas de conflits de normes. En outre, comme le rappelle le comité Veil, les droits fondamentaux explicités dans le texte constitutionnel répondent à une logique de sédimentation²¹⁵⁷, chaque nouveau droit venant renforcer ceux préexistants au lieu de les questionner²¹⁵⁸. Dans ce cadre, il semble que le comité se soit rattaché à l'énonciation de G. Carcassonne, pour qui « les dix-sept articles de 1789, complétés par les dix-huit alinéas de 1946, qui eux-mêmes incorporent les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, tiennent ainsi lieu de Déclaration des droits et des libertés, suffisamment patinés par le temps pour n'être pas remis en cause, suffisamment éternels pour demeurer modernes, suffisamment précis pour être protecteurs et suffisamment vagues pour se prêter aux évolutions que le progrès a rendues nécessaires (...) »²¹⁵⁹.

Le principe de diversité pourrait également être envisagé sous l'angle d'un principe de valeur constitutionnelle dégagé par le conseil constitutionnel sans être explicitement mentionné dans le préambule ou dans la constitution²¹⁶⁰.

Il apparaît par contre certain que la catégorie *a priori* illimitée des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République contenues dans le préambule de 1946, soit inopérante si

²¹⁵⁴ Le conseil constitutionnel dans sa décision Liberté d'association du 16 juillet 1971 a intégré le préambule de la Constitution de 1958 au bloc de constitutionnalité, en faisant une norme de référence du contrôle de constitutionnalité. CC, 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, JO du 18 juillet 1971, p.7114. A noter que le préambule de 1958 comprend la Déclaration de 1789, le préambule de 1946 et depuis 2005 la Charte de l'environnement de 2004. Loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 à la suite des travaux de la commission présidée par M. Yves Coppens.

²¹⁵⁵ Conférence de presse, Palais de l'Élysée, 8 janvier 2008.

²¹⁵⁶ Décret n°2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un comité de réflexion sur le préambule de la constitution ; JCP G 2008, act.262 et 354.

²¹⁵⁷ GICQUEL, J. et J.E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 20^e édition, 2005, 790p., p.174.

²¹⁵⁸ Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, op.cit., p.12.

²¹⁵⁹ CARCASSONNE, G., *La Constitution*, Seuil, « Essais », 2004, 6^{ème} éd., 432 p., p.39.

²¹⁶⁰ Ces principes déduits ont pu être dégagés par le passé comme ce fut par exemple le cas du respect de la vie privée. Pour une liste des 5 principes de valeurs constitutionnelles et les références des décisions qui les ont consacrés, voir Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, op.cit., p.24. Voir également les Décisions n° 76-75 DC du 12 janvier 1997, 94-352 DC du 18 janvier 1995, 99-416 DC du 23 juillet 1999, 2003-467 DC du 13 mars 2003.

une reconnaissance constitutionnelle devait avoir lieu. En effet, les conditions que s'est fixé le Conseil constitutionnel excluent une telle insertion. Outre le caractère véritablement fondamental, le principe doit énoncer une règle importante et générale, concernant des domaines essentiels à la vie de la nation, mais aussi, et c'est là que se trouve nos critères excluant, que le principe trouve « un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946 » et « qu'il n'y ait jamais été dérogé par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 »²¹⁶¹. Au regard de tout ce que nous avons dit sur le caractère unitaire et homogénéisant de la construction nationale française, on ne peut que réfuter cette hypothèse pour une éventuelle constitutionnalisation de la diversité.

D'autres possibilités, moins satisfaisantes pour différentes raisons que nous n'explicitons pas ici parce que trop hypothétiques, pourraient également être envisagées. Par exemple, la réécriture de l'Article 1 al 1 de la Constitution pourrait être privilégiée²¹⁶². Elle se ferait dans ces termes: *La France est une République indivisible, laïque, démocratique, sociale et diverse*. Ou bien, on pourrait imaginer rajouter un nom à la devise républicaine exprimée à l'Article 2 al 4 de la constitution: *Liberté, Égalité, Fraternité, Diversité*. Nous pourrions aussi penser à l'insertion d'un nouvel alinéa dans l'article 2, par exemple al. 6: *Elle promeut et garantit la diversité de ses populations*. Ceci a expressément été écarté par le comité Veil. Enfin, un thème à part entière pourrait être rajouté.

Une autre option doit être envisagée reposant sur **la diversité en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle**²¹⁶³. Dans ce cas, il n'y aurait pas de force contraignante en soi mais serait lié à une norme précise. En effet, cette notion fait, comme son nom l'indique, référence à des buts que peut poursuivre le législateur et non à des injonctions. Ils ne relèvent pas des droits

²¹⁶¹ A ce jour 10 PFRLR ont été identifiés par le Conseil Constitutionnel. Voir liste dans le Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, op.cit., p.23-24. A noter que le conseil d'Etat en consacre un 11^{ème}: l'obligation pour l'Etat de refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique (CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*), AJDA, 1999, p.219.

²¹⁶² Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution affirme que l'article 1^{er} fait intellectuellement partie du préambule.

²¹⁶³ La notion d'« objectif de valeur constitutionnelle » a été dégagée par le Conseil Constitutionnel qui a pu qualifier ainsi certains principes tels que par exemple la préservation du pluralisme des courants d'expression socio-culturels (déc. 141 DC du 27 juillet 1982), le pluralisme des quotidiens d'informations politiques et générales (déc. 210 DC du 29 juillet 1986) ou encore la sauvegarde de l'ordre public (déc. 141 DC du 27 juillet 1982, 298 DC du 17 janvier 1989, 424 DC du 20 novembre 2003). Pour une liste plus détaillée, voir FAVOREU, L., *Droit constitutionnel*, op.cit., p.135. Ces objectifs de valeur constitutionnelle sont aussi appelés « fins d'intérêt général ». Voir aussi LUCHAIRE, F., « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4 n° 64, p. 675-684.

fondamentaux et ne sont pas considérés comme justiciables²¹⁶⁴. Ainsi, le conseil ne les invoque pas pour censurer des dispositions législatives mais peut les utiliser pour limiter la portée d'une loi en ce sens qu'ils mettent en œuvre un principe constitutionnel. Toutefois, ces limitations aux normes constitutionnelles ne peuvent conduire à une dénaturation de leur sens ou portée²¹⁶⁵. Dégagés de manière prétorienne²¹⁶⁶, ces principes trouvent un fondement indirect dans la constitution. Notons que la préservation du caractère pluraliste des courants d'expressions socio culturels²¹⁶⁷, le pluralisme des courants de pensée et d'opinion²¹⁶⁸ sont des objectifs constitutionnels dégagés par le conseil constitutionnels.

En l'espèce, cette solution nous semble la plus appropriée car elle permettrait de concilier sans remettre en cause la diversité avec les principes de valeur constitutionnelle, notamment l'égalité et l'universalité. En outre, le fait de qualifier la diversité d'objectif de valeur constitutionnelle permettrait d'enrichir le principe d'égalité sans contrevenir à ce dernier²¹⁶⁹. Il convient à présent de se demander si un tel objectif devrait être dégagé par le juge ou inscrit dans la constitution. Un objectif pourrait être inscrit dans le préambule de la constitution lequel mentionnerait par exemple: *La France se donne pour objectif le respect de la diversité*

²¹⁶⁴ FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p.860-861.

²¹⁶⁵ CC. n° 98-403 DC du 29 juillet 1998. Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, Considérant 7 : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, s'il appartient au législateur de mettre en oeuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés ».

²¹⁶⁶ Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, op.cit., p.24. Ceux-ci font leur apparition explicite dans la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, dans laquelle le Conseil affirme qu'« il appartient au législateur de concilier [...] l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec [...] les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juill. 1982, *communication audiovisuelle*, Rec. p. 48, cons. 5. Toutefois, comme le mentionne P. de Montalivet, des signes existaient dans les décisions précédentes et notamment décisions n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 (*Droit de grève à la radio et à la télévision*, Rec. p. 33), n° 79-111 DC du 30 décembre 1979 (*Vote du budget II*, Rec. p. 39) et surtout n° 80-127 DC des 19-20 janvier 1981 (*Sécurité et liberté*, Rec. p. 15). MONTALIVET, P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », – Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20, Juin 2006, 9 p. Voir aussi GENEVOIS, B. *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, STH, 1988, p. 204.

²¹⁶⁷ Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982.

²¹⁶⁸ Décision n° 2004-497 du 1^{er} juillet 2004.

²¹⁶⁹ Le conseil constitutionnel peut aussi prendre en compte les règles ou principes innommés. Ceux-ci permettent de justifier la portée d'une norme constitutionnelle ou moduler l'intensité de son contrôle. Toutefois, au regard de la liste qui peut être faite de tels principes (intérêt général, ordre public, proportionnalité...) et du fait de l'implication d'un principe de diversité, notamment avec sa conciliation avec d'autres règles, une telle prise en compte semble inopérante. Sur les règles ou principes innommés par le Conseil constitutionnel voir la communication du Président Genevois, présenté lors du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel le 3 novembre 2008.

du peuple français ou des populations françaises. Une telle rédaction quelque peu laconique laisserait une certaine latitude au législateur et un large pouvoir d'appréciation au juge.

Cependant, il semble plus pertinent de s'interroger sur la possibilité de dégager un objectif à valeur constitutionnelle sans procéder à une révision de la constitution. Cette alternative nous permettrait de ne pas porter atteinte à la hiérarchie des normes ni de figer le droit tout en favorisant un ajustement entre mesures législatives et principes constitutionnels à travers le contrôle de proportionnalité²¹⁷⁰. En théorie, rien de s'y oppose en vertu de « l'interprétation juridique »²¹⁷¹. Néanmoins, d'un point de vue pratique, on peut douter d'un tel revirement de jurisprudence. On doit en outre souligner l'indépendance des juges. De ce fait, une révision répondrait aujourd'hui à une volonté politique d'ériger la diversité en caractéristique essentielle de la nation alors qu'une très hypothétique évolution jurisprudentielle, pour ne pas parler de révolution, résulterait d'une gestion juridique pragmatique.

Dans tous les cas, il ne pourrait être fait l'économie d'une adéquation du principe de diversité avec des principes de même valeur. Principe ou objectif à valeur constitutionnelle, l'idée d'une telle constitutionnalisation implique de travailler à leur contenu afin d'adapter leur définition aux autres principes en vigueur, qui plus est avec ceux qui lui sont antérieurs et sur lesquels ils peuvent en partie trouver un fondement juridique.

La question réside alors dans l'existence d'une hiérarchie des principes constitutionnels. Celle-ci ne peut être formelle puisqu'existe une égalité entre les principes qui se sont tous vu reconnaître une forme constitutionnelle²¹⁷². Il s'agirait par conséquent d'une hiérarchie matérielle plus ou moins établie, réalisée sur la base du contenu des principes. Toutefois, on pourrait se demander si dans les faits, le Conseil constitutionnel ne procède pas davantage au cas par cas. Cette option lui permet de composer à la fois avec l'actualisation des principes, tant au niveau de leur définition que de leur délimitation tout autant qu'avec l'insertion de « nouveaux principes ». Un arbitrage permanent des principes en conflit est donc requis²¹⁷³ appelant à une réinterprétation constante.

²¹⁷⁰ BYK, C., *Biométrie et Constitution : est-il déjà trop tard pour les libertés publiques ?*, La semaine Juridique, Editions Générales, n° 25, 18 juin 2008, 154p, p. 22.

²¹⁷¹ PONTHEOREAU, M.C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel. Collection Droit Public Positif. Economica. 1994, op.cit 74, P. 18.

²¹⁷² ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2010, 9eme éd., 986 p., p.113.

²¹⁷³ *Ibid.*, p.115.

Enfin, à considérer un principe de diversité ou plus précisément un objectif de diversité à valeur constitutionnelle, il convient de déterminer son fondement. Ce dernier pourrait s'ancrer sur le principe d'égalité, une égalité envisagée comme un résultat et non comme un simple moyen, une égalité synonyme de la non-discrimination et une égalité corollaire de l'équité. Ce postulat implique l'acceptation du primat de l'équité sur l'égalité-moyen afin d'être plus à même de garantir l'effectivité de l'égalité-finalité²¹⁷⁴. Ce glissement dans l'interprétation du principe d'égalité, passant d'un moyen à un objectif, contribue à enrichir l'égalité d'une dimension sociale aux côtés de la référence traditionnelle à une égalité politique. L'égalité comme finalité induit le différentialisme et effrite le concept universaliste traditionnel. En effet, faire passer la réduction des inégalités au plan du résultat, et non plus comme une résultante d'un système, implique que l'on prenne en compte les différences de situations entre les personnes pour mieux les estomper. La segmentation du droit s'impose alors comme une condition pour garantir l'insertion de tous, en s'attachant de manière plus spécifique à des catégories laissées en marge de l'universalisme traditionnel plutôt que de favoriser l'intégration en tant que telle, laquelle suppose une démarche envers la société dans son ensemble.

A cette faisabilité matérielle, il convient à présent d'opposer une inopportunité juridique de constitutionnalisation de la diversité.

B- Le caractère inopportun de la constitutionnalisation de la diversité

Les conclusions du comité Veil offrent un éclairage intéressant quant à l'inopportunité, en l'état actuel du droit, de procéder à une constitutionnalisation du principe de diversité. Il convient au préalable de rappeler que la doctrine du comité Veil fondait son analyse sur quatre points essentiels²¹⁷⁵:

- respecter l'héritage constitutionnel français;
- assurer l'intangibilité de l'œuvre constitutionnelle récente;
- ne suggérer aucun enrichissement du préambule qui ne soit doté d'un évident effet utile;
- conserver à l'intervention du pouvoir constituant sa valeur d'ultime recours.

²¹⁷⁴ En effet, l'équité peut être définie comme « l'atténuation de la modification apportée au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières ». Induisant une particularisation du droit tout autant qu'une concrétisation dans l'appréciation des situations, elle fait fléchir la généralité de la règle de droit et perturbe à priori le principe traditionnel d'universalisme.

²¹⁷⁵ Le titre 1^{er} de la première partie du rapport est consacré à la doctrine ce qui constitue le point d'ancrage du rapport.

Ceci a été analysé comme « une forme de déférence *a priori* vis-à-vis du cadre constitutionnel existant »²¹⁷⁶ a conduit le comité à ne pas envisager d'importants enrichissements au préambule. Cette option abstentionniste considérait en effet le changement comme « ni souhaitable, ni utile », notamment au regard de « l'ampleur de notre corpus constitutionnel »²¹⁷⁷. Dans ce cadre, un seul ajout a été préconisé par le Comité, à savoir la référence à l'« égale dignité » de chacun à l'actuel article 1^{er} de la Constitution.

S. Veil, présidente du comité de réflexion sur le préambule de la Constitution²¹⁷⁸ a introduit le rapport en indiquant que « l'urgence est moins à le compléter qu'à en exploiter les richesses par des politiques ambitieuses, actives et concrètes »²¹⁷⁹. Le comité a donc incité à la prudence, partant de l'idée de respecter l'héritage constitutionnel français²¹⁸⁰, caractérisé par une « stratification progressive des droits et libertés hérités du passé républicain jointe à la volonté d'assurer leur application combinée »²¹⁸¹. Cela revenait à refuser l'inscription de dispositions purement symboliques²¹⁸² et notamment d'insérer dans le préambule une nouvelle mention. Il souligne également qu'il serait inopportun de codifier la jurisprudence constitutionnelle.

Ainsi, considérant que « la constitution ne gagne à être révisée que dans le sens d'un plus large consensus »²¹⁸³, entendu comme le consensus national²¹⁸⁴, le Comité refuse de procéder à la constitutionnalisation de la diversité. Pour autant, il ne nie ni l'importance, ni les enjeux de la promotion de la diversité française, « puisque le débat qu'engage cette notion porte sur la possibilité de sceller un nouveau pacte républicain, plus apte à assurer l'intégration des

²¹⁷⁶ HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Nouvelles modifications de la Constitution ? Redécouvrir le préambule de la Constitution ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », op.cit., p. 397.

²¹⁷⁷ Rapport du Comité Veil, op.cit.

²¹⁷⁸ Le comité de réflexion rappelle que le préambule, bien plus qu'une introduction à la loi fondamentale est aussi un texte en soi, énonçant les principes et les droits des personnes. Il se confond alors avec Déclaration de droits. Rapport du Comité présidé par Simone Veil, Redécouvrir le préambule de la constitution, Rapport au Président de la République, La Documentation Française, Paris, 2009, p. 9.

²¹⁷⁹ VEIL, S., Introduction au rapport du Comité présidé par Simone Veil, Redécouvrir le préambule de la constitution, Rapport au Président de la République, La Documentation Française, Paris, 2009, p.6.

²¹⁸⁰ Le comité Veil a élaboré une doctrine déclinée en 4 principes: Principe n°1: respecter l'héritage constitutionnel français; Principe n°2 : Assurer l'intangibilité de l'œuvre constitutionnelle récente; Principe n°3 : Ne suggérer d'enrichissement du préambule que s'il possède sans conteste un effet utile; Principe n°4 : Conserver à l'intervention du pouvoir constituant sa valeur d'ultime recours. *Ibid.*

²¹⁸¹ *Ibid.*, p 25.

²¹⁸² Le comité rappelle que l'écriture constitutionnelle est forcément normative, produisant des effets normatifs pleins et entiers. *Ibid.*, pp.28-29.

²¹⁸³ Redécouvrir le préambule de la constitution, op.cit., p 43.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, p 99.

Français de toutes origines »²¹⁸⁵. Il considère néanmoins que l'arsenal juridique existant, notamment « les immenses richesses constitutionnellement disponibles », permet de répondre « à la recherche de l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations ». En effet, le comité a dans un premier temps refusé « la promotion de la diversité entendue comme permettant des différenciations directement fondées sur la race, les origines ou la religion »²¹⁸⁶, déclinant la levée des interdictions formulées dans l'article 1^{er}. Son argumentation se fonde sur un risque potentiel de communautarisation conduisant à « un affaiblissement du vivre ensemble, en raison de l'incitation donnée aux administrés de se rattacher à leurs communautés d'appartenance pour pouvoir tirer profit des dispositifs mis en place »²¹⁸⁷. A l'extrême, le comité envisage une politique de discrimination sur une base ethnique comme une source potentielle de « tensions et ressentiments entre communautés génératrice de concurrence entre groupes ethniques et matrice d'une dislocation accrue de la Nation »²¹⁸⁸. Privilégiant l'égalité des chances et l'effectivité des droits, le comité considère alors qu'il importe de ne pas remettre en cause le caractère « *color-blindness* des politiques françaises de discrimination positive ». Toutefois il préconise une politique ambitieuse de lutte contre les inégalités. Ainsi, l'adoption de mesures de différenciations positives s'inscrit dans le cadre constitutionnel²¹⁸⁹ et par conséquent d'actions positives qui relèvent de politiques publiques correctives fondées sur des critères sociaux et des territoires conformément aux fondements de la « maison commune de la République »²¹⁹⁰. Aussi, ces « mesures ambitieuses » seraient « susceptibles de bénéficier, notamment aux populations d'origine étrangère qui souffrent d'un déficit d'intégration dans la société française »²¹⁹¹. Aux dires du comité, elles agiraient ainsi comme « équivalent fonctionnel d'une politique préférentielle centrée sur les groupes d'appartenance »²¹⁹².

Cette position, qui pourrait être qualifiée de frileuse se justifie pourtant au regard de l'état du droit actuel et d'une incertaine interprétation de la place du droit. Concernant en premier lieu le droit actuel, nous nous accordons avec le fait qu'il n'est pas souhaitable de poser dans la constitution les caractéristiques de la diversité, étant donné qu'il n'est en rien question de constitutionaliser une catégorisation de la population selon des critères identitaires,

²¹⁸⁵ *Ibid.* p.136.

²¹⁸⁶ *Ibid.* p 53.

²¹⁸⁷ *Ibid.* p 56.

²¹⁸⁸ *Ibid.* p 56.

²¹⁸⁹ « (...) le cadre constitutionnel actuel offre une grande latitude pour la mise en œuvre de politiques de différenciation positive ». *Ibid.* p 57.

²¹⁹⁰ *Ibid.* p.43.

²¹⁹¹ *Ibid.* p.60.

²¹⁹² *Ibid.* p.61

ethnoculturels par exemple. Cela est à la fois impossible et dangereux. Impossible étant donné que les personnes ont différents référents identitaires et, qui plus est, peuvent se retrouver dans des appartenances multiples. Dangereux, puisque cela reviendrait à figer les identités, les essentialiser, en faire une donnée « ascriptive », une caractéristique pérenne, voire même innée ou encore héréditaire, contraire aux principes de liberté et notamment de liberté de croyance et d'opinion. Concernant l'interprétation de la place du droit, nous sommes plus réservés. Ceci revient à poser la question suivante: la constitution a-t-elle pour vocation de changer la société ?

Comme le disait J. Jaurès « quand les hommes ne peuvent changer les choses, ils changent les mots »²¹⁹³. Assurément, le mot diversité dans le texte constitutionnel modifierait un grand nombre de paramètres. A ce jour, il n'est pas certain que ce soit pour le mieux, pour la paix juridique, et au final, pour la paix sociale. Les limites à un principe de diversité conduisent néanmoins à des tentatives de dépassement par un canal juridique assoupli.

²¹⁹³ J. JAURES, 23-27 septembre 1900, au Congrès socialiste international (Paris), in *Congrès socialiste international: Paris, 23-27 septembre 1900*, éd. Minkoff, 1980.

Section 2- Les limites du principe de diversité et leur contournement partiel

Bien que le droit soit dans les deux contextes de notre étude traversé par un principe implicite de diversité, les systèmes juridiques français et américain n'ont pas opéré de reconnaissance formelle, *a fortiori* constitutionnelle, d'un principe général de diversité. L'état actuel du droit, auquel se superpose une certaine raison juridique²¹⁹⁴ ne semble pas aller dans le sens de cette consécration constitutionnelle de part et d'autre de l'Atlantique. Afin de finir de répondre à la question de l'édiction d'un principe de diversité, il convient à présent de s'interroger sur les limites pratiques d'un tel principe (§1). L'énoncé de contraintes de forme et de fond nous conduira à envisager leur contournement potentiel et de ce fait, la diversité dans une perspective de gestion juridique pragmatique, au travers de la *soft Law* (§2).

§1- Les limites inhérentes à la constitution d'un principe de diversité

Alors que P. Morvan considère que les « principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique »²¹⁹⁵, nous pourrions au contraire envisager que la reconnaissance de principes, notamment celui de diversité, n'est pas un simple exercice intellectuel, jouet du juriste. Elle relève plutôt de l'appréhension d'un cadre juridique favorable à l'adéquation de la réalité de la diversité avec une gestion pragmatique, souvent empirique²¹⁹⁶ de cette même diversité. Ainsi, la question de la pertinence d'un principe de diversité doit être appréciée en fonction des solutions qu'une telle consécration apporte à un système juridique aujourd'hui fait de paradoxes et empreint de limites. Dans les développements suivants, nous nous intéresserons aux limites intrinsèques, que nous aborderons au travers de deux exemples concrets: les répercussions sur le dispositif de discriminations positives (A) et les problématiques soulevées par la mesure de cette diversité (B).

²¹⁹⁴ Par raison juridique nous entendons le caractère raisonnable du système juridique au sens de prudent, couplé avec un positionnement raisonné, défini sur la base d'une mise en confrontation des principes et de leurs conséquences pratiques.

²¹⁹⁵ MORVAN, P., « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de Cassation », Université Paris II, Colloque 2006, 60 p.

²¹⁹⁶ Au regard des développements antérieurs, on relève un ensemble de réactions du système juridique par rapport aux mutations qui le touchent. Aussi, il se développe en matière de diversité un corpus *ad hoc*, où les différents éléments se superposent et s'imbriquent, sans que le cadre général ait été au préalable conceptualisé.

A-La prévalence de problématiques juridiques résultant d'un principe de diversité

La définition d'un principe amène à considérer son contenu et à décliner les droits qu'il génère, tout au moins induit et/ou permet. Comme précédemment évoqué, la définition juridique de la diversité est sujette à caution dans les contextes français et américain. L'alternative que représente une définition par l'énoncé de son ou de ses objectifs n'est que partiellement satisfaisante. Aussi, ce flou originel d'une reconnaissance formelle pourrait être fatal à un principe autour duquel doivent s'articuler droits et obligations.

Un principe explicite de diversité impliquerait en effet un droit à la différence, droit à la différence entendu à la fois comme droit à la reconnaissance des différences et droit à l'octroi de droits différenciés en fonction des différences. Un tel automatisme n'est présent ni dans la réalité actuelle des Etats-Unis, ni dans celle de la France, notamment en raison du principe d'égalité et d'une certaine conception de l'indivisibilité du corps social. Si nous avons eu l'occasion de voir que l'unité républicaine envisageait une particularisation du droit et une gestion de la diversité par un droit à la différence, celui-ci n'est ni général ni absolu.

En outre, un principe de diversité se trouverait dans une certaine mesure en confrontation avec le principe d'égalité et celui de non-discrimination qui lui est associé. En effet, il pourrait en premier lieu signifier une inscription illimitée dans le temps des politiques de discriminations positives. Toutefois, une limite temporelle est en principe attachée à une telle institutionnalisation²¹⁹⁷. Un des risques se réfère à la sélectivité, laquelle repose indubitablement sur un processus de différenciation identitaire préalable. Or, toute catégorisation comporte l'écueil d'une institutionnalisation de la stigmatisation des différences et des caractéristiques qui lui sont associées. En outre, il n'est pas certain que ce processus institutionnalisé de discrimination positive ait à long terme un effet psychologique bénéfique sur le corps social, qu'il est pourtant sensé renforcer²¹⁹⁸. Par exemple certains auteurs rapportent une dévalorisation des diplômes obtenus par les groupes minoritaires grâce

²¹⁹⁷ Rappelons que les mesures de discriminations positives sont par nature des mesures temporaires ce qui implique qu'elles ont une durée circonscrite dans le temps. Toutefois, il est rare que dès leur mise en œuvre un chronogramme soit institué avec une planification des résultats intermédiaires et des résultats définitifs.

²¹⁹⁸ Ainsi, on note une certaine dénégation de l'image des personnes membres de groupe, qui peuvent envisager leur place comme une faveur et non comme la résultante d'une position « méritée ». Néanmoins, l'inverse est aussi vrai.

au traitement préférentiel²¹⁹⁹. En plus de favoriser l'écueil de la discrimination à rebours, ce processus contrevient à plusieurs principes républicains en altérant le principe d'égalité des chances et de libre concurrence des individus. Enfin, un des grands problèmes de la discrimination positive est relatif à l'évaluation de ses effets²²⁰⁰. Par essence, toute évaluation de politique publique est délicate dans le sens où appréciations objectives et subjectives s'interfèrent.

B- L'emblématique problématique de la mesure de la diversité

A considérer la consécration formelle d'un principe de diversité déterminé sur la base d'une diversité indéterminée, de nombreuses problématiques se posent. Nous choisissons de nous focaliser sur la question de la mesure de la diversité en ce sens que cette épineuse réflexion renvoie à la question des classifications interdites ou illégitimes et par conséquent, à la conciliation d'un possible principe de diversité avec le principe d'égalité. Aussi, nous verrons en premier lieu la problématique de la mesure de la diversité en France (1) avant d'envisager la situation aux Etats-Unis (1).

1- La récurrence du problème de la mesure de la diversité en France

Si l'on envisage un principe de diversité générant un droit à la différence et une lutte active contre les discriminations, se pose alors la question de la mesure de la diversité. Le fait de disposer d'instruments de mesures paraît inéluctable afin de caractériser les situations, notamment de discriminations et prendre des actions en conséquence. Bien que pour certains auteurs la mesure de la diversité et la collecte de données statistiques nécessaires à la mise en œuvre d'une politique antidiscriminatoire relèvent d'objectifs différents²²⁰¹, les problématiques soulevées sont identiques.

²¹⁹⁹ Il fait par ailleurs craindre un certain assistanatisme dans la démarche étatique. Ainsi, des deux cotés de l'atlantique des voix s'élèvent contre un risque d'accoutumance à l'assistance qui aboutirait à faire naître une mentalité d'assistés.

²²⁰⁰ Notons qu'en France, avant toute promulgation de loi, une étude de l'impact est réalisée.

²²⁰¹ SABBAGH, D., Éléments de réflexion sur la mesure de la « diversité » et des discriminations, La vie des idées.fr, http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20091013_sabbagh.pdf, Consulté le 2.01.2011, p.4

Il s'agit d'une part de doter les pouvoirs publics d'indicateurs pour mesurer la diversité et mieux « identifier ses retards et mesurer ses progrès »²²⁰². Cette connaissance des processus discriminatoires permettrait un suivi par les pouvoirs publics et un moteur pour l'action publique et la concentration des politiques publiques²²⁰³. D'autre part, c'est aussi un élément probant important pour les personnes physiques, qui pour la plupart, français nés en France, sont victimes de discriminations à caractère ethnoculturel²²⁰⁴.

En dépit de débats incessants, une impérieuse nécessité semble peu à peu faire consensus²²⁰⁵. Elle s'appuie à présent sur la décision du Conseil constitutionnel en date du 15 novembre 2007²²⁰⁶. La haute autorité constitutionnelle a alors précisé ne pas être opposée à la collecte de données objectives (le nom, l'origine géographique, la nationalité antérieure à la nationalité française) ni même au traitement de données subjectives telles que le « ressenti d'appartenance ». Dans ce cadre, et sans contrevenir aux discriminations interdites, la mesure de la diversité pourrait être réalisée au moyen d'un questionnaire anonyme à la source. Dans ce type d'instrument de collecte des données, l'identité du répondant n'est pas recueillie ce qui les exclut du champ des données à caractère personnel²²⁰⁷ et les rend conforme aux principes énoncés dans la décision précitée. Ces enquêtes d'intérêt général devraient correspondre à certains critères prédéterminés afin d'une part de garantir une indéniable éthique et d'autre part, de répondre à une démarche scientifique. L'action 28 proposée dans le cadre du rapport Sabbegh, consistant en la possibilité d'une saisine du conseil d'Etat par le gouvernement et portant sur la licéité du recueil de données, apparaît à ce titre particulièrement intéressante²²⁰⁸.

²²⁰² Discours du président de la République du 17 décembre 2008 à Palaiseau.

²²⁰³ Rapport Sabbegh, op.cit, p.46.

²²⁰⁴ Il importe de noter qu'en Angleterre, « la prise en compte du facteur ethnique dans la statistique publique britannique ne préexistait pas à l'adoption d'une législation antidiscriminatoire: elle s'est finalement imposée en 1991 d'abord et avant tout entant que moyen nécessaire à l'application conséquente de cette législation. SABBAGH, D., Éléments de réflexion sur la mesure de la « diversité » et des discriminations, op. cit., p. 21.

²²⁰⁵ Le comité Veil a également confirmé la nécessité de mesurer les discriminations pour mieux les combattre. Rapport du comité de réflexion présidé par Simone Veil, La documentation française, p.61.

²²⁰⁶ Décision n°2007-557 DC, 15 novembre 2007. Même si en l'espèce il a censuré un amendement le projet de loi relatif à « la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile » qui prévoyait d'autoriser la collecte de données « faisant apparaître (...) les origines raciales ou ethniques des personnes » afin de « mesurer la diversité (...) », l'intégration et la discrimination»: voir

<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2007/2007557/2007557dc.htm>, Consulté le 01.08 2010.

²²⁰⁷ Les enquêtes anonymes à la source sortent donc du champ d'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²²⁰⁸ Rapport Sabbegh, op.cit., p.48.

Les expérimentations menées par le Comité pour la mesure de la diversité et des discriminations (COMEDD)²²⁰⁹, institué par le Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances » sont par ailleurs source d'information précise²²¹⁰.

Pour lutter contre les discriminations indirectes²²¹¹, le testing apparaît comme un outil pertinent. Cependant, lui-même exige de se référer à une classification, certes moins ostensible des « testés », selon la variable dont l'usage est prohibé et dont il s'agit précisément de tester l'impact²²¹². Dans ce cadre, la déconnection entre la « race » en tant que critère de discrimination prohibé et l'« origine », semble se présenter comme un élément clef pour le *monitoring* requis par la prohibition des discriminations indirectes. Or, même si le droit européen semble aller dans ce sens, la marge d'appréciation laissée aux Etats ne confère pas force obligatoire à ce dispositif. Le Conseil constitutionnel, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), ou encore la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité ne sont pas favorables à l'établissement d'un référentiel fondé sur l'origine et/ou l'ethnie et la race. Cet obstacle institutionnel se combine avec une limite socio-psychologique qui se réfère à l'auto-identification des personnes. Ainsi, la dimension du « ressenti d'appartenance »²²¹³ qui va conduire à l'auto-déclaration présente une certaine relativité²²¹⁴. En sus, en l'absence de catégories proposées, la qualification de l'identité engendre une dilution de l'intérêt de connaître cette qualification et la dangerosité de reconstruire *a posteriori* des catégories identitaires dites objectives sur la base des auto-

²²⁰⁹ Le COMEDD a été installé le 23 mars 2009 par M. Yazid Sabeg, commissaire à la diversité et à l'égalité des chances.

²²¹⁰ Rappelons que ce comité est mandaté pour «évaluer les dispositifs et les outils nécessaires à l'observation et à la connaissance de la diversité et des discriminations en France », Voir http://www.strategie.gouv.fr/article.php3?id_article=977, Consulté le 1.01.2011.

²²¹¹ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, article premier. En droit français, la notion de « discrimination indirecte » fait référence à « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner (...) un désavantage particulier pour des personnes [identifiées à raison d'un critère prohibé] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés »

²²¹² Voir notamment CALVES, G., « Au service de la connaissance et du droit: le testing », *Horizons stratégiques*, n°5, juillet, 2007, pp. 8-16.; PAGER, D., « The Use of Field Experiments for Studies of Employment Discrimination: Contributions, Critiques, and Directions for the Future », *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n°609, janvier, 2007 pp. 104-133. DUGUET, E., L'HORTY, Y. ET PETIT, P., « L'apport du testing à la mesure des discriminations », *Connaissance de l'emploi*, n°68, août : http://www.cee-recherche.fr/fr/connaissance_emploi/68-apport-testing-mesure-discriminations.pdf, Consulté le 01.08.2011.

²²¹³ Expression issue d'un commentaire d'un arrêt du Conseil constitutionnel en lui-même dépourvu de valeur juridique Commentaire de la décision n° 2007-557 DC - 15 novembre 2007, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-pardate/2007/2007-557-dc/commentaire-aux-cahiers.17182.html>, Consulté le 10.01.2011.

²²¹⁴ L'expression se son identité ou plus précisément de son sentiment d'identité va dépendre d'un certain nombre de critères circonstanciés, liés notamment à l'utilisation des données, à l'interlocuteur, aux intérêts stratégiques, à la compréhension de la question, etc...

qualifications subjectives des personnes.

Pour pallier à ces freins, nous pourrions aller dans le sens d'un équivalent fonctionnel conduisant à un « compromis pragmatique »²²¹⁵. Le dispositif forcément temporaire consiste alors à généraliser la collecte de données « objectives » sur le nom, prénom, lieu de naissance et la nationalité à la naissance des individus, des parents et des grands-parents des enquêtés. Il s'agit d'étendre cette collecte au recensement comme à l'ensemble des enquêtes menées auprès des entreprises et des administrations, voire aux fichiers de gestion, avec les garanties procédurales appropriées²²¹⁶. Il s'agit aussi de recenser les langues maternelles et langues parlées en famille²²¹⁷. Si P. Simon souligne que « certaines solutions peuvent se montrer encore plus culturalistes que la catégorisation qu'elles prétendent éviter »²²¹⁸, nous pourrions abonder dans le sens de D. Schnapper pour qui les statistiques ethniques sont inévitables²²¹⁹, la construction des catégories ethniques étant « inscrite dans le processus de démocratisation de la vie sociale, dans l'exigence de l'égalité contemporaine »²²²⁰.

2- Post-racialité versus mesure de la diversité aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la mesure de la diversité est plus ancienne et répond à une catégorisation définie en amont et proposée aux personnes²²²¹. Néanmoins, plusieurs problématiques sont à soulever.

D'une part, les catégories évoluent²²²². Ainsi par exemple, des catégories apparaissent ou au contraire disparaissent du formulaire du recensement américain, empêchant un suivi effectif

²²¹⁵ Expression forgée par P. SIMON, in SIMON, P. « Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de « race », *Revue française de sociologie*, 49 (1), 2008. pp. 153-162. p. 161

²²¹⁶ Voir par exemple BENICHO, S., KOHLER, I., SABBAGH, D., « Égalité de traitement dans l'emploi: les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine », rapport du programme « Égalité des chances » de la French American Foundation », mars, 2009.

²²¹⁷ SIMON P., « Pour les statistiques ethniques », in SLAMA, S., (dir.) Les discriminations selon l'origine, Problèmes politiques et sociaux, Paris, La document française, n° 966, novembre 2009, pp.96-98, p. 96.

²²¹⁸ *Ibid.*, p. 97.

²²¹⁹ SCHNAPPER, D., « Les enjeux de la statistique ethnique », in SLAMA, S., (dir.) Les discriminations selon l'origine, Problèmes politiques et sociaux, op.cit., pp.100-101, p.100.

²²²⁰ *Ibid.*, p.101.

²²²¹ Voir nos développements antérieurs sur le recensement, *supra* p. 277.

²²²² Voir par exemple SKERRY, P., *Counting on the census ? Race, Group Identity, and the evasion of Politics*, Brooking Institution Press, Washington D.C., 2000, 261p. Voir aussi, PERLMANN, j., WATERS, M.C., *The new race question, How the census counts multiracial individuals*, Russel Sage Foundation, New York, 2002, 398p. Sur l'évolution historique de la nomenclature depuis le premier recensement de 1790, voir SCHOR, P., *Compter et classer: histoire des recensements américains*, Paris, Presses de l'EHESS, 2009, 383p; PREWITT K., *Racial Counting in America: Past, Present, and (?) Futur*, Berkeley, University of California Press, à paraître.

de la diversité américaine. Dans ce sens et à titre d'exemple, soulignons le retrait de l'option « Mexicain » de la liste des catégories raciales en 1930²²²³.

D'autre part, l'auto-identification fluctue. L'augmentation spectaculaire du nombre de personnes se déclarant amérindiens sur le formulaire du recensement des États-Unis entre 1970 et 1990 est à ce titre éloquent²²²⁴. La formulation même de la question du formulaire de recensement invite en effet la personne interrogée à indiquer la ou les race(s) auxquelles « *il ou elle estime appartenir* ».

En outre, la possibilité à présent offerte d'une *multiple response-race* dans le système de statistique fédéral n'est pas sans soulever de nouvelles problématiques. Jugées inadéquates²²²⁵, ces possibilités ouvertes afin de mieux refléter la diversité de la diversité engendrent un système difficile à appréhender. Ce dernier est en soi paradoxal car il présuppose une meilleure prise en compte de la diversité tout en maintenant un système classificatoire fédéral figé. Le recensement de 2000, en rendant possible le croisement de catégories raciales et ethniques, offrait 126 façons de s'identifier²²²⁶. Même si la proportion des personnes revendiquant un bagage multiracial est faible (4%), cette perspective questionne la diversité à deux niveaux. Le premier est celui de la diversification de la diversité. Comment, en effet, attacher des conséquences juridiques à une multitude d'identités, sachant qu'une personne peut avoir plusieurs identités, groupes de référence et d'appartenance²²²⁷? Le second se réfère à la norme dégagée par l'*Office Management and Budget*, qui estime qu'une personne qui mentionne appartenir à la catégorie blanc et une autre catégorie sera comptabilisée parmi les minorités²²²⁸. De ce fait, un grand nombre de personnes pourrait être considérées comme appartenant à des minorités alors qu'ils étaient traditionnellement envisagés comme partie de la majorité. En outre, sachant le fort taux démographique des minorités en comparaison de la majorité telle qu'appréhendue traditionnellement (les blancs), les populations appartenant aux

²²²³ Voir par exemple SCHOR, P., *Compter et classer. Histoire des recensements américains, 1790-1940*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009. Cité in Sabbagh, D., « Éléments de réflexion sur la mesure de la « diversité » et des discriminations », *La Vie des idées*, 13 octobre 2009. ISSN: 2105-3030. <http://www.laviedesidees.fr/Elements-de-reflexion-sur-la.html>, Consulté le 01. 08.2011.

²²²⁴ NAGEL, J., « American Indian Ethnic Renewal: Politics and the Resurgence of Identity », *American Sociological Review*, 60 (6), 1995, pp. 947-965. Cité in *Ibid.*

²²²⁵ HARRISON, R.J., « Inadequacies of multiple-response race data in the defederal statistical system », in SKERRY, P., *Counting on the census ? Race, Group Identity, and the evasion of Politics*, Brookings Institution Press, 261p., pp.137-160.

²²²⁶ WOOD, P., *Diversity: The invention of a concept*, op.cit., p.25.

²²²⁷ Une personne peut être femme, latino et handicapée. Elle peut en outre par sa couleur de peau être perçue par les « autres » au titre de l'exo-qualification, comme noire.

²²²⁸ *Ibid.* p. 26.

minorités ethniques et raciales vont devenir une majorité numérique. Se pose alors la question de savoir comment cette diversité va être gérée et quelles conséquences juridiques vont y être attachées. Si on considère un principe de diversité comme participant d'une justice réparatrice c'est-à-dire ouvert aux membres de minorités historiquement discriminées, on risque de se trouver face à une contradiction de taille. Les minorités devenues majorités vont être traitées comme des minorités historiques et se voir appliquer un traitement préférentiel alors qu'elles sont majorité numérique. La majorité-minorité représentée par le groupe des blancs, en particulier WASP, se trouverait alors dans une position numériquement minoritaire en plus d'être exclue, et donc victime à son tour, de traitements discriminatoires, selon le principe de discrimination à rebours, dénommées *reverse discrimination*²²²⁹.

Rappelons que l'option multiraciale a été développée pour mieux satisfaire l'identification des enfants nés de mariages interraciaux. En augmentation, les enfants des couples mixtes se voient depuis le recensement de 2000 reconnus dans leur multiracialité. Toutefois, il n'a pas été créé une véritable catégorie multiraciale. Il a seulement donné la possibilité de se rattacher à plusieurs races²²³⁰. Or, l'éventail des réponses possibles serait pertinent si ces réponses trouvaient un écho dans leur traitement. Comment envisager les personnes ayant revendiqué leur appartenance à la majorité blanche et à une minorité dans le cadre du redécoupage des circonscriptions électorales ? La réponse donnée n'est en rien satisfaisante. Loin d'être un élément de déracialisation, elle constitue au contraire une continuité historique troublante. En considérant que ces personnes soient comptabilisées comme des membres de la minorité, semble alors perdurer la règle de la goutte de sang. D Sabbagh parle de revitalisation du principe d'*hypodescendance* caractéristique de l'ère ségrégationniste tout en en étendant l'application à l'ensemble des minorités (au lieu des seuls Noirs) »²²³¹. En outre, comment en effet considérer dans le mécanisme de la discrimination positive une personne qui a répondu *white and black*²²³² alors même que si elle n'avait pas le choix d'une multi ethnicité elle se

²²²⁹ Voir *supra* p.268, 469 et 512.

²²³⁰ Seuls 2,6 % des recensés ont fait usage. WILLIAMS, K., *Mark One or More: Civil Rights in Multiracial America*, AnnHarbor, University of Michigan Press, 2006, 187p., p.113. Voir aussi <http://www.census.gov/prod/2001pubs/c2kbr01-1.pdf>. Consulté le 01.05.2011.

²²³¹ SABBAGH, D., explique que Le principe d'hypo descendance prescrit le rattachement de l'enfant issu d'un couple mixte au groupe subordonné plutôt qu'au groupe dominant: voir l'ouvrage pionnier de l'anthropologue HARRIS, M., *Patterns of Race in the Americas*, New York, Norton, 1964, ainsi que SAVY, P., « Transmission, identité, corruption : réflexions sur trois cas d'hypodescendance », *L'Homme*, vol. 182, 2007, p. 53-80.

²²³² Notons que que seuls 5% des Noirs ont fait usage de la possibilité de déclarer leur rattachement à plusieurs de ces catégories introduite dans le recensement de l'an 2000, alors même qu'au moins les trois quarts sont en réalité d'ascendance mixte. On voit ici une permanence de la « *one-drop rule* ». Voir PERLMAN et WATERS *The New Race Question: How the Census Counts Multiracial Individuals*. New York, NY: Russell Sage Foundation, 2002.

serait considérée comme blanche²²³³? Cela nous renvoie à la différenciation faite par certains auteurs entre la mesure de la diversité en soi, comme élément de connaissance d'une société, et la statistique de la diversité comme socle ou instrument de politiques publiques.

Enfin, l'appréciation de la diversité ne repose pas sur les mêmes mécanismes de recueil de données. Certains éléments résultent des réponses contenues dans le recensement, basées sur l'auto-identification (par exemple composition ethno-raciale de la population active qualifiée du bassin d'embauche) alors que d'autres résultent d'une exo-identification par le biais d'un « examen visuel » effectué sur le lieu de travail par un membre du personnel d'encadrement. Or ces données se trouvent en confrontation pour asseoir l'action antidiscriminatoire.

La mesure de la diversité illustre la difficulté tout autant que l'ambiguïté de donner un contenu substantiel à un principe de diversité. Ces limites pourraient peut être dépassées par une *soft Law* de la diversité.

§2- Le dépassement partiel des limites par une soft Law de la diversité?

S'il semble difficile de plébisciter un principe de diversité, qui plus est constitutionnellement garanti dans les deux contextes d'analyse, nous sommes en position de nous demander si la diversité ne relève pas de la *soft Law*. Cette importance croissante du droit mou n'est pas elle-même sans soulever un certain nombre de défis pour l'analyse juridique de la diversité²²³⁴.

Droit mou, flexible, programmatrice, flou, ou droit doux²²³⁵, les appellations pour tenter de traduire l'expression *soft Law* en français ne manquent pas. Toutefois, aucune ne semble rendre compte de la portée conceptuelle de la notion anglo-saxonne. Ainsi, afin d'éviter des confusions de genre, et de procéder à la comparaison, nous utiliserons le terme *soft Law* pour dépeindre les deux contextes d'analyse. La *soft Law* peut se définir comme les « règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires soit parce que les dispositions en cause bien que figurant dans

²²³³ Pas moins de 25 % des « Blancs et Noirs », plus de 65 % des « Blancs et Asiatiques » et plus de 85 % des « Blancs et Amérindiens » se définissent comme « Blancs » lorsqu'il ne leur est possible de déclarer qu'une seule identité raciale.

²²³⁴ PALERMO, F, « Accomodating differences: the present and future of the law of diversity. An introduction », op.cit., p.482.

²²³⁵ DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, La couleur des idées Seuil, octobre 2004, 440p., p. 182.

l'instrument contraignant ne créeraient pas d'obligations de droit positif ou ne créeraient des obligations que peu contraignantes »²²³⁶. Considérer une *soft Law* de la diversité revient à envisager les dispositions prescrivant la diversité sans être expressément obligatoire. Le droit français et le droit américain connaissent de telles mesures (A) dont il faut toutefois soulever les limites et les risques (B).

A- Diversité, *soft Law* du droit français et du droit américain

La substitution de la *soft Law* à la *hard Law* postule de convaincre plutôt que de contraindre²²³⁷. Ce n'est donc pas étonnant que ces règles se soient développées dans le secteur économique privé où l'important est de montrer la valeur ajoutée pour une entreprise d'adhérer à des normes qui ne relèvent pas de son intérêt direct²²³⁸. Ainsi, la valorisation de la diversité pour mieux asseoir l'égalité des personnes devient un argument en faveur de la performance, opérant un glissement d'une nécessité « publique » qu'aurait pu révéler une loi vers un besoin économique que permet la *soft Law*.

Cette « *diversity management* »²²³⁹ apparaît aux Etats-Unis dans les années quatre-vingt-dix²²⁴⁰, dans le sens de la traduction des « mesures publiques de lutte contre les discriminations et d'action positive en avantage concurrentiel pour les entreprises ». Dès le début des années 2000, ces éléments furent intégrés par les institutions européennes²²⁴¹. L'introduction en France de ce concept permettra une certaine réappropriation de « la notion de diversité pour associer le secteur privé au projet communautaire de lutte contre les

²²³⁶ SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001.

²²³⁷ Notons que il n'y a pas de substitution d'un système par rapport à l'autre puisqu'il n'existe pas à proprement parlé de *hard Law* de la diversité. Pour autant, il y a une substitution des moyens mobilisables puisque la *soft Law* de la diversité semble se développer là où la *hard Law* paraît impossible.

²²³⁸ Voir par exemple VAN DE WALLE et MORDRET, « L'Etat et les entreprise dans la négociation d'une politique de la diversité », CAHIER DE RECHERCHE N°255, Décembre 2008. <http://www.credoc.fr/pdf/Rech/C255.pdf>, Consulté le 07.01.2011.

²²³⁹ KELLY, E., DOBBIN, F., "How Affirmative Action became Diversity Management", *American Behavioural Scientist*, vol.47, n°7, Avril 1998, pp.960-985 cité in WRENCH, J., *Diversity Management and Discrimination. Immigrants and Ethnic Minorities in the EU*, Ashgate, 2007, 156p.

²²⁴⁰ Elle s'inscrit dans une certaine remise en cause des politiques dites *Equal Employment Opportunity - Affirmative Action* (EEO-AA). A noter que leur succès est mitigé, le principe étant accusé de causer des discriminations à rebours dont souffrent les populations blanches. Voir notamment notamment Denis MAQUAIN, « *Affirmative action* et discrimination positive: une synthèse des expériences américaines et européennes », 2005, *Diagnosics Prévisions et Analyses Economiques*, n°58.

HOLZER, D., NEUMARK, D., « *Assessing Affirmative Action* », *Journal of Economic Literature*, 38 (3), 2000.

²²⁴¹ VAN DE WALLE et MORDRET, « L'Etat et les entreprise dans la négociation d'une politique de la diversité », op.cit., p.6.

discriminations et d'égalité des chances »²²⁴². L'intérêt des entreprises pour la diversité s'explique en raison d'au moins trois considérations: la diversification du vivier de la main d'œuvre, la diversité de la clientèle et enfin le potentiel d'innovation d'une équipe diverse. Ainsi donc, même si la stratégie de l'entreprise basée sur la diversité, ne répond pas à un objectif légal mais bien un enjeu de développement pour les entreprises, elle concilie pour autant les obligations de lutte contre les discriminations et d'égalité des chances avec les intérêts propre de l'entreprise. Dans ce sens, la gestion de la diversité « vise un objectif ambitieux: faire évoluer les représentations pour éliminer tout comportement discriminatoire dans l'entreprise et instaurer une culture de tolérance, qui permette l'inclusion de chacun avec ses apports et ses différences éventuelles »²²⁴³.

Les outils de régulation mis en place vont ainsi permettre de corrélérer égalité et diversité, entendu dans un sens ethnoculturel mais aussi de genre. En France, la Charte de l'égalité et l'Accord national interprofessionnel de mars 2004 ainsi que la création du label égalité en 2006 ont eu pour objet d'arriver à une féminisation propice à développer le potentiel des entreprises²²⁴⁴. Ici, le droit mou constitue un moyen au service de la loi. De ce fait, le dispositif par l'égalité femmes-hommes va servir de modèle à un appareillage similaire de mobilisation autour de la lutte contre les discriminations ethno-raciales. Dans ce cadre, la Charte de la diversité mise en place le 22 octobre 2004²²⁴⁵ avait pour objectif de remédier à la discrimination liée à l'origine dans les entreprises. Elle se pose elle-même comme « une première étape vers une démocratie pluraliste ». Toutefois, une certaine mutation dans l'appréhension de la diversité doit être notée, dans le sens d'un élargissement de son contenu. Il est intéressant de souligner que la Charte qualifie originellement la diversité d'ethnique, de sociale et de culturelle. Pourtant, à partir du mois de novembre 2005, la diversité n'est plus qualifiée afin d'envisager son application de manière globale. Cet infléchissement au niveau de la précision permet l'élargissement matériel de la charte, qui dès lors considère les différents facteurs de discriminations initialement écartés: ceux liés à l'âge, au sexe et au

²²⁴² *Ibid.* « Ces nouveaux promoteurs du *diversity management* s'attachent à montrer que les obligations légales de lutte contre les discriminations et d'égalité des chances sont conciliables avec les intérêts des entreprises et même qu'une prise en compte des différences est favorable, si ce n'est indispensable, à l'expansion des entreprises. » *Ibid.* p.8.

²²⁴³ BENDER, A.-F., « L'approche de la diversité dans les pays anglo-saxons », in BARTH, I., FALCOZ, C., (dir.), *Le management de la diversité. Enjeux, fondements et pratiques*, 2007, Paris, L'Harmattan, pp. 215-232.

²²⁴⁴ Voir par exemple JONAS, I., SEHILL, D., « L'essentialisme au service d'une mixité économiquement performante », L'Harmattan, Cahiers du Genre . 2009/2 - n° 47 pages 35 à 54.

²²⁴⁵ Dès son lancement, 33 dirigeants la signent. Aujourd'hui....

handicap²²⁴⁶.

Le label diversité mis en place en 2007 par le ministère de l'Immigration et de l'identité nationale²²⁴⁷ marque un pas supplémentaire dans la constitution de ce corpus incitatif. Ainsi, les entreprises se soient vues motivées pour instaurer en leur sein un dialogue social de la diversité, serait-on tenté de dire par la diversité et pour la diversité. Le consensus sur ce modèle de la diversité en entreprise a donné lieu à la signature d'un accord national interprofessionnel. Il fut rendu opposable par un arrêté en date du 22 février 2008 aux différentes organisations patronales signataires et à toutes les entreprises, indépendamment de leur adhésion à l'accord précité²²⁴⁸. L'intérêt de cet arsenal contractuel et normatif réside essentiellement dans la dissociation opérée entre la diversité de genre d'une part, et la diversité « fondée sur les autres motifs de discriminations », laquelle repose comme nous l'avons précédemment évoqué, sur la diversité sociale tout autant que sur une diversité liée aux origines.

L'évolution française s'explique par différents facteurs économiques, voire sociologiques, les deux étant d'ailleurs imbriqués. Mais, et c'est cela qui retient tout particulièrement notre attention, il s'agit surtout d'une considération juridique, notamment sous l'impulsion du droit européen, qui explique cette prédisposition des entreprises à adhérer au processus induit par la valorisation de la diversité. Le lien entre diversité et lutte contre les discriminations apparaît ici fort. Ainsi, pour mieux se prémunir contre de possibles incriminations pour discrimination directe ou indirecte, les entreprises préviennent. De ce fait, la *soft Law* offre un certain bouclier à l'application de la *hard Law*. Aussi, les entreprises se protègent en amont pour entrer dans le cadre de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, laquelle assure la transposition des directives européennes de 2000 qui garantissent l'égalité de traitement d'emploi et de travail²²⁴⁹.

²²⁴⁶ Cette mutation des caractéristiques de la diversité est aussi particulièrement visible dans le cadre du Tour de France de la diversité réalisé par le ministre Azouz Begag entre novembre et décembre 2006. Au bout de la troisième étape le ministre a envisagé la diversité dans sa globalité et non plus seulement dans sa relation avec les origines des personnes.

²²⁴⁷ Voir *supra* p. 486.

²²⁴⁸ L'accord a été signé le 12 octobre 2006 par le MEDEF, la CGPME, l'UPA, la CGT, la CFDT, la CGT-FO, Voir LANQUETIN, M.-T., 2009, « Égalité, diversité et discriminations multiples », *Travail Genre et Sociétés*, n° 21, avril, pp. 91-106., p. 99.

²²⁴⁹ Nous aurions pu ici explorer la question de la bureaucratie représentative en appréhendant les mécanismes favorisant la diversité dans l'administration française. Toutefois « embryonnaire » en France comme le souligne G. CALVES, cette question pourrait s'analyser en miroir avec les États-Unis où la représentativité démographique au sein de l'administration tente de concilier l'administration représentative et l'administration participative pour mieux envisager la contradiction entre bureaucratie et démocratie. Voir CALVES, G., « Fonction publique: ressembler à la population ? Introduction », RFDA, N°118, 2006, pp.245-250, p. Voir aussi

Aux Etats-Unis, tout comme au sein de l'Union européenne, l'utilisation de la *soft Law* participe d'une certaine idée de flexibilité du corpus juridique²²⁵⁰. Elle répond à la double ambition de protection des droits fondamentaux tout en générant des mécanismes de « choix négociés ». Ainsi, la *soft law* « *does not predetermine or impose such choices, but rather guarantees that they can be made full autonomy* »²²⁵¹.

De ce fait, on peut considérer que la diversité appréhendée en tant que droit mou, permet de garantir, donc de renforcer progressivement l'égalité. Convaincre au lieu de contraindre, pour mieux parvenir à contraindre est une stratégie intéressante qui ne peut, si elle s'opère effectivement, que renforcer la force du droit. Ainsi, on pourrait se demander si au regard des évolutions jurisprudentielles mais aussi législatives invoquées en première partie, on ne pourrait pas dégager un principe coutumier de diversité, autrement dit, un principe non écrit de droit à la différence²²⁵².

Cette conscience amoindrie du droit²²⁵³, non contraignante, assoit une certaine complémentarité entre l'égalité et la diversité. Aussi, la diversité devient un moyen de parvenir à l'égalité sans pour autant que la différenciation et sa reconnaissance ne soient érigées en finalité. Cet instrument de la diversité apparaît alors comme un corollaire de la non-discrimination, moyen de renforcer la valeur normative certaine de ce principe. Quant au principe de diversité ainsi entendu, il constitue un levier important permettant de rendre effectif des droits justiciables. L'indifférence aux différences ainsi favorisée contribue à la garantie de l'égalité individuelle et collective. En outre, en favorisant l'incitation, la diversité entendue comme un droit mou permet l'appropriation du principe de diversité et de ses

ROSENBLOOM, D., H., DOLAN, J., « La bureaucratie représentative », *Ibid.*, pp. 252-264 ou encore MEIER, K., J., HAWES, D., P., « Le lien entre représentativité active et passive de l'administration », *Ibid.*, pp. 265-280.

²²⁵⁰ Dans le droit européen, l'approche Top Down peut être complétée par des instruments législatifs alternatifs. Voir par exemple, *European Governance: A White Paper*, supra note 70, at 4, 20. *European Governance: A White Paper*, at 3, COM (2001) 428 final (July 25, 2001). SNYDER, F., *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in « *The construction of Europe: Essays in honour of Emile Noel 197* », Springer 1994, 294p.

²²⁵¹ Elle ne prédetermine pas ou n'impose pas certaines choses, mais garantie qu'elles puissent être prises de manière autonome. (Notre traduction). PALERMO, F., « Accomodating differences: the present and future of the law of diversity. An introduction », op.cit., p.439.

²²⁵² Idée présente dans CAPITANT, R., *Le droit constitutionnel non écrit*, Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t.III, Lichechtenstein-Paris, Vaduz-Duchemin, 1977, 8P., p.2. Nous nous proposons d'explorer cette question importante dans le cadre d'une recherche postérieure.

²²⁵³ Voir par exemple EDELMAN, L. B., FULLER, S. R., & MARA-DRITA, I., « Diversity rhetoric and the managerialization of law ». *American Journal of Sociology*, 106, (2001). pp. 1589-1641. ERIN, K., DOBBIN, F., « How Affirmative Action Became Diversity Management: Employer Response to Antidiscrimination Law », 1961 to 1996." 41 *The American Behavioral Scientist* 1998., pp. 960-984.

modalités. Enfin, mais de façon non exhaustive, on pourrait se demander si la *soft Law* ne permettrait pas de dresser un pont entre la régulation de la sphère publique et de la sphère privée, garantissant une certaine articulation normative entre les deux espaces.

Nous verrons à présent en quoi ce processus de « soft Law de la diversité » reste insatisfaisant.

B- Une soft Law de la diversité, une manifestation insatisfaisante

Subordonnée à la non-discrimination et à l'égalité, la *soft Law* de la diversité et les mécanismes managériaux qu'elle présuppose comportent toutefois des risques.

Le premier dénote une certaine « disqualification de la loi dans la régulation sociale ». Ce processus de dépréciation de la norme législative, muée en norme conditionnelle, utilitaire et circonstancielle s'apprécie même comme une fragilisation des principes que la diversité entend renforcer²²⁵⁴. Ce risque est double. Il concerne d'une part une certaine remise en question des mécanismes sous-tendant l'égalité. Il participe d'autre part à un choix potentiel, celui d'une diversité privilégiée par rapport au référentiel plus contraignant de l'égalité²²⁵⁵.

Le second risque a trait aux manipulations de contenu. Le flou d'un droit souple, assorti le pragmatisme d'une élasticité préjudiciable à la stabilité juridique nécessaire à tout système. Aussi, le déplacement axiologique qui détrône le droit, du fait d'une rationalité technocratique propagée par les sciences de la gestion²²⁵⁶ risque de le reléguer à un rôle subalterne, minorisé voire dépassé. L'« indépendance contractuelle » qui permet l'expression d'ententes, utiles mais non obligatoires en droit participe de cet amoindrissement de la rigueur dogmatique, au profit d'une gestion guidée par l'efficacité²²⁵⁷.

²²⁵⁴ Voir notamment FRASER, N., « Gender inequality, sense of justice and identity in a globalization age », conférence à la session Violence et genre du Troisième congrès de l'Association française de sociologie, Paris, 17 avril 2009, FRASER N. ET A. HONNETH, *Redistribution and recognition*, Londres et New York, Verso, 2000.

²²⁵⁵ Voir JUNTER A., « L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : une exigence politique au cœur du droit des femmes », *Travail, genre et sociétés*, n° 12, 2004, pp. 191-202.

²²⁵⁶ Idée exprimée par T. MURPHY. MURPHY, T., *The oldest Social Science ? Configurations of Law and Modernity*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

²²⁵⁷ J.-G., BEELEY propose le concept d'« indépendance contractuelle » pour « désigner la propension des acteurs publics ou privés à pratiquer des ententes qui se veulent des « contrats » utiles en fait mais non obligatoires en droit ». BELLEY, J.-G., « Sans foi ni moi: l'indépendance contractuelle », in B. MOORE, (Dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, éd. Thémis, 2003, pp. 203-232. Article cité in BELLEY, J.-G., « Droit public, pluralisme juridique et démocratie dans les Etats contemporains », 13p., p.8. http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/BELLEY-Droit_public_pluralisme_juridique_et_dimocratie-final-5sept07.pdf, Consulté le 01.10.11.

Ce faisant, outil juridique intéressant si temporaire, la référence à la *soft Law* pour asseoir la diversité ne semble pas être satisfaisante afin de garantir une sécurité juridique assurant un principe de diversité dans le cadre de l'unité nationale.

Il semble difficile de nier l'acquisition d'une légitimité d'un principe de diversité dans le discours politique et public, aux Etats-Unis depuis quelques décennies, en France depuis quelques années. Ce principe de diversité, implicite, sous-jacent, se concilie plus ou moins avec les principes républicains fondant le système juridique français et américain. Pour autant, parler d'un principe de diversité ayant une normativité propre n'est pas fondé. En effet, dans les deux nations, si l'on relève une certaine assimilation au droit national, la pertinence d'un principe de diversité corrélé aux risques de dénaturation du principe d'égalité milite pour ne pas promouvoir la diversité au rang de principe constitutionnel. Le développement d'un droit mou permet une articulation pratique et intéressante de la diversité. Principe instrumental implicite, il conviendrait toutefois, dans les deux contextes nationaux, de le penser dans un système cohérent, lequel pourrait prendre deux formes, traduction de deux modèles.

Avec N. Rouland, nous pouvons considérer que « le droit est une partition à plusieurs voix, où comptent aussi celles des groupes et des individus »²²⁵⁸. Cette partition qui s'écrit collectivement et de manière collaborative, définissant et redéfinissant sans cesse le lien qui unit l'individu, le groupe et le droit, fonde en définitive le socle du contrat social propre à chaque société.

²²⁵⁸ ROULAND, N., « La tradition juridique et la diversité culturelle », Rapport adressé à la commission française pour l'UNESCO, le 27 avril 1993., op.cit., p. 404.

CHAPITRE II- Deux modèles pour la redéfinition d'un contrat social fondé sur la diversité

La France et les Etats-Unis ont construit des systèmes de gestion de la diversité adaptés aux enjeux posés au fur et à mesure aux deux nations. Aujourd'hui, nous nous trouvons dans les deux contextes face à une pluralité de contradictions, fragilisant tout autant le cadre normatif que l'unité nationale. Deux tendances contraires sont visibles. L'une tendant à faire de la différence un droit, l'autre prônant le droit à l'indifférence. Pourtant, chacune porte en elle une reconnaissance de la différence, objet non discuté de part et d'autre de l'Atlantique en raison d'une reconnaissance implicite d'un « principe de diversité ». Dans ce contexte, il importe à présent de définir et d'explicitier ces deux modes de gestion de la diversité, afin d'envisager une voie structurée. Ceci afin, d'une part, de favoriser un cadre cohérent de développement des règles de la diversité et, d'autre part, de renforcer les principes fondateurs de la nation. Ce faisant, en prenant pour postulat à la fois la redéfinition de la nation et la réaffirmation du cadre national, on est conduit à une reformulation du contrat social²²⁵⁹ et à une redéfinition de ses termes²²⁶⁰.

Un contrat social ou pacte social suppose la définition d'un « dénominateur commun »²²⁶¹ assurant par-delà les différences, la vie en commun des membres de la communauté nationale. La définition des termes de ce contrat construit, en même temps qu'elle détermine, le sentiment d'appartenance à la société. Contrairement à la période postrévolutionnaire où le contrat social s'est structuré sur la référence d'un homme abstrait « comme autant d'unités

²²⁵⁹ L'idée de contrat social posée par J.-J., ROUSSEAU imposait à l'Etat le respect d'une légalité avec pour finalité la garantie de la liberté des individus. Combinée avec les idées de VATTEL, cette prévalence du droit a conduit à donner aux citoyens le droit voire même le pouvoir de choisir la constitution de leur Etat. Dans ce sens, les Etats-Unis ont donné l'exemple le 17 septembre 1787. Voir par exemple VATTEL, *1758*, ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, 1862, op.cit. Voir aussi les développements de STOURZH, G., « Constitution. Evolution des significations du terme depuis le début du XVIIème siècle jusqu'à la fin du XVIIIème siècle », *Droits* 1999, t.29, pp.157-175. Pourtant, au-delà de ce pouvoir conféré aux individus, reconnaissant leur liberté, le contrat social se réclamait du bonheur de l'individu. Aujourd'hui, nous sommes tenté de nous de nous demander si les seules les organisations ne seraient pas considérées comme les « seules véritables sujets de droit au stade de la modernité avancée ». Voir BELLEY, J.-G., « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale » in CARDINAL, L., ANDREW, C., *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, pp.153-171.

²²⁶⁰ Notons que nous utiliserons le concept de contrat social de manière plus large que ne le fait Rousseau. En effet Rousseau n'était pas le chantre de la nation mais de la souveraineté populaire opposée à souveraineté nationale. Nous nous rattacherons à un usage plus large du contrat social qui se fait aujourd'hui à partir de « nouveau contrat social », souvent très loin de Rousseau, parfois se positionnant tout de même par rapport à Rousseau.

²²⁶¹ MANENT, P., *La cité de l'homme*, Paris, Fayard, 1994, 295p., p.244-245.

arithmétiques, toutes séparables, toutes équivalentes »²²⁶², il importe à présent de l'ancrer dans la transcendance de l'homme concret et d'affirmer l'égalité des identités, l'idée des identités multiples et différenciées²²⁶³ d'une même personne. Un nouveau contrat social implique par conséquent de questionner la représentation des différents éléments de la société et dès lors, la représentativité actuelle. L'érosion de la conscience de classe et le glissement vers des « identités de consolations »²²⁶⁴, principalement à caractère ethnique, produit tout autant que résulte d'un réaménagement du passé²²⁶⁵. Ce « devoir de mémoire »²²⁶⁶ se trouve alors parfois exacerbé, invitant à la redéfinition d'un projet commun, envisagé autour d'un avenir pensé en termes de cohésion.

Ce nouveau contrat social qui se fonderait sur des « règles de la diversité »²²⁶⁷, qui sont à définir. On esquissera ici deux modèles qui n'épuisent sans doute pas toute la gamme des hypothèses susceptibles d'être formulées. Mais il s'agit de deux modèles qui nous sont suggérés par les deux études de cas menées ci-dessus. Il n'est pas ici question d'ériger au statut de modèle chacun des deux états du droit décrits car ceux-ci demeurent hésitants, contradictoires voire désarticulés. Le patchwork américain n'est pas qu'un assemblage d'identités, c'est aussi une résultante de plusieurs principes. Et nous pouvons en dire autant de la « mosaïque française »²²⁶⁸.

Les modèles présentés ci-après se veulent tous deux cohérents, même s'ils diffèrent fortement. Tous deux veulent assumer le double objectif de garantie de la diversité et de garantie de l'unité nationale.

D'une part, il pourrait se matérialiser par le développement d'un multiculturalisme établi sur le principe d'égalité. Aussi, afin de concevoir des nations française et américaine diverses et

²²⁶² TAINÉ, H., *Les origines de la France contemporaine* (1875), tome I, Paris, Robert Laffont, « Bouquins », 1986, 272p., p.413.

²²⁶³ S. MESURE et A. RENAUT parlent de différences naturelles. MESURE, S. et RENAUT, A., *Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, 304p.

²²⁶⁴ AMSELLE, J.-L., *Vers un multiculturalisme français, L'empire de la coutume*, Paris, Aubier 1996, 179p., p. 171.

²²⁶⁵ *Ibid.*

²²⁶⁶ FOURRIER, M., VERMES, V., (ed.), *Ethnicisation des rapports sociaux, racismes, nationalismes, ethnicismes et culturalismes*, Paris, L'Harmattan, ENS, Fontenay/Saint-Cloud, 1994, 241p., pp.44-54.

²²⁶⁷ La règle désigne à un caractère général et impersonnel et constitue une source de droits et d'obligations juridiques. Elle se distingue de la norme qui exprime la signification objective d'un acte de volonté par lequel une conduite est prescrite.

²²⁶⁸ Voir notamment: La diversité d'un point de vue ethnoculturel en France, La diversité linguistique en France, La diversité du point de vue des croyances et religions en France, Annexe n°4, 6 et 8.

plurielles, il serait approprié d'aller dans le sens d'une reconnaissance des identités couplée à un principe de non-discrimination. Cette aspiration contre le modèle républicain monolithique longtemps professé par la France, fonderait le socle d'une société multiculturelle, basée sur un certain pluralisme juridique. Car si, comme le souligne P.-Y. Verkindt les rapports entre diversité et égalité sont complexes et ambigus, « la diversité permet pourtant de renouveler la réflexion sur le sens à donner à l'exigence d'égalité dans une société démocratique »²²⁶⁹. Dans ce cadre, la France et les Etats-Unis feraient coexister un régime général et un régime particulier. Aussi, nous aurions deux modèles articulés entre eux, chacun basé sur une construction juridique propre. L'Etat postulerait alors un contrat social en revendiquant une diversité ethnoculturelle intrinsèque. Il consacrerait de ce fait un droit de la différence, en garantissant un droit à la différence.

D'autre part, à côté de l'option multiculturaliste, un autre modèle pourrait être envisagé, fondé sur un républicanisme affirmé. Ce dernier pourrait envisager une « laïcité de la diversité »²²⁷⁰, comprenant un accommodement raisonnable des différenciations, de façon transversale. Corollaire de la laïcité religieuse²²⁷¹, elle offrirait alors un cadre conceptuel impliquant la neutralité étatique et le respect des identités particulières. Dans ce cadre, la France et les Etats-Unis poseraient un modèle général, qui pourrait néanmoins connaître des aménagements afin d'être adaptable. Toutefois, cette adaptabilité juridique aux particularismes serait appréciée au cas par cas, de manière *ad hoc*, au service de la neutralité de l'Etat. Ce dernier postulerait alors un contrat social renouvelé, celui d'une société « a-culturelle », entendue dans le sens de neutralité entre les cultures particulières permettant la redéfinition d'une culture nationale syncrétique, pourtant fondée sur la reconnaissance de la diversité. Ce modèle énoncerait un droit de l'indifférence, protégeant les différences par la garantie d'un droit à l'indifférence de chaque personne et de toutes.

Les éléments caractéristiques des deux modèles pourraient être schématisés de la façon suivante :

²²⁶⁹ VERKINDT, P.-Y., « L'égalité au risque de la diversité », Archives de philosophie du droit 2008, No 51, p. pp.141-157, p.141.

²²⁷⁰ Ce terme sera entre guillemet jusqu'à son explication, voir *infra* p.550 et s.

²²⁷¹ Voir *infra* p.550 et s.

Multiculturalisme basé sur le principe d'égalité	Laïcité de la diversité
Conception communautariste fondée sur l'appartenance de l'individu à un groupe	Conception libérale fondée sur l'individu abstrait
Diversité reconnue comme un principe, en amont, <i>in abstracto</i>	Diversité reconnue comme une modalité, en aval, <i>in concreto</i>
Diversité posée et garantie par le législateur (voire le constituant)	Diversité garantie par le juge même si les accommodements peuvent être prévus par le législateur
Coexistence d'un régime général de diversité et d'un régime particulier	Un régime général couplé avec un mode d'accommodement raisonnable
Neutralité formelle, positive	Neutralité formelle et substantielle, abstentionniste
Conception consciente des différences « Color- consciensious »	Aveuglement aux différences « Color- Blindness »
Droit de la différence impliquant un droit à être différent	Droit de l'indifférence impliquant un droit à être traité de manière indifférente
Indifférence à la séparation public-privé	Stricte séparation du public et du privé
Droits collectifs, reconnus aux individus appartenant à des groupes (régime général), reconnus à des groupes (régime particulier). Droits collectifs intégrés dans une hiérarchie des droits, reconnaissant le primat de l'individu sur le groupe ²²⁷²	Droits individuels
Non-discrimination, reconnaissance des groupes	Non-discrimination et combat contre les discriminations indirectes
Reconnaissance explicite du pluralisme (subordination pour le modèle général- de coordination pour le régime particulier)	Reconnaissance possible mais implicite du pluralisme de subordination dans le processus d'accommodement raisonnable
Traitement différentiel, pouvant être préférentiel, défini de manière générale par le législateur: mesures positives voire discrimination positive	Traitement pouvant être différentiel, mais définie de manière ad hoc par le juge
Suppose une mesure de la diversité permettant de connaître les appartenances des personnes	Suppose un recensement sans aucune référence ethnoculturelle
Contrat social construit à partir mais au-delà des différences	Contrat social construit en dehors des différences

Tableau n°1 : Les deux modèles de gestion de la diversité

²²⁷² En choisissant de concentrer notre analyse sur ces deux modèles, nous en avons *de facto* exclus d'autres qui pourraient par exemple, en adoptant un multiculturalisme plus extrême, postuler du primat du groupe sur l'individu.

Ce tableau suggère une dernière ligne mais qui ne sera esquissée que sous forme d'hypothèse.

Hypothèse concernant le Multiculturalisme basé sur le principe d'égalité: Le groupe, vecteur d'acquisition de la citoyenneté nationale`	Hypothèse concernant la Laïcité de la diversité: Citoyenneté locale au cœur du processus d'acquisition de la citoyenneté nationale
--	---

Tableau n°2: Hypothèse complémentaire des deux modèles de gestion de la diversité

Nous analyserons ces deux options comme deux modèles distincts et non liés entre eux²²⁷³. Dans tous les cas, ils participent tous deux d'une redéfinition de la nation, ancrée sur un double processus: d'une part, de réaffirmation de son abstraction; d'autre part, de reconnaissance en son sein des spécificités des éléments du peuple²²⁷⁴. Par conséquent, la nation à l'épreuve de la diversité, se redéfinirait par la reconnaissance de la diversité pour mieux garantir son substrat unitaire. Aussi, nous verrons en premier lieu l'option d'une nation de la diversité fondée sur le multiculturalisme et le pluralisme (I) avant d'envisager une nation de la diversité basée sur une « laïcité de la diversité » (II).

²²⁷³ Nous n'envisagerons pas ici dans quelle mesure l'expérimentation d'un modèle de la « laïcité de la diversité » pourrait se combiner avec un régime particulier pour les peuples autochtones. Cela pourrait faire l'objet d'une autre étude.

²²⁷⁴ Notons qu'aujourd'hui, les deux nations considérées ne peuvent être classifiées dans l'un ou l'autre modèle. Elles ont, comme nous l'avons vu dans les développements antérieurs, des éléments qui appartiennent à l'un et à l'autre.

Section 1- L'option d'un contrat social fondé sur le multiculturalisme et le pluralisme

Les institutions démocratiques françaises ont été conçues pour gérer le pluralisme basé sur des intérêts, lesquels sont par définition négociables²²⁷⁵. Elles n'ont pas été pensées pour orchestrer le pluralisme identitaire, le multiculturalisme entendu comme la gestion et l'organisation par l'Etat des relations entre les différents groupes. Pour autant, ne faut-il pas penser le multiculturalisme et appréhender nouvellement les principes républicains afin de mieux les adapter et les rendre effectifs ? Cela nous conduirait, tel que l'écrivait N. Rouland, à considérer que « le droit n'évolue pas seulement par adjonction de règles nouvelles mais par la réinterprétation de règles anciennes »²²⁷⁶.

Le principe d'égalité, pierre angulaire du système constitutionnel français a connu, comme nous l'avons vu, de profondes mutations. Il a sans cesse dû être repensé pour s'acclimater à un pluralisme culturel croissant. Ainsi, après plus de deux siècles, le questionnement de Montesquieu dans l'« Esprit des lois » semble toujours à propos. Nous pouvons nous demander avec lui si « la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ? »²²⁷⁷. Aux Etats-Unis au contraire, le multiculturalisme semble au cœur du processus démocratique ayant acquis une légitimité juridique après la révolution des droits civiques des années 1960. Fondé sur l'option fédérale, il a permis d'assurer le respect de la diversité dans un cadre sinon unitaire, tout au moins unifié²²⁷⁸.

Nous verrons ici comment la diversité peut s'envisager dans le cadre d'un multiculturalisme fondé sur le principe d'égalité, lequel implique une certaine conception du pluralisme et

²²⁷⁵ On oppose ici le pluralisme d'intérêts au pluralisme d'identités. Certains auteurs déclineront encore le pluralisme en évoquant le pluralisme moral et le pluralisme culturel ou identitaire comme principaux défis de la démocratie contemporaine. LEYDET, D., POURTOIS, H., « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », *Arch. phil. droit* 49 (2005), pp. 47-68, <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/337.pdf>, Consulté le 12.08.2012.

²²⁷⁶ ROULAND, N., *La tradition juridique et la diversité culturelle*, Rapport adressé à la commission française pour l'UNESCO, le 27 avril 1993, p. 396.

²²⁷⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XXXIX, chap. XVIII, op.cit., p.307. MONTESQUIEU, C., LE ROND D'ALEMBERT, J., COLLIN DE PLANCY, J.-A.-S., *Œuvres de Montesquieu*, Paris, D'Antoine Bavoux Ed., Librairie de jurisprudence et d'administration, 1825, 836p. p.309. <http://books.google.com/books?id=888TAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=fr#v=onepage&q&f=false>, Consulté le 07.10.2011.

²²⁷⁸ FLEINER, T., HOTTINGER, J. T., « La pertinence du fédéralisme dans la gestion des diversités nationales », *Revue Internationale de Politique Comparée*, Vol. 10, n° 1, 200, pp.79-90, p.79.

consacre les fondements d'un droit de la différence. L'analyse du cadre conceptuel (§1) nous permettra d'énoncer le cadre opérationnel d'une société multiculturelle assumant tout autant qu'assurant la diversité (§2).

§1- Cadre conceptuel: multiculturalisme et pluralisme juridique

Le multiculturalisme et le pluralisme ne sont pas des termes interchangeables. Ils expriment pourtant des facettes différentes d'une réalité empreinte de diversité. Dans un premier temps nous chercherons à cerner le concept de multiculturalisme (A) avant de nous attacher au terme de pluralisme et aux éléments qu'il englobe (B).

A- Le multiculturalisme, un concept aux frontières du droit

« *We are all multiculturalists now* »²²⁷⁹ ! Parler de multiculturalisme, qui plus est en France, c'est s'exposer à un déchaînement intellectuel, plus ou moins rationnel. C'est aussi, souvent, un motif pour être taxé d'opposant à l'unité sociale et politique d'une société donnée²²⁸⁰. C'est surtout, apparemment, céder à la pensée anglo-saxonne, de surcroît communautariste et s'assujettir à une transposition *a priori* impossible tout autant qu'irresponsable du modèle américain en droit français.

Or, parler de multiculturalisme n'équivaut pas forcément à souhaiter une division du corps social mais revient plutôt à s'attacher à la reconnaissance et à la valorisation par les pouvoirs publics de la diversité culturelle. Ainsi, il ne s'agit pas de « glisser d'un usage descriptif à un usage normatif »²²⁸¹ du terme multiculturalisme, mais de décrire le processus de valorisation politique de l'état de fait que constitue la diversité culturelle. Si nous adoptons la définition proposée par N. Rouland²²⁸², le multiculturalisme désigne alors « l'état dans lequel se trouve une société qui entreprend de coordonner des ensembles de valeurs et croyances auxquels

²²⁷⁹ Nous sommes tous multiculturalistes maintenant (Notre traduction). GLAZER, N., *We are all multiculturalists now*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, 179p.

²²⁸⁰ Il faut toutefois souligner qu'aux Etats-Unis aussi, la critique contre la « désunion des Etats » est acerbe. Voir par exemple SCHLESINGER, A., *La désunion de l'Amérique*, Paris, Liana Levi, 1993, 158p.

²²⁸¹ MILLER, D., *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 130, note 16.

²²⁸² ROULAND, N., « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société* 46-2000, p.519-545.

s'identifient des groupes d'individus qui la constituent, notamment exprimés par des sentiments d'appartenance religieuse et d'identité linguistique »²²⁸³ ainsi que des références ethniques ou nationales.

Il fut à l'origine conçu comme un projet de société qui envisage une « promotion équitable des différentes cultures dans l'espace public »²²⁸⁴. Ce processus d'organisation sociale des différences culturelles et raciales est apparu au début des années 70 au Canada et en Australie afin de valoriser la diversité culturelle de ces Etats²²⁸⁵. En tant que programme politique, il quitte le terrain purement idéologique pour devenir structurel et normatif²²⁸⁶. Il se propose en effet d'inscrire la reconnaissance et les spécificités culturelles dans les normes et au sein des institutions. Ainsi, la nouveauté ne réside pas tant dans l'appréhension collective du multiculturalisme que dans sa gestion dans le cadre d'une société démocratique donnée. Aux Etats-Unis, il devient incontournable avec le mouvement des droits civiques, servant à décrire pour mieux reconnaître les conditions, par exemple des groupes ethniques, religieux et/ou sexuels, etc.

Le projet multiculturaliste apparaît ainsi comme une prise en compte de l'ethnicité dans les sociétés qui ont vécu les difficultés de la décolonisation et l'immigration issues des anciennes colonies (France, Grande Bretagne) ou dans les sociétés dites postcoloniales (Etats-Unis, Canada)²²⁸⁷. Ces populations sont en effet porteuses de structures sociales et politiques organisées selon un principe hiérarchique et ethnique dans lequel la définition de l'individualité se fait dans un cadre communautaire²²⁸⁸. La construction de la personne est alors intimement liée à une reconnaissance de sa communauté de valeurs²²⁸⁹. La prise en

²²⁸³ *Ibid.* p.520.

²²⁸⁴ DOYTCHEVA, M., *Le Multiculturalisme*, op.cit, p.5.

²²⁸⁵ Le qualificatif multiculturel apparaît aux Etats-Unis en 1941 sous la plume du romancier E. HASKELL. « Multicultural », Oxford English Dictionnay, Oxford, Clarendon Press, 2è. Ed, 1989, tome X. Le terme même de multiculturalisme fut probablement lancé en 1965 dans le cadre du programme *Report of the royal Commission on Bilingualism and biculturalism*. Voir CONSTANT, F., *Le multiculturalisme*, Dominos Flammarion, 2000, 117p., p.16.

²²⁸⁶ Notons que les auteurs différencient plusieurs types de multiculturalisme: le multiculturalisme sociologique pour désigner un état de morphologie sociale caractérisée par la coexistences de groupes identitaires divers ; le multiculturalisme éthique, philosophique et politique désignant une démocratie pluriculturelle ; le multiculturalisme comme un ensemble d'orientation de l'action publique; ou encore le multiculturalisme épistémologique ou méthodologique en tant que méthode pour l'analyse des sociétés. *Ibid.* pp.19-22

²²⁸⁷ AUDARD, C., « Multiculturalisme et transformation de la citoyenneté », in *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, 2001, vol. 45, pp. 227-243, p. 228. Dans cette analyse, les sociétés dites post-coloniales sont celles nées de la conquête de territoires, lesquels, sur la base d'un socle d'institutions développés par la puissance coloniale, puis indépendamment d'elles, sont devenus des Etats à part entière.

²²⁸⁸ *Ibid.* p.229

²²⁸⁹ Voir TAYLOR, C., *Les sources du moi*, 1989, Trad. F. Le Seuil, 1998. Charles Taylor, *Le Multiculturalisme*, 1992, 7p ; Trad. F, Paris, Flammarion 1994.

compte de ce rattachement communautaire est donc, dans une société multiculturaliste, considérée comme essentielle.

Par conséquent, du fait de la communautarisation de la société, l'espace public devient polycentrique, la gestion de la différence fait que celle-ci s'exprime dans l'espace public. Le multiculturalisme entend alors gérer ces changements sociaux résultant de « nouvelles configurations sociales »²²⁹⁰. Aussi, il sous-tend l'idée de renonciation à tout étalon culturel²²⁹¹.

L'option multiculturaliste pose en réalité trois problématiques qui se superposent²²⁹²: la question de la différence; la place des minorités par rapport à la majorité; et la question de l'identité et de sa reconnaissance publique. Il renvoi alors à deux modes de gestion de la diversité²²⁹³: d'une part aux formes institutionnelles de partage du pouvoir; d'autre part, aux droits des citoyens. Il est de ce fait un outil de gestion de la diversité, déterminant les conditions d'exercice du cadre juridique de la diversité. La notion de pluralisme juridique représente ainsi une étape supplémentaire, garante de l'éclosion normative et judiciaire de la diversité dans un cadre national prédéfini. Les deux notions de multiculturalisme et pluralisme s'articulent donc conceptuellement même si leur combinaison pratique relève d'une construction programmatrice. Dans ce cadre, il convient à présent de définir la notion de pluralisme juridique.

B- Le pluralisme juridique, un concept impliquant la coexistence des ordres juridique dans l'Etat

Attaché au multiculturalisme mais différent de par sa nature et ses modalités, le pluralisme juridique constitue une donnée importante des sociétés marquées par la diversité, soit parce qu'il est revendiqué, assumé ou à l'inverse parce qu'il est sciemment dénié. Pourtant, certains auteurs considèrent que « *National and ethnic pluralism has been the rule, not the*

²²⁹⁰ SEMPRINI, A., *Le multiculturalisme*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 127p., p.28.

²²⁹¹ Cette renonciation à tout étalon culturel semble parfois infondé si l'on tient compte par exemple de la prédominance des minorités dans certains secteurs ou localités des Etats-Unis Voir par exemple NASH, G.B., « The great Multicultural Debate », *Contention: Debates in society, Culture and science*, n°3, 1992, pp.6-7.

²²⁹² SEMPRINI, A., *Le multiculturalisme*, op.cit., p.29.

²²⁹³ FLEINER, T., HOTTINGER, J. T., « La pertinence du fédéralisme dans la gestion des diversités nationales », op. cit., p.81.

exception »²²⁹⁴! Après avoir délimité le pluralisme juridique (1), nous verrons sa réalité en France (2) puis aux Etats-Unis (3).

1-Le cœur d'un principe

Pour J. Rawls, « le pluralisme est le résultat normal de l'exercice de la raison humaine dans le cadre des institutions libres d'un régime constitutionnel »²²⁹⁵. Si la normalité du pluralisme est contestable, c'est en raison de sa difficile appréhension et par conséquent, de sa délicate matérialisation²²⁹⁶. Opposé au monisme kelsénien²²⁹⁷, le pluralisme se présente à la fois comme un fait et une valeur²²⁹⁸, tentant de concilier la question épineuse de l'un et du multiple. Ainsi, la théorie pluraliste soutient que le droit résulte des forces sociales et s'oppose en ce sens à la conception moniste qui nie toute juridicité aux régulations sociales. En effet, la diversité des cultures juridiques reflète la diversité des cultures elles-mêmes²²⁹⁹. Aussi, le pluralisme juridique²³⁰⁰ apparaît comme une « rupture épistémologique »²³⁰¹ qui pose « la remise en cause du monopole de l'Etat dans la production du droit »²³⁰². Multiple et divers, le fait normatif peut alors émaner d'ordres juridiques distincts. Interdépendants, ces derniers sont ainsi susceptibles de se trouver en situation de confrontation. Cette multiplicité des « centres générateurs du droit »²³⁰³ pose alors la question de la régulation juridique entre les différentes organisations sociales sources de droit. S. Romano, tout en soulignant le caractère originaire de l'ordre étatique²³⁰⁴ les considère comme indépendantes. Cependant, l'influence mutuelle est davantage matérielle qu'organique dans le sens d'une certaine

²²⁹⁴ Le pluralisme national et le pluralisme ethnique ont été la règle, pas l'exception (Notre traduction). WALZER, M., *What it means to be an american. Essays on the american experience*, op.cit., p. 54.

²²⁹⁵ RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993., p.4.

²²⁹⁶ Pourtant, selon M.-H., GIROUX, « La notion même de pluralisme juridique présuppose qu'il existe une normativité à l'extérieur du droit de l'État qui peut aussi être considérée comme du droit, qu'il existe d'autres sources normatives que l'État et d'autres droits que le droit étatique ». GIROUX, M.-H., *La protection des minorités en droit international : Hongrie et Roumanie, une étude de cas*, Montréal, ed. Thémis, 2000, p. 7.

²²⁹⁷ Sur la théorie juridique formelle du pluralisme voir MOUTOUH, H., « Pluralisme juridique », in ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p.1158-1162.

²²⁹⁸ TERRE, D., « Le pluralisme et le droit », in *Le pluralisme*, Archives de Philosophie du Droit, Dalloz, 2005, Tome 49, 316p., pp.69-83, p.69.

²²⁹⁹ GOTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », op.cit., p5.

²³⁰⁰ Sur ces questions voir notamment GLISSEN, J., (édit), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1971, 332p. GRIFFITHS, J., « What is legal pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, 1986, vol. XXIV; ROULAND N., « A la recherche du pluralisme juridique, le cas français », *Droits et Culture*, 1998, vol. XXXVI, n°2. Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (2003), *Les pluralismes juridiques*, coll. « Cahiers d'anthropologie du droit », Paris, Karthala.

²³⁰¹ OTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », op.cit., p.15.

²³⁰² *Ibid.* p.15-16.

²³⁰³ GURVITCH, G., *L'expérience juridique de la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 299p., p.142.

²³⁰⁴ ROMANO, S., *L'ordre juridique (L'Ordinamento giuridico)*, Traduction FRANCOIS, L., et GOTHOT, P., Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Paris, Dalloz, 1975, 174p. 2ème éd. 2002.

« relevance juridique »²³⁰⁵. A côté de cette répartition du pouvoir législatif, le pluralisme peut se manifester par la répartition des compétences des juridictions. La « variante institutionnaliste du pluralisme juridique »²³⁰⁶ considère ainsi le pluralisme juridique intra-étatique comme « un ensemble complexe et plus ou moins intégré d'ordres juridiques partiels »²³⁰⁷. Nous nous référerons dans les développements ultérieurs à cette conception du pluralisme plutôt qu'à celle développée par J. Carbonnier, qui, par les concepts d' « infra-droit », de « droit vulgaire », de « non-droit » ou encore « d'internormativité » pose le primat du droit étatique tout en déniait toute validité juridique à ce qui est autre²³⁰⁸.

En dépit d'une différence quant à l'appréhension du pouvoir étatique et donc de l'ordre juridique, il existe une certaine similitude entre les systèmes juridiques français et américain, notamment en raison de leur passé d'anciennes puissances coloniales²³⁰⁹. En effet, dans les deux contextes, un certain monisme dit colonial ou post colonial²³¹⁰ a tendu à annihiler les différentes traditions juridiques endogènes, propres aux cultures juridiques préexistantes aux conquêtes territoriales²³¹¹. Pour autant, des règles coutumières ont été conservées, notamment en matière de statut personnel, conférant un caractère pluraliste à chacun des deux systèmes juridiques. Ainsi, coordination²³¹² et subordination²³¹³ coexistent à des degrés variables, façonnant un pluralisme original dans chaque contexte. Ce pluralisme s'intègre dans une définition matérielle de l'Etat de droit qui ne s'attache pas seulement au respect de la

²³⁰⁵ *Ibid.*, p.88. Pour S. ROMANO, la relevance juridique exprime l'idée d'un rapport de droit s'exprimant dans un pluralisme juridique intra-étatique. Le concept de relevance juridique traduit alors une dimension organisationnelle de l'ordre juridique, au sein de laquelle s'articule la reconnaissance réciproque ou unilatérale, complète ou partielle, procédurale ou substantive d'un ordre juridique par un autre.

²³⁰⁶ Expression formulée par J.-G., BELLEY. Voir BELLEY, J.-G., « Droit public, pluralisme juridique et démocratie dans les Etats contemporains », http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/BELLEY-Droit_public_pluralisme_juridique_et_dimocratie-final-5sept07.pdf, consulté le 12.08.2012, pp.1-13, p.7

²³⁰⁷ Il n'est donc pas envisagé comme un « ordre indistinctement homogène ». *Ibid.*

²³⁰⁸ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, pp.225-228.

²³⁰⁹ Le pluralisme juridique est souvent enraciné dans l'héritage colonial. Voir par exemple l'expérience malaisienne avec C., CHEVALLIER-GOVERS. Elle rappelle en effet que ni Etat laïc, ni Etat islamique, la Malaisie est un Etat hybride, où les musulmans sont soumis à la fois à la *Comon Law* et à la Charia alors que les non-musulmans ne sont soumis qu'à la *Comon Law*. CHEVALLIER-GOVERS, C., « La Charia et le pluralisme juridique en Malaisie à l'épreuve de l'Etat de droit », *Doctrine, RDP*, n° 1-2011, pp. 197-220.

²³¹⁰ OTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », *op.cit.*, p.17.

²³¹¹ OTTIS, G., explique que « la tradition juridique plonge ses racines dans un substrat bien antérieur à l'Etat-nation actuel (...) ». *Ibid.* p7.

²³¹² Le pluralisme de coordination se fonde sur un dialogue entre les ordres juridiques, caractérisé par la coopération et l'équilibre. Ainsi « le pluralisme qui en résulte repose sur un dialogue des cultures juridiques en présence et s'attache à créer un ordre ou un « co-ordre » juridique articulant des normativités plurielles d'une manière qui tend à être plus respectueuses des identités juridiques ». Dans ce sens, la logique dialogique conduit à une possible acculturation réciproque. *Ibid.* p.22-23.

²³¹³ Le pluralisme de subordination désigne la relation hégémonique ou hiérarchique entre des ordres juridiques différents. Ainsi, « Un pluralisme *hégémonique ou hiérarchique* résultera de toute situation où la subordination apparaît comme la caractéristique prépondérante de la relation entre des ordres juridiques ». *Ibid.* p.20.

hiérarchie des normes (définition formelle) mais également au contenu de la loi qui doit respecter les droits de l'Homme²³¹⁴.

2-Vers un pluralisme juridique à la française

Le pluralisme juridique tel que précédemment défini permet donc d'envisager la possibilité de garantir la diversité ethnoculturelle de tous ou *a minima* d'une partie des groupes. Ainsi, dans le contexte français, perçoit-on les réticences *a priori*, face à une « polycentricité » des lieux de production normative²³¹⁵. En effet, celle-ci serait par définition difficilement conciliable avec une centralisation du pouvoir étatique et une indivisibilité fondatrice, érigée en dogme.

Toutefois, le système juridique français est loin d'être totalement hermétique à une fragmentation du pouvoir étatique et à la mutation des formes traditionnelles de régulation qui lui est attachée. Ainsi, le pluralisme institutionnel est une donnée aujourd'hui incontournable, et de fait incontestable du droit français. Dans ce sens, N. Rouland s'interrogeait sur le « glissement d'un modèle ou la création *sui generis* du multiculturalisme légal en France », propos que nous pourrions transposer à l'analyse du pluralisme. Cette idée résulte notamment de l'évolution notoire de la tradition républicaine française qui s'est muée en un système complexe. Tout en se fondant encore et toujours sur l'article 1^{er} de la constitution, le droit évolue incontestablement vers un pluralisme juridique. Ainsi, même en garantissant la primauté et la primeur du principe d'indivisibilité, le droit local alsacien-mosellan, ce « laboratoire inespéré »²³¹⁶ illustre parfaitement le fait qu'une source unique de droit puisse développer des législations différentes en fonction des parties territoriales considérées²³¹⁷. Le principe de spécialité législative applicable dans les COM répond à une logique similaire. Il renvoie en effet au principe selon lequel « la loi n'est pas applicable dans un territoire d'outre-mer que si elle en porte la mention expresse et si elle fait l'objet d'une procédure

²³¹⁴ Sur la notion d'Etat de droit voir CHEVALLIER, J., *L'Etat de droit*, Paris, Montchrstien, 5^{ème} éd., 2010, 158p.

²³¹⁵ ARNAUD, A.-J., *Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières*, Paris, L.G.D.J., 2003, 433p., p.184.

²³¹⁶ KOENIG, P., « Le droit local alsacien-mosellan peut-il servir de modèle à une notion de droit régional ? », in INSTITUT DU DROIT LOCAL ALSACIEN-MOSELLAN, *Etat, régions et Droits locaux*, Paris, Publications de l'I.D.L.- Economica, 1997, 238 p., p.167. Voir également FLAUSS, J.-F., « *Droit local alsacien-mosellan et Constitution* », R.D.P. 1992, pp.1627 et s.

²³¹⁷ Sur la constitutionnalité de droits spécifiques sur une partie du territoire voir CC. N° 82-138 DC du 25 février 1982, R.J.C. I-119. Sur la compatibilité de ces normes spécifiques à une partie du territoire avec le principe d'égalité et d'indivisibilité, voir CC. N° 94-358 DC du 226 janvier 1995, R.J.C. I-624.

d'introduction comportant normalement promulgation par le représentant de l'Etat et publication locale »²³¹⁸.

Le pluralisme juridique émane par ailleurs des modifications intervenues dans le cadre de l'accord de Nouméa de 1998 qui opère une rupture de l'unité du pouvoir normatif²³¹⁹. En permettant que ce dernier puisse procéder d'un niveau local, il confère à l'Etat français le statut d'Etat pluri législatif²³²⁰ dans lequel des normes de valeur législative émanent d'une assemblée *infra* nationale²³²¹. La situation polynésienne n'a fait que confirmer cette mutation juridique²³²², notamment avec la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française²³²³. En effet, la diversité statutaire telle que précédemment mentionnée s'accompagne de l'amplification de la participation des collectivités territoriales à leurs mutations statutaires, confirmation d'un « accroissement constitutionnel des régimes dérogatoires »²³²⁴. La distinction faite par le Conseil constitutionnel entre peuple français et peuple d'outremer dans la décision du 9 mai 1991²³²⁵ reconnaît par ailleurs l'application de normes distinctes entre les différentes collectivités territoriales. Ainsi, même si le législateur garde en matière de collectivités territoriales toute latitude pour établir ou modifier leur statut²³²⁶, l'article 74.al. 2 et al. 3. détermine la nécessité d'une consultation de l'assemblée territoriale intéressée avant de procéder à toute modification²³²⁷. Si les critères de classification des collectivités publiques *infra* étatiques demeurent complexes²³²⁸, il ne fait nul doute que l'on assiste à une mutation du système juridique français, dont témoigne l'accord

²³¹⁸ DOUENCE, J.-C-. « *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer* », R.F.D.A., 1992, Volume 8, No 3, p.466.

²³¹⁹ Rappelons qu'il prévoit le transfert de certaines compétences de la France vers la Nouvelle-Calédonie dans de nombreux domaines, exceptés la défense, la sécurité, la justice et la monnaie. Il prévoit par ailleurs qu'un référendum d'autodétermination soit organisé entre 2014 et 2019, lequel permettra de décider le maintien dans la République Française ou l'indépendance.

²³²⁰ L'accord prévoit en effet 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 ».

²³²¹ FABRERON, J.-Y., « *L'accord de Nouméa du 21 avril 1998: la Nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée* », Regards sur l'actualité, mai 1998, p.25.

²³²² La loi du 12 avril 1996 sur le statut de la Polynésie permet ainsi la possibilité pour ses institutions d'intervenir dans un domaine matériellement législatif, ainsi que de prérogatives au niveau international comme la faculté de signer certaines conventions internationales.

²³²³ Les autorités polynésiennes peuvent donc au titre de l'article 18 prendre des mesures pour faciliter l'accès aux emplois salariés du secteur privé en raison de critères de résidence qui se combinent dans les faits à des critères ethniques, ou encore, au titre de l'article 19, d'adopter des dispositions particulières concernant la protection du patrimoine foncier.

²³²⁴ LEMAIRE, F., *Le principe d'indivisibilité de la République*, op.cit., p.161.

²³²⁵ Voir *supra* p. 459, Voir Décision du C.C. du 9 mai 1991 « Statut de la Corse », annexe n°14.

²³²⁶ FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », R.D.P., 1986, p.467.

²³²⁷ Cette obligation de consultation est aussi par exemple prévue dans le cas de Mayotte par la loi du 11 juillet 2001. Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, J.O. 13 Juillet 2001, p.11199.

²³²⁸ La Polynésie et son statut d'autonomie, et la Nouvelle Calédonie, « pays à souveraineté partagée » sont analysés sous cet angle par MOYRAND, A., « Les systèmes de gouvernement des collectivités françaises du Pacifique (Nouvelle-Calédonie et Polynésie française) », RGCT, n°46, novembre 2009, pp. 73-83.

de Nouméa du 5 mai 1998 précité qui énonce dans son préambule l'idée de souveraineté partagée²³²⁹. Dans ce contexte, nous pouvons nous demander si l'évolution du modèle français ne tendrait pas vers un Etat autonome²³³⁰. Même si ces lois locales sont réservées à des territoires spécifiques, il semble en effet qu'elles reconnaissent un droit de la différence statutaire à côté d'un droit à la différence normative pour certaines catégories de personnes²³³¹.

Le glissement du modèle français vers un modèle pluraliste de plus en plus assumé s'opère également en matière de diversité religieuse et linguistique. Au niveau religieux, comme nous avons eu l'occasion de le souligner à plusieurs reprises, la tolérance croissante²³³² et les reconnaissances qui lui sont concomitantes en faveur de différenciations communautaires, notamment musulmanes, corrobore cette idée. Le renvoi formel par la jurisprudence à des ordres juridiques religieux²³³³ est un autre signe fort de ce glissement susmentionné²³³⁴. Ainsi donc, les règles religieuses se trouvent protégées en matière civile.

Par conséquent, l'Etat français tend vers un modèle de plus en plus libéral où différentes communautés sont amenées à s'auto-réguler en premier lieu. Un pluralisme de subordination, construit de manière empirique, permet aujourd'hui une certaine garantie de la diversité, à des

²³²⁹ J.-Y., FABERON, estime que l'on peut parler de souveraineté partagée en référence aux compétences qui qualifient le degré de compétence étatique. Sur la Nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée voir FABERON, J.-Y., « L'accord de Nouméa du 21 avril 1988 : La Nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée, » Regards sur l'actualité, n°241, mai 1998, p.19-31. FABERON, J.-Y., « La Nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée », RDP 1998, p.645-648. Voir également Annexe n°15.

²³³⁰ L'Etat autonome a été défini en introduction comme un état intermédiaire entre Etat unitaire et Etat fédéral. Voir *supra* p.26. Considérés par certains comme un mode transitoire vers un modèle fédéral, il se « caractérise par la reconnaissance d'une réelle autonomie politique reconnue au profit des entités régionales et notamment d'un pouvoir normatif autonome ». FAVOREU, L., GAIA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 478. Dans le sens du postulat de la mutation de l'Etat français en Etat autonome, Voir notamment MOYRAND, A., « Les pays d'outre-mer transforment la république française en un état autonome. Brèves réflexions sur la création d'une nouvelle catégorie de collectivités publiques infra étatiques », in Mélanges GELARD, P., Montchrestien 1999, p.187-197; Voir également, FABERON, J.-Y., AGNIEL, G., (dir.), « Théorie de la souveraineté partagée, La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé », La documentation française 2000, 463 p., p. 29-38.

²³³¹ DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence et droit public français*, op.cit., p. 224.

²³³² Notons toutefois que cette idée de tolérance est mise à mal dans l'espace public avec le vote de la loi contre la Burqa. Sur cette loi, Voir *supra* p. 290, *infra* p. 567, p.568

²³³³ Mention empruntée à N. ROULAND, « Le droit français devient-il multiculturel ? », *op.cit*, p.533.

²³³⁴ La Cour de cassation dès 1971, a adopté une jurisprudence qui va dans le sens d'une reconnaissance des règles religieuses. Ainsi par exemple, elle a érigé, dans le cadre du droit positif, la qualité *casher* en qualité substantielle de la marchandise en ce qui concerne les acheteurs de confession israélite. Elle énonce à cet effet que « La qualité *casher* d'une viande peut être considérée comme constituant pour certains acheteurs une qualité substantielle de la marchandise vendue (...) ». Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 mai 1971, 69-92.886, Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle N. 132 P. 34. Notons que la Cour Européenne des Droits de l'Homme reconnaît que l'abattage rituel est considéré comme relevant d'un droit garanti par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui confère le droit de manifester sa religion par l'accomplissement des rites. *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], no 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII).

groupes ethnoculturels dont les sources normatives sont reconnues par l'Etat français, le plus souvent *ad hoc*. Cette évolution française se rapproche du droit applicable aux Etats-Unis et traduit un certain polygénisme²³³⁵.

3- L'ancrage d'un certain pluralisme juridique aux Etats-Unis

Comme le rappelle E. Zoller, le pluralisme est au fondement de la conception américaine de l'Etat²³³⁶. Les lettres 10 et 51 du *Fédéralist* en constituent les racines historiques²³³⁷. Aujourd'hui encore, le pluralisme semble une donnée incontestable voire incontestée de ce système juridique. Il paraît être une caractéristique de l'esprit de l'Etat américain²³³⁸. D'abord il s'ancre dans le fédéralisme dualiste qui accorde aux Etats fédérés les compétences de droit commun et à l'Etat fédéral des compétences d'attribution²³³⁹. Ensuite, il s'appuie sur un pluralisme institutionnel dans l'organisation judiciaire des Etats fédérés, certes uniformisé par l'organisation judiciaire de l'Etat fédéral²³⁴⁰. Il se manifeste également, pour ne pas dire principalement, par les mécanismes corporatifs, les systèmes de régulation²³⁴¹ et les normes transnationales²³⁴². Cette mainmise du secteur privé sur le système d'édiction de normes qui sont plus que de la *soft Law*²³⁴³ consacre un véritable pluralisme des sources de lois.

a. Le pluralisme juridique américain et le statut particulier des tribus indiennes

²³³⁵ L'idée de polygénisme renvoie à une vision plurielle du peuplement humain. AMSELLE, J-L., *Vers un multiculturalisme français, L'empire de la coutume*, 2^{de} éd. Flammarion, 1996, 179p., Préface, VIII.

²³³⁶ ZOLLER, E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat », in *Le pluralisme*, Archives de Philosophie du Droit, Dalloz, Tome 49, pp.109-122. M., A., HAMILTON parle aussi de la culture pluraliste des Etats-Unis: « Dès les origines, les Etats-Unis ont formé une culture pluraliste faite d'une grande diversité de confessions religieuses ». HAMILTON, M., A., « Les origines religieuses de la clause américaine de non-établissement », in ZOLLER, E., *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., pp. 71-88, p.71.

²³³⁷ ZOLLER, E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat », in *Le pluralisme*, op.cit., p.109.

²³³⁸ La publication des opinions dissidentes lors des décisions de la Cour Suprême dénote l'esprit du pluralisme américain.

²³³⁹ Pour une présentation plus détaillée mais aussi plus nuancée des répartitions de compétences, voir développement *supra* p.131-133.

²³⁴⁰ La Cour suprême est compétente pour apprécier la constitutionnalité des lois des Etats par rapport à la Constitution fédérale et/ou à la législation fédérale (C.S., *Gibbons v. Ogden*, 1824).

²³⁴¹ PRETTO-SAKMANN, A., *Private suppliers of law: diversity for lawmakers*, *Vermont Law Review*, 2006, Vol. 30, No 3, :921, p.926.

²³⁴² KOVEN LEVIT, J. a mis en évidence la notion de « *transnational norm-entrepreneur* », laquelle norme est opposée à l'Etat et tend à devenir le processus juridique international prépondérant. KOVEN LEVIT, J., *A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments*, 30 YALE J. INT'L L. 125, 181 (2005) (emphasis omitted). *Ibid.* p. 927.

²³⁴³ *Ibid.* p.930. Sur cette question, voir par exemple ZARING, D., *Informal Procedure, Hard and Soft*, in *International Administration*, 2005, V 5 CHI. J. INT'L L. 547, 592.

Dénommées « *third sovereign* » à côté du gouvernement fédéral et des gouvernements des cinquante Etats qui le composent²³⁴⁴, ces *domestic dependent nations* sont régies par la *Public Law* 280 de 1953. En créant une organisation juridictionnelle pour les indiens sur les terres indiennes, le Congrès complète ainsi *The Indian Réorganisation Act* de 1934²³⁴⁵. Cette souveraineté des tribus s'accorde néanmoins avec une dépendance vis-à-vis de l'administration américaine²³⁴⁶. Cette souveraineté porte à la fois sur les membres de la tribu et sur la terre elle-même²³⁴⁷.

En effet, les tribus indiennes ont été historiquement considérées comme détentrices d'un pouvoir propre correspondant à leur qualité de nation souveraine²³⁴⁸.

Compétences juridictionnelles: Elles avaient en matière pénale le pouvoir de juger les infractions commises par leurs membres et exclusivement par eux²³⁴⁹. De plus, en matière civile, les cours tribales ont une compétence exclusive dans deux cas de figure: d'une part lorsqu'il s'agit de connaître des litiges entre les membres de la tribu dans la réserve; d'autre part, quand le défenseur d'un litige survenu dans la réserve est indien.

Compétences normatives : Les tribus ont également compétence pour déterminer les critères d'appartenance à la tribu. En outre, elles peuvent réglementer les relations domestiques et les successions pour les personnes indiennes de la tribu²³⁵⁰.

Les contours de ce pluralisme ne sont pas sans ambiguïté. Si la Cour suprême dans *The Oliphnat v. Suquamish Indian Tribe* de 1978 rappelait que les cours indiennes n'ont pas de compétences sur les non-indiens²³⁵¹, elle clarifia son positionnement dans l'arrêt *Montana v. U.S.*²³⁵². Cette jurisprudence spécifiait alors que les tribus possèdent des pouvoirs attachés à la gestion des affaires internes y compris sur les non-membres des tribus lorsque sont en jeu les

²³⁴⁴ Expression employée par le Juge Kennedy dans la décision de la Cour Suprême C.S., *USv.Lara*, 541 US 193 (2004), p.213. La même idée prévaut dans la conférence du Juge Sandra D.O'Connor, « Lessons From The Third Sovereign: Indian Tribal Courts », *Tulsa Law Journal*, Vol.33 (1997), p1-6, cité in ZOLLER, E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat », op.cit., p. 110.

²³⁴⁵ Voir *supra* p. 144, p. 211.

²³⁴⁶ Toutefois, cette subordination vaut uniquement à l'égard du gouvernement fédéral. Les Etats fédérés n'ont pas cette compétence. C.S., *Washington v. Confederated Tribes of Colville Indian Reservation*, 447 U.S. 134, 152, (1980). On pourrait alors se demander dans quelle mesure, au niveau des Etats fédérés, nous sommes en face d'un pluralisme de coordination, certes spécifique, étant entendu que nous ne sommes pas dans un rapport de subordination classique.

²³⁴⁷ C.S., *United States v. Mazurie*, 419 U.S. 544, 550 (1975).

²³⁴⁸ La Cour avait jugé que les dispositions du Bill of Rights ne s'appliquaient pas aux tribus. C.S., *Talton v. Mayes*, 163 U.S. 376 (1896).

²³⁴⁹ Voir développement p. 213.

²³⁵⁰ C.S., *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978).

²³⁵¹ C.S., *Oliphnat v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191, 194 (1978).

²³⁵² C.S., *Montana v. U.S.*, 450 U.S. 544 (1981).

intérêts liés à l'économie, à la santé, à l'assistance sociale ou encore à l'intégrité politique de la nation tribale. Ainsi, bien que la jurisprudence *Montana* ait exclu la compétence des instances tribales pour connaître des litiges des non-membres sur les terres non-indiennes de la réserve, sauf délégation spécifique du Congrès, deux exceptions sont prévues, étendant la compétence des cours autochtones²³⁵³. Par ailleurs, en matière criminelle, la Cour stipule que les juridictions tribales n'ont compétence que pour leurs membres²³⁵⁴, limitation de compétence étendue aux indiens non-membres de la tribu par la décision *Duro*²³⁵⁵ et confirmée par *U.S. v. Lara*²³⁵⁶. Ainsi, la personnalisation dont nous parlions dans la première partie²³⁵⁷ implique donc que même si les tribus ont une compétence propre sur leurs membres - marque du pluralisme- elles n'ont qu'une compétence territoriale limitée. De ce fait, il semble que « la Cour suprême laisse la souveraineté tribale en ruine »²³⁵⁸ et que « cette redéfinition du statut tribal par la Cour Suprême jette un doute sur la nature gouvernementale des tribus »²³⁵⁹. Ce pluralisme institutionnel est donc bien, en l'état actuel du droit, un pluralisme de subordination à l'égard du droit fédéral américain.

b. Le pluralisme juridique américain, un pluralisme d'ordre religieux.

Le désétablissement de toutes les religions et le libre exercice religieux, en vertu du 1^{er} amendement à la Constitution, fournissent un terreau d'une extraordinaire richesse pour le développement d'un pluralisme en mouvement. Comme le souligne M.A. Hamilton « Dès les origines, les Etats-Unis ont formé une culture pluraliste faite d'une grande diversité de confessions religieuses »²³⁶⁰.

²³⁵³ La première a trait à l'existence d'une relation contractuelle entre les non-membres et la tribu ou bien ses membres. La seconde se réfère à l'exercice, par le non-membre, d'une activité menaçante pour l'intégrité politique, la sécurité économique, la santé ou le bien être de la tribu.

²³⁵⁴ Pour autant, elles ont la prérogative d'expulser une personne jugée indésirable pour la remettre à une autorité compétente. Voir C.S., *Duro v. Reina*, 495 U.S. 676 (1990).

²³⁵⁵ La jurisprudence *Duro v. Reina* étend la limitation de compétence des juridictions tribales en matière pénale aux indiens non-membres de la tribu. C.S., *Duro v. Reina*, 435 U.S. 313 (1978).

²³⁵⁶ C. S. *United States v. Lara*, 541 U.S. 193 (2004). Dans cette décision la Cour suprême décide qu'un indien peut être poursuivi à la fois par les Etats-Unis et par une cour tribale pour les mêmes actes qui constituent pour les deux cours des crimes.

²³⁵⁷ Voir *supra* p. 141-146.

²³⁵⁸ RIALS, C., L., « Le statut des tribus indiennes en droit fédéral : Essai de définition », Mémoire pour le D.E.A. de Droits de Common Law, Sous la direction du PR. E. ZOLLER, Université de Panthéon –Assas (Paris II), Années 2001-2002, p.64.

²³⁵⁹ *Ibid.*

²³⁶⁰ HAMILTON, M., A., « Les origines religieuses de la clause américaine de non-établissement », in ZOLLER, E. (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p.71.

En définitive, plus que révélateur de la crise de l'Etat moderne²³⁶¹, la reconnaissance du pluralisme juridique assoit l'idée de l'Etat moderne, assumant pleinement sa diversité intrinsèque, en dehors du monologisme de la loi et du droit²³⁶². Nous verrons à présent dans quel cadre opérationnel cette reconnaissance de la diversité fondée sur le multiculturalisme pourrait se développer.

§2- Cadre opérationnel: différenciation égalitaire des individus et des groupes

Si nous reprenons les trois considérations du multiculturalisme, à savoir la question de la différence, la place des minorités par rapport à la majorité et la problématique de l'identité et de sa reconnaissance publique, nous pouvons envisager deux niveaux d'appréhension juridique des phénomènes. Tel qu'antérieurement évoquée, la place des minorités est délicate car prime la difficulté préalable de définir ce qu'est une minorité et donc d'identifier, qui sont les minorités²³⁶³. Pour W. Kymlicka, les minorités nationales sont issues d'un processus de conquête ou d'incorporation²³⁶⁴. Tel est le cas des indiens aux Etats-Unis qui, selon l'auteur, devraient dès lors bénéficier d'une autonomie politico-administrative. Pour les autres minorités issues de l'immigration, il propose que seule une politique de reconnaissance culturelle et identitaire soit réalisée sans que des droits spécifiques ne lui soit attachée.

C'est en reprenant cette différenciation que nous envisagerons un modèle de diversité basé sur le multiculturalisme et axé sur le pluralisme juridique. Ce modèle part de la situation actuelle des deux contextes français et américains, mais propose de conceptualiser le processus pour mieux l'assortir de règles de gestion de cette diversité. Ces règles se scindent en deux ensembles, l'un rattaché à un modèle général, et l'autre caractéristique d'un régime particulier. Le premier qui repose sur trois éléments -le principe d'égalité, le différentialisme légal, et la reconnaissance de droits culturels sous forme de droits individuels des personnes

²³⁶¹ ROMANO, S., exprimait l'idée selon laquelle « The so-called crisis of the modern State entails the tendency of a great number of social groups to build their own independent legal circle ». ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., 112–13 (2d ed. 1946).

²³⁶² Le terme du « monologisme », est emprunté à G. TIMSIT qui définit le monologisme du système normatif comme « l'existence d'une logique unique, unitaire, verticale et hiérarchique à l'œuvre au sein des systèmes normatifs. C'est elle qui, encore aujourd'hui, pour l'essentiel, fonde les systèmes de droit contemporains et permet de rendre compte de phénomènes dont nous sommes tellement familiers qu'il ne nous vient même plus à l'esprit de nous interroger sur leurs implications ».

²³⁶³ Cette difficulté a été soulignée dans les développements antérieurs, voir *supra* p.301 et s.

²³⁶⁴ KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, New York, Oxford University Press, 1995, 280p.

appartenant à des groupes- a pour résultat un pluralisme juridique de subordination aménagé. Le second, le régime particulier, concerne les minorités nationales dites « peuples autochtones ». Il est fondé sur en une reconnaissance de ces groupes ainsi que sur l’octroi de droits collectifs à leurs membres. Il induit la définition d’un pluralisme juridique de coordination.

Ce système combinant un régime général de l’égalité basé sur la non-discrimination et un régime spécial permet par conséquent de tenir compte des différences notamment territoriales, linguistiques, religieuses mais aussi de statut permet notamment d’inclure tous les individus sur le territoire français ou américain et ce indépendamment de leur statut de nationaux ou étrangers. Ainsi, dans ce sens nous envisagerons un pluralisme « léger » dans le cadre général attaché aux droits des citoyens (A) pour mieux expliciter l’idée d’un pluralisme modéré dans le cadre spécial des peuples autochtones ou nations minoritaires (B).

A- Le multiculturalisme basé sur le principe d’égalité, régime général.

Nous nous attacherons à identifier le cadre d’un multiculturalisme fondé sur le principe d’égalité dans le cadre d’un régime général. Celui-ci garantirait tout autant un principe de non-discrimination qu’un différentialisme légal. Il permettrait alors une reconnaissance encadrée des spécificités culturelles et consacrerait trois éléments corrélés: une reconnaissance des instances représentatives des groupes ethnoculturels; une reconnaissance des droits culturels sous forme de droits individuels des personnes appartenant à des groupes; et enfin, en tant que résultante, un pluralisme que nous qualifierons de « léger », fortement corrélé à un pluralisme de subordination.

PRINCIPE D'EGALITE

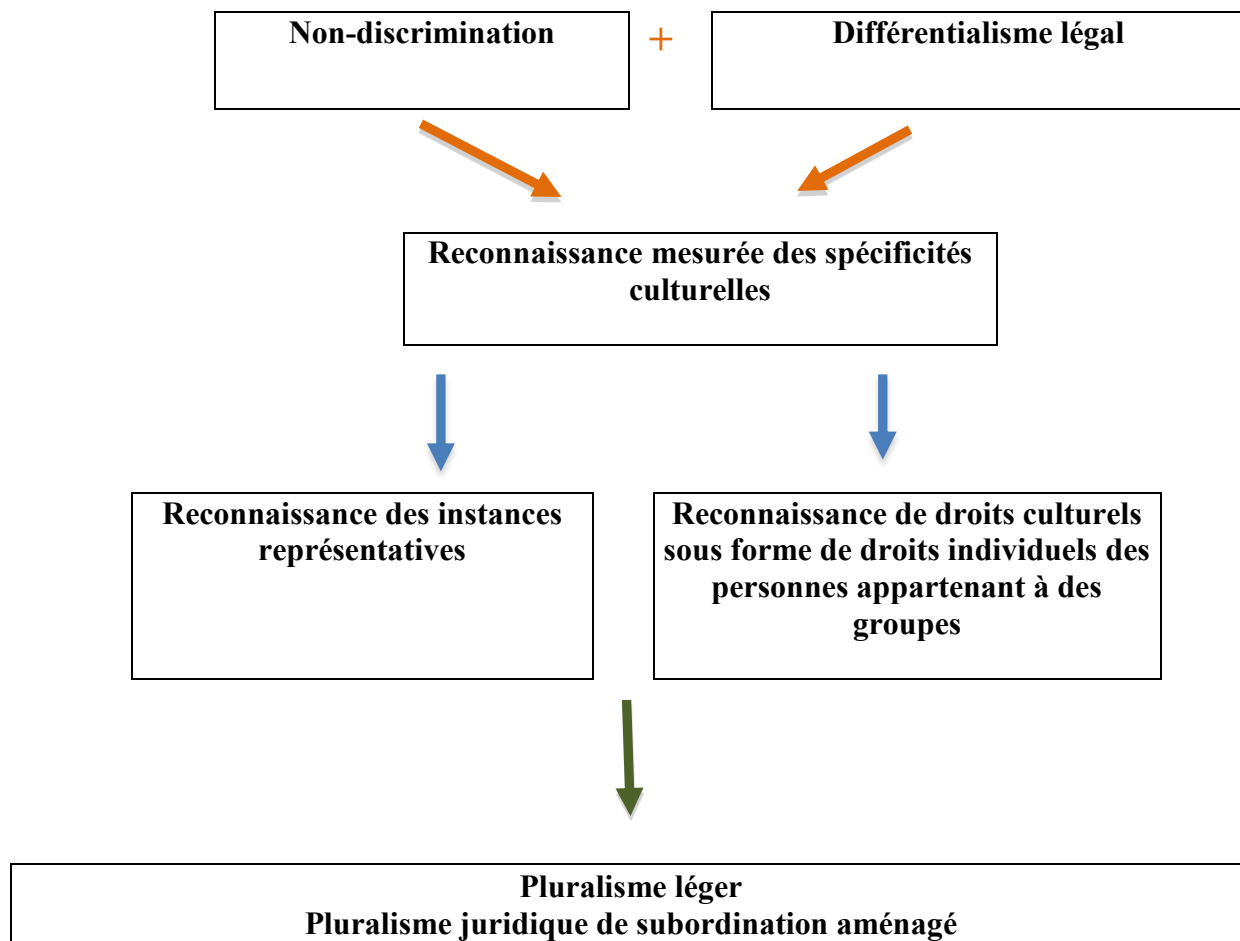


Schéma n°2 : Le multiculturalisme basé sur le principe d'égalité: Régime général.

1- Le principe d'égalité, entre non-discrimination et différentialisme légal

Tel que nous l'avons déjà évoqué, il se dégage du droit français et américain une double perception d'un principe d'égalité renouvelé sur la base duquel nous tirons les éléments du présent modèle. La première se réfère à l'égalité entendue dans le sens de la non-discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte. La seconde renvoie à l'équité et vise à adapter le traitement prodigué. A ce titre, il s'agit de traiter de manière égale des individus égaux, et inégalement des individus qui ne sont pas dans une situation égale. La question de la différence, comme nous l'avons vue, correspond à l'acquisition de droits administratifs et/ou politiques, destinés à satisfaire les revendications d'un groupe particulier. Le droit français et américain se sont engagés dans une reconnaissance de la différence à travers un corpus juridique qui s'intègre dans le droit public général et universaliste. La politique de la

différence « redéfinit souvent le principe de non-discrimination comme impliquant des distinctions, perçues comme le fondement même d'un traitement différentiel »²³⁶⁵.

En France, la logique aristotélécienne trouve un écho dans la pensée kelsénienne pour qui un droit égal n'est pas synonyme de droits identiques pour tous. Ce que les Cour françaises ont pu dégager, se retrouve aussi dans différents arrêts de la C.J.C.E. Ainsi par exemple, la Cour a pu énoncer que « le principe d'égalité veut que des relations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale »²³⁶⁶. La Cour Européenne des Droits de l'Homme va dans le sens d'une injonction à la différenciation en postulant que « le droit de jouir des droits garantis par la convention sans être soumis à discrimination, est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²³⁶⁷.

Aux Etats-Unis, la clause de *l'Equal protection* fait de l'égalité un principe dynamique²³⁶⁸. Historiquement envisagé comme garantissant la non-discrimination entre d'une part les anciens esclaves et leurs descendants et d'autre part le reste de la population, il a toutefois pu cohabiter avec un système ségrégationniste sur la base de *Plessy v. Ferguson*²³⁶⁹ et s'avérer facteur d'exclusion quant à ses destinataires²³⁷⁰. Aujourd'hui, le principe d'égalité rejette la doctrine « séparés mais égaux » tout en ne niant pas expressément certaines classifications. Au contraire, la Cour suprême a entériné les classifications, la différenciation découlant du principe d'égalité et venant le renforcer. Elle dispose par exemple « *but the classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation, so that all persons similarly circumstanced shall be treated alike* »²³⁷¹. Toutefois, comme précédemment évoqué, les

²³⁶⁵ TAYLOR, C., *Multiculturalisme, Différence et démocratie*, Flammarion, 1997, 144p., p.59.

²³⁶⁶ C.J.C.E., 13 Déc 1984, *Sté Sermide*, Affaire 106/83, Rec 1984, 4209. Cité in DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, op. cit., p. 217.

²³⁶⁷ Cour E.D.H., 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, R.T.D., Civ. 2000, p.434, obs, J.-P. MARGUENAUD.

²³⁶⁸ Cass R. Sunstein, (The Suprême Court) “ Foreword: Leaving Things Undecided”, 110 Harvard L R (1996), 6-101, P.67 cité in RIGAUX, F., « *Le droit à la différence aux Etats-Unis d'Amérique* », PP.45-70, P.46, in ROULAND.N. (dir.), *Le droit à la différence*, op.cit.

²³⁶⁹ Voir *supra* p.118 et p. 208. Voir également Annexe n°16 et 17.

²³⁷⁰ Voir les discriminations contre les femmes qui n'ont pas été déclarées inconstitutionnelles. Par exemple les discriminations quant à l'accès à certaines profession dont celle d'avocat, C.S. *Bradwell v. Illinois*, 21 L Ed, 8 16 Wall.130) 442 (1873) ou encore discrimination pour la participation aux élections législatives, C.S., *Minor v. Happerset*, 22 L Ed, (21 Wall.162) 627 (1875).

²³⁷¹ Toutefois, la classification doit être raisonnable, non arbitraire et doit se baser sur une différence ayant un lien juste et substantiel avec l'objet même de la loi, de sorte que toutes les personnes soient traitées de la même

classifications liées à la race, à l'origine ethnique ou nationale et à la lignée sont considérées comme suspectes appelant un contrôle de *strict scrutiny*²³⁷².

Ainsi, un modèle de diversité fondé sur le multiculturalisme aurait pour socle fondamental l'égalité, entendue dans sa double logique de traiter de manière égale des individus égaux, et inégalement des individus qui ne sont pas dans une situation égale tel que c'est le cas en France et aux Etats-Unis. Il s'enrichit en outre de la reconnaissance des identités culturelles.

2- Le multiculturalisme impliquant une reconnaissance des spécificités culturelles collectives

Le principe d'égalité en concevant un traitement non-discriminatoire et un certain différentialisme juridique, sert de socle à une reconnaissance des identités culturelles spécifiques. Celle-ci participerait de la création d'une « démocratie délibérative »²³⁷³ qui assure la protection des droits fondamentaux des personnes et permet la reconnaissance « des besoins spécifiques des individus en tant que membre de groupes culturels spécifiques »²³⁷⁴. Cela va dans le sens de R. Dworking qui affirme qu'« un individu a une prérogative à être protégé contre la majorité » et, ajoute-t-il « fut-ce au préjudice de l'intérêt général »²³⁷⁵.

Si l'on reprend la définition de l'identité présentée en introduction²³⁷⁶, on relève son caractère pluriel permettant alors la coexistence « d'identifications collectives »²³⁷⁷. Dans ce sens, il ne nous semble pas souhaitable de consacrer la diversité d'un point de vue ethnoracial, mais bel

façon dans des circonstances identiques (Notre traduction). C.S., *Royster Guano Co.v. Virginiat*, 253 US 412, 415 (1920), cité in RIGAUX, F., « Le droit à la différence aux Etats-Unis d'Amérique », op.cit., p.50.

²³⁷² La triple échelle est conforme à la jurisprudence C.C. *City of Cleburne v. Cleburne City Centrer*, 473 US 432, 440 (1985). A noter que les classifications sur le genre font l'objet de controverses entre *heghtened scrutiny* (C. S *Woodward v. United States*, 871 F 2d 1068 (Fed. Cir. 1989)) et *strcit scrutiny* (C.S., *Fronzierov. Richardson*, 411 US 677 (1973)). *Ibid.*, pp.52-53. Sur la délimitation de la triple échelle de contrôle, Voir aussi *supra* p.428.

²³⁷³ GUTMAN, A., Préface de TAYLOR, C., *Multiculturalisme, Différence et démocratie*, Flammarion, 1992, Op.cit 253, p. 18. Le concept de démocratie délibérative désigne « toute forme de démocratie dans laquelle la délibération publique de citoyens libres et égaux constitue le noyau de l'autonomie et de la prise de décision politiques légitimes. En général, on oppose cette conception à une conception agrégative du choix social et de la prise de décision qui en rend compte ». MESURE, S., SAVIDAN, P., *Dictionnaire des Sciences Humaines*, PUF, 2006, 1275p. Sur la démocratie délibérative voir aussi « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine. Introduction, généalogie et éléments critiques ». Entretien avec B. MAMIN. In « Politix », Vol. 15, N°57. Premier trimestre 2002. pp. 37-55. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/polix_0295-2319_2002_num_15_57_1206, Consulté le 30.12.2011.

²³⁷⁴ GUTMAN, A., Préface de TAYLOR, C., *Multiculturalisme, Différence et démocratie*, op.cit., p.19

²³⁷⁵ DWORKING, R., *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1994, p. 234.

²³⁷⁶ Nous retiendrons notamment de la définition que l'identité est une donnée individuelle s'articulant avec une dimension collective, à travers des appartenances ou sentiments d'appartenances. Voir définition donnée en introduction, *infra* p.39-41.

²³⁷⁷ CONNOLLY, W., *The ethos of Pluralization*, Mineapolis, Minnesota University Press, p.xxi

et bien ethnoculturel. Nonobstant les difficultés inhérentes à ce processus, nous privilégions la reconnaissance de la situation spécifique des personnes en raison de leur identification reposant sur des spécificités linguistiques, religieuses et de communauté d'expériences²³⁷⁸.

Au préalable, nous pourrions nous accorder avec J. Landfried, sur le fait que seules les organisations communautaires existent et non les communautés en tant que telles²³⁷⁹. Les premières ont en effet obtenu une reconnaissance par les pouvoirs publics qui revient à un monopole de représentation de la dite communauté. La question de la satisfaction des revendications identitaires par la reconnaissance d'une identité particulière montre le lien structurel entre l'individualisme et le contexte social. Le dialogisme cher à C. Taylor participe d'ailleurs d'une valorisation de la différence qui devient une valeur en soi. Dès lors, les individus ont besoin de la voir protégée voire même garantie par la société dans laquelle ils s'insèrent. Ces considérations nous amènent à appréhender trois axes: le rapport individuel-collectif, le rapport public-privé et enfin l'axe droits-obligations.

Nous nous référerons ici à J. Levy²³⁸⁰ pour qui les revendications peuvent s'exprimer de quatre façons complémentaires :

- une ou des demandes d'assistance. Cela peut consister en ce que soient mis à disposition des services afin de faciliter aux membres de la minorité un accès préférentiel à des prérogatives²³⁸¹.
- des revendications symboliques. Ceci peut se traduire par le fait que l'image des groupes minoritaires soit revalorisée²³⁸².
- des revendications d'exemption et notamment le fait de déroger individuellement à certaines règles à titre individuel, qui sont en contradiction avec une obligation communautaire²³⁸³.

²³⁷⁸ Cette perspective nous permettrait d'envisager une déracialisation de la société, même si *de facto* le rattachement à une communauté d'expérience peut lui se faire sur la base de facteurs raciaux.

²³⁷⁹ LANDFRIED, J., directeur de l'Observatoire du communautarisme, colloque « Intégrisme, communautarisme et racisme », organisé par Avenir du MRAP, samedi 12 novembre 2005, Marseille, <http://www.communautarisme.net/Le-concept-de-communautaire-et-sa-relation-avec-le-communautarisme>. Consulté le 28.09.2011.

²³⁸⁰ LEVY, J., « Classifying Cultural Rights », in SHAPIRO, I., KYMLICKA, W., (Dir.), New York, University Press, 1997, 600p., p. 22-66.

²³⁸¹ Parmi les réponses à ce type de revendications, on trouve la traduction des questionnaires de recensement, la mise à disposition de bulletins de vote multilingues ou encore les programmes transitoires d'enseignement bilingue destinés à permettre aux enfants d'immigrés de mieux s'intégrer dans le système scolaire.

²³⁸² Parmi les réponses à ce type de revendications, on trouve la reconnaissance de l'héritage de Martin Luther King, ou la révision des programmes scolaires reconnaissant plus explicitement l'apport culturel et politique des Noirs.

²³⁸³ Aux États-Unis, la Cour suprême a d'abord considéré que les adeptes d'une religion amérindienne pouvaient faire usage du peyotl dans le cadre de leur culte sans tomber sous le coup de la législation réprimant l'usage des stupéfiants. De même, les Amish, se sont vus dispenser de l'obligation scolaire jusqu'à 16 ans. La décision

- des revendications d'autonomie, pouvant se traduire par un système d'édiction des lois mais aussi de résolution des litiges²³⁸⁴, dans le cadre d'un pluralisme établi, de subordination ou de coordination.

Ainsi, la reconnaissance des spécificités culturelles passerait par une réponse particulière à ces revendications. En outre, la reconnaissance politique des instances représentatives des groupes pourrait permettre la reconnaissance de droits individuels des personnes appartenant à ces groupes. Selon P. Meyer-Bisch, il pourrait s'agir du droit à la participation culturelle, du droit à l'éducation et du droit individuel et collectif à l'identification culturelle²³⁸⁵. Perçus comme déstabilisant l'équilibre unitaire des Etats-nations, les droits culturels ne sont à cet égard dangereux que si on corrèle unité et uniformité. Si l'on pense au contraire l'unité comme l'assemblage dans un tout cohérent d'éléments hétéroclites, les droits culturels peuvent se penser comme garantissant cette unité prônée et érigée en dogme. Ils présentent en effet l'avantage de refléter la dialectique identitaire en ce qu'elle a d'individuel et de collectif et de permettre alors la prise en compte des spécificités de l'individu et du groupe. Peut-être pourraient-ils, dans cette optique, permettre la construction d'un universalisme pluriel des droits de l'homme²³⁸⁶ ?

Pourtant, si nous optons pour une dimension collective des droits individuels tels que prônée par N. Rouland, nous invitons à la mise en garde contre toute collectivisation des droits. Porteuse d'un certain relativisme radical, elle enferme la personne dans un être social, niant la pluralité de ses éléments d'appartenance et essentialisant l'individu dans une identité subie, héritée, figée voire indéfectible. Par contre, envisager des droits culturels dans cette double logique en favorisant les droits culturels individuels des personnes appartenant à des groupes permet le respect du primat des droits individuels, tout en ne niant pas « la complexe individualité du sujet »²³⁸⁷. Ainsi, cette conception reconnaît le fait de « vivre en commun sa subjectivité »²³⁸⁸, en dehors de toute cristallisation du groupe, dans une définition qui s'appuierait sur des critères distinctifs prohibés.

Wisconsin v. Yoder a en effet considéré que les fidèles de la religion Amish peuvent retirer leurs enfants de la scolarité obligatoire dès l'âge de 14 ans. C.S., *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972).

²³⁸⁴ Par exemple, des groupes indigènes australiens et américains ont revendiqué et obtenu la reconnaissance juridique partielle de leurs systèmes de justice pénale.

²³⁸⁵ MEYER-BISCH, P., *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Meyer-Bisch/ Ed. Universitaires, Fribourg, 1993, 362p.

²³⁸⁶ MENOIR, M., op.cit., p.49.

²³⁸⁷ MEYER-BISCH, P., « *Le sujet des droits de l'homme est individuel mais l'objet est commun. Analyse à partir des droits culturels* », op.cit., pp.19-44, p.19.

²³⁸⁸ *Ibid.*, p.20.

En France, si le Conseil constitutionnel réfute l'idée de droits collectifs, des droits individuels particuliers ont été octroyés à des personnes en leur qualité de membres de groupes particuliers. Il ne s'agit pas à proprement parler de droits collectifs dont les détenteurs seraient des groupes précis mais d'une combinaison entre droits individuels et collectifs. Dans ce schéma, l'individu reste celui qui possède le « droit à/de » et qui est soumis à « l'obligation de ». Cependant, il ne dispose de ces prérogatives que parce qu'il appartient à un ensemble spécifique. Cette solution nous permettrait d'éviter d'essentialiser les frontières de groupes déterminés renforçant l'individu dans ses libertés individuelles. De plus, serait reconnue à cet individu la faculté de se rattacher à une communauté, quelle que soit sa base de référence, pour autant que cette identification se fasse dans le respect de l'ordre public. Elle introduirait une hiérarchie entre les droits purement individuels qui priment sur les droits individuels spécifiques -reconnus à des personnes appartenant à un groupe-, lesquels primeraient à leur tour sur d'éventuels droits collectifs. En France, pour ne pas tomber dans le, semble-t-il, intangible obstacle constitutionnel de l'article 1^{er} de la constitution française, il faudrait admettre un droit des minorités religieuses et des minorités linguistiques basé sur l'article 75-1 qui dispose que « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France »²³⁸⁹. Aux Etats-Unis, le multiculturalisme ainsi entendu devrait poursuivre sa mutation vers une déconnexion entre l'identité culturelle et l'identité raciale. Celle-ci n'impliquerait pas l'abandon de la race comme élément caractéristique, mais en ferait un élément de référence parmi d'autre.

Le système ainsi décrit, reposant tout à la fois sur l'égalité et la reconnaissance des spécificités culturelles, se baserait sur un pluralisme dit léger qui n'est autre qu'un pluralisme de subordination aménagé.

3-Pluralisme juridique dit « léger », ou « pluralisme de subordination » aménagé

Ce système d'articulation de la non-discrimination et du différentialisme dosé, corrélé à une reconnaissance mesurée de groupes identitaires, induirait le développement d'un pluralisme

²³⁸⁹ Voir Constitution française, annexe n°1.

dit « léger » ou « light », qui s'ancrerait dans le « pluralisme de subordination »²³⁹⁰, mais pour mieux le dépasser.

Dans le cadre hiérarchique qu'induit le pluralisme de subordination, l'Etat intègre dans son ordre juridique des dispositions voire même des dispositifs attachés à d'autres ordres juridiques présents sur son territoire. Ce pluralisme hégémonique²³⁹¹ reste aux mains de l'Etat, ce qui garantit le primat de l'Etat-nation. Ce dernier incorpore toutefois les ordres juridiques coutumiers ou traditionnels en les captant voire en les instrumentalisant²³⁹². Dans le cadre du pluralisme « léger », ce dialogue des cultures juridiques s'appréhenderait donc dans une logique de subordination.

Dans ce sens, nous pourrions alors concevoir un pluralisme englobant des normes de groupes *infra*-étatiques, selon plusieurs modalités.

En premier lieu, il serait possible de considérer, comme c'est déjà le cas en France, que les décisions étatiques soient prises après consultation et accord donné par les dirigeants confessionnels. La nomination des aumôniers dans les établissements d'enseignements, pénitenciers ou hospitaliers et ceux de l'armée, est à ce titre emblématique. Aussi, les autorités religieuses doivent au préalable valider leur qualité de représentant confessionnel avant que leur statut d'agent public leur soit reconnu²³⁹³. Dans le même sens, si la qualité de représentant confessionnel est retirée par l'autorité religieuse compétente²³⁹⁴, les autorités publiques se trouvent dans le cadre d'une véritable compétence liée²³⁹⁵. Cette subordination de l'ordre juridique étatique aux autorités confessionnelles représentatives²³⁹⁶ se manifeste également dans la décision par les autorités municipales de la mise à disposition d'une église communale lorsque l'association revendicatrice ne bénéficie pas de l'aval de la hiérarchie catholique²³⁹⁷. Enfin, les dispositions dérogatoires au droit commun en matière d'exécution des animaux illustrent une autre forme de cette subordination. En effet, les personnes

²³⁹⁰ OTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance: cadre conceptuel », op.cit., p.20. Le pluralisme de coordination réalise quant à lui une articulation entre des ordres juridiques. Les termes de pluralisme de coordination et pluralisme de subordination ont été définis précédemment, Voir *supra* p.536.

²³⁹¹ *Ibid.*, p.20.

²³⁹² *Ibid.*, pp.20-21.

²³⁹³ Pour les aumôniers militaires, voir l'arrêté du 8 juin 1964. Pour les aumôniers hospitaliers, voir la circulaire du 19 janvier 1976 Pour les aumôniers dans les prisons, voir l'article D.433 du Code de Procédures Pénales.

²³⁹⁴ C.E., 17 octobre 1980, Pont, *Rec.*, p.374; A.J.D.A.1981, p.256, Concl. D. Labetouille. Confirmé par C.E., 9 octobre 1981, Beherec, *Rec.*, p.358, C.E., 2 décembre 1981, Abbé Siegel, *Rec.*, p.739.

²³⁹⁵ C.E., 27 mai 1994, Bourges, *Rec.*, p.263.

²³⁹⁶ DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, op.cit., p. 267.

²³⁹⁷ T.A., Grenoble, Association Saint Pie V Dauphiné Ardèche, J.C.P., 1993, éd. G., IV, p.23. *Ibid.*, p.268. Voir également C.E., 23 janvier 1920, Abbé Barraud et autres, *Rec.*, p.75 ; S. 1924.III.48, *Ibid.*, p.269.

concernées doivent être agréées par le ministère de l'agriculture et avoir une habilitation des organisations religieuses, et ce, sans que le principe de laïcité ne soit violé²³⁹⁸.

En deuxième lieu, nous pourrions envisager ce pluralisme englobant des normes de groupes *infra*-étatiques sous forme de validation des décisions *infra* étatiques par l'organe judiciaire étatique²³⁹⁹. La prise en compte partielle de la loi juive devant les tribunaux, lesquels statuent sur le préjudice moral résultant de la non délivrance du *gueth* en témoigne²⁴⁰⁰. Toutefois, si les juridictions condamnent les maires à des dommages et intérêts en raison du caractère abusif de ce refus de délivrance²⁴⁰¹, la Cour de cassation ne va pas jusqu'à prononcer l'astreinte. Elle limite ainsi la prise en compte de la répudiation. Elle valide alors implicitement le principe de répudiation contenu dans la loi juive, mais se refusant de lui donner les mêmes effets que le divorce.

Nous pourrions également aller vers une prise en compte accrue, par les juridictions étatiques, de normes de références des ordres coutumiers et/ou traditionnels. Cette application des rites religieux par l'ordre juridique étatique²⁴⁰² se manifeste par exemple par la prise en considération par la cour de cassation du référentiel *casher* comme critère d'appréciation de la qualité de la viande²⁴⁰³. La référence aux normes religieuses peut même prévaloir sur les règles étatiques. Ainsi par exemple, la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Brami c/ Arbid*, a basé son argumentation sur des motifs religieux, en écartant la règle de droit commun²⁴⁰⁴.

²³⁹⁸ Voir par exemple C.E., 2 mai 1973, Association culturelle des israélites nord-africains de Paris, Rec., p. 313.

²³⁹⁹ Cela semble être le cas dans le droit roumain où les autorités civiles valident les décisions de la justice coutumière Rom dans un certain cadre prédéfini. Voir COULTHIADÉ, M., « Droit Rom et droit roumain » in Ciomo V. (dir.), *Etat de droit, personnes et territoires*, Editions Presa Universitaria Clujeana, 2008, cité *inIbid*, p. 22.

²⁴⁰⁰ En vertu de la Tora, l'homme juif peut répudier sa femme si elle est stérile, adultère, ou si elle ne respecte pas les rites de cashérisation. Si l'homme procède à une telle répudiation, il a l'obligation de délivrer un document dénommé le *gueth*, lequel permettra à la femme de se remarier religieusement. DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, op.cit., p. 269-270.

²⁴⁰¹ Cass. Civ, 5 juin 1985, J.C.P. 1987 éd. G., II, 20728, note E. AGOSTINI.

²⁴⁰² KOUBI, G., « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ?, Réflexions à partir de PARIS, 8ème ch., Sect B, 7 mai 1986 », J.C.P.1987, éd. G., I, 3292.

²⁴⁰³ Voir sur ces questions KOUBI, G., «Droits et religions : dérives ou inconséquences de la logique de conciliation », R.D.P. 1992, pp. 725 à 748. FORTIER, V., « Justice civile, religions et croyances », R.R.J./D.P. 1998, p 961.

²⁴⁰⁴ Aussi, le licenciement d'un salarié juif d'un restaurant *casher*, au motif qu'il s'était absenté 20 jours après un deuil familial, ce que permet la loi juive (contre les 3 jours accordés par la loi française) a été apprécié au regard des relations contractuelles qui « supposaient un attachement diététique à la loi juive et le souci réciproque de l'appliquer ». C.A. Paris, 25 mai 1990, *Brami c/ Arbid*, Jur., p. 597, note J. Villaceque.

Cet équilibre certes instable²⁴⁰⁵ pourrait s'articuler avec un régime particulier pour les minorités nationales.

B-La gestion des minorités nationales et peuples autochtones dans le cadre du multiculturalisme: régime particulier

Nous nous attacherons ici à identifier le cadre d'un multiculturalisme fondé sur le principe d'égalité dans le cadre d'un régime particulier. Il s'appuierait sur une reconnaissance des minorités nationales, pour alors conférer de véritables droits collectifs et institutionnaliser un pluralisme de coordination spécifique.

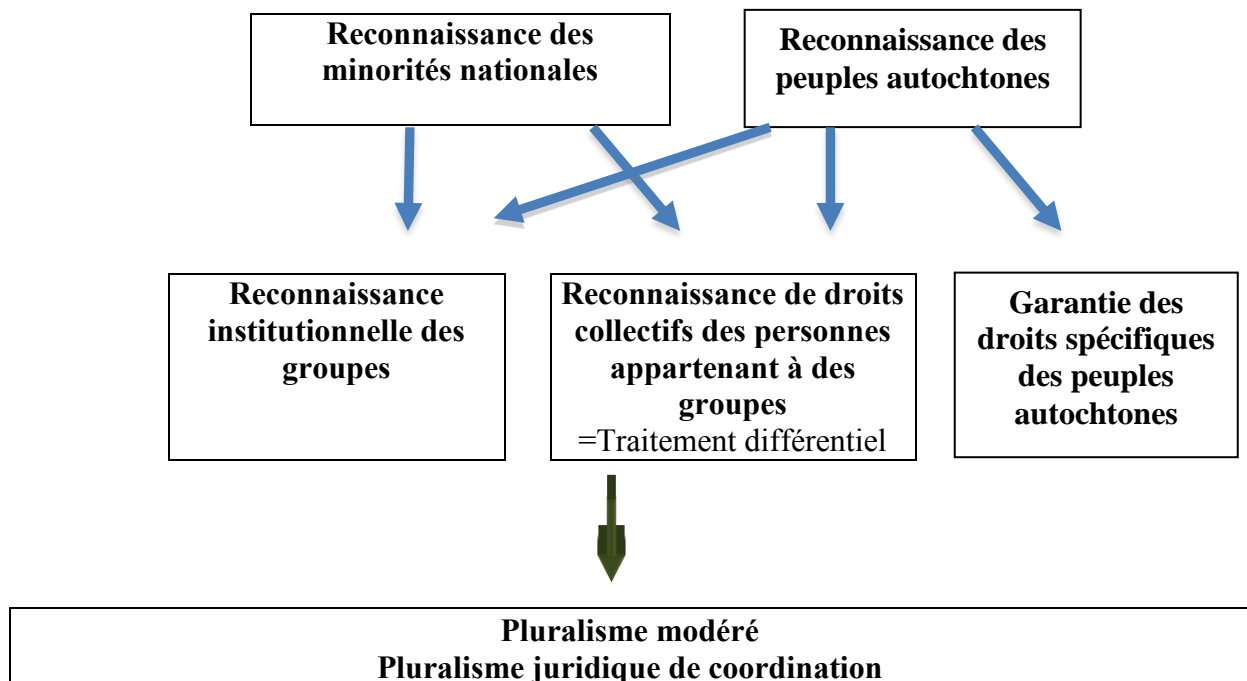


Schéma n°3 : Le multiculturalisme basé sur le principe d'égalité: Régime particulier.

1- La reconnaissance des minorités nationales et peuples autochtones

Pour les minorités nationales, il semble qu'un système différencié puisse être développé. Par minorité nationale²⁴⁰⁶, nous nous référons ici à une « communauté minoritaire caractérisée par des traits ethniques (langue, culture, histoire partagée), qui appartenait auparavant à une

²⁴⁰⁵ D. LOCHAK parle d'équilibre instable. LOCHAK, D., « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET, A., et SOULIER, G., (Etudes réunies par), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmatan, 1989, 287p., p.113.

²⁴⁰⁶ D'autres définitions ont été données antérieurement. Voir *supra* p.301 et s.

nation, soit indépendante (elle formait alors un Etat) soit autonome au sein d'une fédération (elle formait alors une entité fédérée) et que les hasards de l'histoire ont séparé de la mère patrie et transformées en groupe numériquement non majoritaire dans un autre Etat »²⁴⁰⁷. Ce sont donc des groupes d'individus aussi nommés « communautés de destin » qui ont généralement subi le mouvement des frontières qui se sont recomposées autour d'elles²⁴⁰⁸. Dans ce sens, nous rapprochons les minorités nationales et les peuples autochtones tels que définis précédemment²⁴⁰⁹. Les nations indiennes doivent en ce sens être considérées comme des peuples autochtones²⁴¹⁰. Relevons toutefois que seuls les Indiens qui occupaient le territoire américain avant la constitution de l'Etat américain sont considérés comme peuple autochtones. Aussi les indiens dits *pueblo Indians*²⁴¹¹ sont des minorités nationales et diffèrent des *Indians tribes*, peuples autochtones²⁴¹². Ces derniers, « considérés comme des sous collectivités distinctes et séparées du corps social global »²⁴¹³ n'en restent pas moins à l'heure actuelle, dépendantes²⁴¹⁴.

Cette reconnaissance participerait *a priori* de l'institutionnalisation d'une « multination »²⁴¹⁵. Celle-ci résulte d'une dissociation de l'Etat et de la nation, sans que pour autant aucun des deux ne soient renié. Dans ce cadre, tel qu'envisagé par K. Renner, les minorités constituent alors des « fragments étatiques nationaux », lesquels sont ordonnés au sein d'une « communauté indivisible »²⁴¹⁶. Pour autant, ce système n'engendre pas forcément un système fédéraliste basé sur un socle ethnico-territorial.

²⁴⁰⁷ KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A liberal Theory of minority rights*, Oxford university Press, 1995.

²⁴⁰⁸ HAARSCHER, G., *Pour les minorités, L'identité ou la justice ?*, in BERNS, T., (dir.), *Le Droit saisi par le collectif*. Bruxelles, Bruylant, 2004.pp.45-57, p46.

²⁴⁰⁹ Voir *supra* p.308.

²⁴¹⁰ Voir FALK, R., « The rights of Peoples (in Particular Indigenous Peoples) », in CRAWFORD, J., *The rights of Peoples*, Oxford Calrendon Paperback, 1988, repr. 1992, 236p., pp. 17-37.

²⁴¹¹ Les personnes appartenant aux *Pueblos Indians* ont été incorporées aux Etats-Unis à la suite du Traité de Guadalupe Hidalgo du 2 février 1948, par lequel le Mexique cède un important territoires aux Etats-Unis (notamment la Californie, le Nevada et l'Utah mais aussi une partie de l'Arizona, du Colorado, du Nouveau-Mexique). Ces personnes de langues espagnoles sont majoritairement catholiques. Les caractéristiques des *Pueblos Indians* seront en premier lieu dégagées par la Cour suprême : C.S. *Inited Sattes v. Joseph*, 94 US 614, 618 (1876).

²⁴¹² La différenciation sera notamment opérée lors de la decision : C.S. *Inited Sattes v. Joseph*, 94 US 614, 618 (1876). *Ibid.*

²⁴¹³ RIGAUX, F., « Le droit à la différence aux Etats-Unis d'Amérique », op.cit.p. 68.

²⁴¹⁴ C.S. *Alaska v. Native Village of Venetie Tribal Government*, 118 S Ct 953 (1998).

²⁴¹⁵ Voir définition donnée en introduction, *supra* p.66.

²⁴¹⁶ RENNER, K., *La nation, mythe et réalité*, 1964 trad. Française, Presses universitaires de Nancy, 1998, 134p., p.102.

Si la référence à la multination peut intéressante²⁴¹⁷, nous pensons que la France et les Etats-Unis ne peuvent pas être considérés comme un « Etat-nations » pour le premier et un « Etats-nations » pour le second, traduction dans tous les cas d'une multination. Ils sont à notre sens un Etat-nation, et plus spécifiquement Etat-nation multinational, composés de plusieurs minorités nationales, reconnues mais intégrées.

2- La reconnaissance de droits collectifs

La politique de reconnaissance à l'égard des minorités nationales implique la constitutionnalisation de droits collectifs entendus comme des « droits possédés et réclamés par des groupes, imposant des limitations raisonnables aux droits et libertés individuelles et qui se justifient indépendamment de considérations liées à l'individu »²⁴¹⁸.

La France et les Etats-Unis pourraient dès lors envisager un droit des minorités nationales sur leur territoire à condition de respecter trois considérations²⁴¹⁹ :

- l'établissement d'une hiérarchie des normes juridiques: les droits culturels des minorités doivent respecter les droits et libertés fondamentaux énoncés dans les principaux instruments internationaux et nationaux.
- l'établissement d'une hiérarchie entre droits individuels et droits collectifs. Dans ce sens, le droit du groupe ne l'emporte pas sur le droit des individus. Ainsi posé, cela implique que chacun ait le droit de choisir sa propre culture ou de s'en séparer, dans le cadre d'une démarche contractuelle, basée sur la liberté et le consentement des individus.
- l'établissement d'une reconnaissance de l'entité communautaire, à la fois par le groupe lui-même et par les autorités publiques. Cela se traduit par une reconnaissance des leaders des groupes minoritaires afin de confirmer leur représentativité et de garantir le dialogue entre la minorité nationale et l'Etat.

Ces minorités pourraient ainsi prétendre à des droits particuliers et avoir droit à une représentation accrue²⁴²⁰. Toutefois, elles ne seraient pas habilitées à se prévaloir du droit des peuples à disposer d'eux même, ce qui serait incompatible avec la recherche d'unité²⁴²¹.

²⁴¹⁷ Aussi, nous faisons l'hypothèse que ce modèle puisse être intéressant pour d'autres contextes où il s'agit de construire un Etat sur la base d'une fragmentation ethnoculturelle poussée. Ce pourrait être une piste de réflexion pour le Sud Soudan.

²⁴¹⁸ SEYMOUR, M., *Multiculturalisme, identité et nation*, p.1.

²⁴¹⁹ ROULAND, N., *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, op.cit., p. 412. Voir aussi ROULAND, N., *La France dans l'archipel des droits de l'homme*, Paris, Libération 22 mars 1993, p.9.

Concernant les peuples autochtones, il s'agirait alors de mettre en œuvre la déclaration sur les droits des peuples autochtones de 2007 et de leur conférer un droit à l'autonomie . Cela reviendrait, en plus de reconnaître des droits individuels et collectifs relatifs à l'éducation, à la santé, à l'emploi, au renforcement de leurs institutions politiques, légales, économiques, sociales et culturelles, de leurs cultures et traditions, une série de droits spécifiques. Rappelons que parmi eux se trouvent notamment la libre détermination, l'autonomie, la propriété du sol, l'accès aux ressources naturelles sur les terres et territoires dont ils sont traditionnellement les détenteurs ou les occupants, et l'assurance de la reconnaissance des États ainsi que de la protection juridique à l'égard de ces terres et territoires. Ce modèle nous conduit à présent à envisager l'instauration d'un pluralisme modéré.

3-L'instauration d'un pluralisme de coordination modéré

Le développement d'un pluralisme modéré se fonderait sur l'idée de pluralisme de coordination caractérisé par une coopération entre des ordres juridiques jouissant à égalité d'une légitimité normative. Ainsi, bien qu'articulés, ces ordres n'en resteraient pas moins différenciés²⁴²² même si l'on pourrait concevoir un co-ordre dans le sens d'un « *cooperative pluralism* »²⁴²³. Le dialogue entre les ordres juridiques pourrait se manifester de différentes manières, avec des degrés variables d'intégration. Aussi, G. Ottis différencie trois stades²⁴²⁴ :

- Un stade minimal, caractérisé par « un arbitrage normatif *ad hoc* », où un problème donné pourrait être traité par différents ordres, qui recèlent et reconnaissent une « équivalence matérielle »²⁴²⁵

²⁴²⁰ PHILLIPS, A, *The Politic of Presence*, New York, Cambridge University Press, 1995, 224p., p. 125.

²⁴²¹ T., CHRISTAKIS, parle de l'absence d'autonomie pour les minorités nationales. Il explique le refus de reconnaître un droit à l'autodétermination des minorités sur le plan universel fondé sur un certains nombre de textes de référence (notamment le Pacte des droits civils et politiques de 1966 et la Déclaration de l'Assemblée générale de 1992) ainsi que l'échec des tentatives européennes en faveur d'un droit à l'autonomie des minorités. Pp. 553-571. CHRISTAKIS, T., *Le droit à l'auto-détermination en dehors des situations de décolonisation*, CERIC Aix-Marseille III, La documentation française, Paris, 1999, 676p., pp.553-571.

²⁴²² OTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance: cadre conceptuel », op.cit., p.23.

²⁴²³ Pluralisme coopératif (Notre traduction). Law Commission of New-Zealand(2006), *Converging Currents, Custom and Human Rights in the pacific*, Study Paper 17, p.44. Cité *in Ibid.*, p. 23. Le pluralisme coopératif traduit à la fois l'idée d'interrelation entre les ordres mais également, la possible construction conjointe, entre des ordres, dans le sens d'une participation réciproque à un processus commun.

²⁴²⁴ *Ibid.* p.23.

²⁴²⁵ L'auteur fait également référence à la notion de « commensuration normative » en citant P. GLENN. Il explique qu'un processus permanent de comparaison permis par le choix normatif permet une articulation sans conflit, tout en ne reniant pas les principes fondamentaux de chaque ordre. *Ibid* p.24. Voir aussi GLENN, P., « Penser plurijuridisme », *in* BERGEL, J.L., *Le Plurijuridisme*, p.31.

- Le stade de l'harmonisation, dans lequel les différents ordres définissent « une métanorme commune »²⁴²⁶ constituant une mesure commune des principes directeurs, tout en laissant une flexibilité dans leur opérationnalisation

- Le stade de l'unification entendue dans le sens d'une construction syncrétique et non hégémonique par « un processus d'hybridation qui implique la réciprocité »²⁴²⁷. A ce stade, une différenciation pourrait être opérée entre la mixité et la synthèse²⁴²⁸. En effet, le premier terme renvoi à l'idée de combinaison, de construction à partir d'éléments différents alors que le second marque une étape supplémentaire. Il traduit le processus tout autant que le résultat qui a effectivement associé différents éléments pour mieux les structurer en un tout cohérent.

Dès lors, le pluralisme de coordination tel que nous pourrions l'envisager serait un pluralisme fondé au moins sur la reconnaissance d'une équivalence matérielle, qui devrait idéalement prendre la forme d'une harmonisation, encadrée par la définition de métanormes communes. Ce processus, loin de diluer le cadre national, participerait plutôt à la redéfinition puis à la réaffirmation d'éléments fédérateurs, par-delà les différences.

Le pluralisme modéré ainsi défini pour les peuples autochtones participerait à l'instauration effective d'un Etat multinational. En effet, celui-ci présuppose l'existence d'un ordre normatif spécifique aux populations autochtones qui coexisterait avec l'ordre normatif de l'Etat-nation américain et français. Cette mixité s'inscrirait alors dans un projet de démocratie consociative²⁴²⁹ laquelle repose sur « le principe d'une identité politique différenciée dans ses multiples appartenances »²⁴³⁰. L'autonomie personnelle sur laquelle repose la consignation de l'appartenance²⁴³¹ ne semble dès lors pouvoir être institutionnalisée sans rompre le cadre républicain de la France et des Etats-Unis que pour les populations autochtones. Quel que soit leur localisation sur le territoire, qui plus est, s'il existe un morcellement territorial du groupe, ses membres pourraient bénéficier de la protection de leur langue, culture et religion, protégées par des institutions et procédures singulières, au titre d'un multiculturalisme officialisé.

²⁴²⁶ OTTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance: cadre conceptuel », op.cit., p. 24.

²⁴²⁷ L'auteur fait référence à DELMAS-MARTY pour qui la justice européenne illustre ce processus de pluralisme basé sur une certaine hybridation. *Ibid.* p.24-25. DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

²⁴²⁸ *Ibid.* p.25.

²⁴²⁹ DE WITTE, B., « Minorités nationales, reconnaissance et protection », in *Pouvoirs*, n° 57-1991, p.126-127.

²⁴³⁰ CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 341.

²⁴³¹ *Ibid.* p.343.

Au regard de ce qui précède, nous pouvons considérer dans le cadre de ce modèle, la nécessité d'un pluralisme authentiquement démocratique se superpose à la nécessité d'une démocratie authentiquement pluraliste²⁴³². En effet, J.- L Dubois souligne que « si le discours pluraliste » et « démocratiquement inconséquent » n'est que relativisme masqué, le discours démocratique aveugle à la diversité n'est qu'autoritarisme masqué²⁴³³. Dans ce sens, l'option d'un multiculturalisme basé sur le principe d'égalité et le pluralisme permettrait en France et aux Etats-Unis sur la base de qui a déjà été élaboré, de faire coexister un régime général et un régime particulier. Le premier reposerait sur trois éléments: le principe d'égalité articulé autour de la non-discrimination; le différentialisme légal, basé sur une reconnaissance des spécificités culturelles matérialisé par la reconnaissance d'instances représentatives de groupes; et la reconnaissance de droits culturels sous forme de droits individuels des personnes appartenant à des groupes. Ce système générerait un pluralisme juridique de subordination aménagée dénommé pluralisme *light*. Un régime particulier concernerait celles des que l'on entend comme « peuples autochtones », en pratiquant une reconnaissance de ceux-ci et l'octroi de droits collectifs aux membres de ces groupes ainsi que la définition d'un pluralisme juridique de coordination.

Toutefois, à côté de l'option multiculturaliste, un autre modèle pourrait être envisagé afin de gérer la diversité dans le cadre de l'Etat-nation. Nous souhaiterions en effet présenter un autre système fondé sur un républicanisme plus classique et ainsi réaffirmé, corpus autour duquel se redéfinirait un contrat social marqué du sceau de la « laïcité de la diversité ».

²⁴³² DUBOIS, J.-L, « Pluralisme, laïcité, sphères publiques et sphère privée », *in* Le pluralisme, op.cit., pp.171-184, p.171.

²⁴³³ *Ibid*, p.171.

Section II- L'option d'un contrat social fondé sur une « laïcité de la diversité »

Face à l'exigence explicite de reconnaissance²⁴³⁴ mais sans toutefois nier le primat de l'identité humaine sur l'identité ethnique²⁴³⁵, il nous faut à présent concevoir un modèle basé sur un cadre juridique qui soit suffisamment ouvert pour concilier des conceptions différentes, mais aussi raisonnablement fermé, pour faire passer la diversité du monde des idées à celui du droit. Dans ce sens, il conviendrait d'envisager un droit de l'indifférence, socle d'un nouveau contrat social coloré de neutralité²⁴³⁶, où la diversité serait reconnue au travers de règles de « laïcité de la diversité ».

Il s'agit de concevoir ce que l'on dénomme une « société a-culturelle »²⁴³⁷ que nous entendrons comme une nation indifférente aux différences, nous nous attacherons à définir le concept de « laïcité de la diversité » (§1), avant d'envisager son cadre opératoire (§2).

§1- Tentative de définition du concept de « laïcité de la diversité »

La laïcité, dans son sens classique a acquis une légitimité sémantique et une réalité propre avant de devenir une règle de droit positif. Sa nature a changé, ce concept ayant été saisi par le droit, qui, de par sa rigueur « donne aux mots un sens, et un seul »²⁴³⁸. J. Rivero précise d'ailleurs que c'est là sa mission afin de créer l'ordre et la sécurité pour l'homme. Tant galvaudée, la laïcité est toutefois assez rare²⁴³⁹, même si les deux contextes qui nous

²⁴³⁴ « Ce qui est nouveau, c'est donc que l'exigence de reconnaissance est à présent explicite ». TAYLOR, C., *Multiculturalisme, Différence et démocratie*, Op.cit., p.88 Il mentionne par ailleurs « Cette exigence de reconnaissance politique d'une spécificité culturelle étendue à tous les individus- est compatible avec une forme d'universalisme qui range la culture et le contexte culturel propres à certains individus parmi leurs intérêts fondamentaux ». *Ibid*, p. 16.

²⁴³⁵ ROCKEFELLER, S., Commentaire, TAYLOR, C., *Multiculturalisme, Différence et démocratie*, Flammarion, 1992, p.117.

²⁴³⁶ P., D'HIRIBANE, utilise la métaphore de la peinture en énonçant que le « monde doit être à la fois parfaitement dépourvu de couleurs en tant que cadre général, comme décor, et permettre d'autant mieux à une riche palette de couleurs portées par chaque acteur de briller côte à côte ». D'HIRIBANE, P., *Les immigrés de la République, Impasses du multiculturalisme*, La couleur des idées, Paris, Seuil, 2010, 131p., p.28.

²⁴³⁷ Notion employée par P., D'HIRIBANE in *Ibid.*, p.28. Notons que nous l'entendons dans le sens de neutralité culturelle.

²⁴³⁸ RIVERO, J., « La notion juridique de laïcité », in *La laïcité...* pp.257-264, p.257.

²⁴³⁹ E.ZOLLER parle de la France en tant que République laïque comme étant isolée. ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p.4. En droit public comparé, le respect des croyances et leur égalité

intéressent sont des « Etats authentiquement laïcs »²⁴⁴⁰, la laïcité étant semble-t-il « au cœur de la république »²⁴⁴¹. Si la France a substitué une religion civique à toute autre religion, il semble que les Etats-Unis ont vécu la laïcité²⁴⁴².

Lorsque que l'on évoque la laïcité en droit français ou américain, on envisage une laïcité religieuse qui, comme le stipule par exemple le rapport de la Commission Stasi, fait référence à trois valeurs complémentaires: en premier lieu la liberté de conscience; en deuxième lieu l'égalité en droit des opinions spirituelles et religieuses; et enfin, la neutralité du pouvoir politique²⁴⁴³. Il s'agit donc d'un « mode d'organisation politique »²⁴⁴⁴ qui articule l'égalité et la liberté, ses finalités, tout autant que la neutralité et la séparation, ses moyens. Même si une traduction vernaculaire du terme laïcité en anglais n'existe pas²⁴⁴⁵, nous avons vu que le régime théorique est semblable, impliquant « la reconnaissance du pluralisme religieux et de la neutralité de l'Etat vis-à-vis des Eglises »²⁴⁴⁶. Toutefois, la réalité substantielle de cette laïcité diffère étant considérée comme plus exigeante aux Etats-Unis²⁴⁴⁷. Néanmoins, un même cadre conceptuel peut être dégagé, nous servant de référence pour poser les bases d'une laïcité de la diversité.

Le concept de laïcité de la diversité, qui opère une transposition des éléments de la laïcité religieuse à la donnée identitaire ethnoculturelle s'articule autour d'une attitude positive d'aveuglement aux différences. Cela induit de penser l'Etat en considérant trois éléments: la liberté de référence identitaire d'une part; l'égalité en droit des références-revendications

devant la loi relèvent rarement de la laïcité de l'Etat. Ils procèdent généralement du droit international et dans le cadre européen, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Voir MORANGE, J., *Le régime constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne*, Paris, Litec, 1995, p.126.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*

²⁴⁴¹ MYARD, J., (dir.), *La laïcité au cœur de la République*, Paris, L'Harmattan, 2004.

²⁴⁴² E. ZOLLER rappelle que « la laïcité américaine est née d'une vérité d'expérience ». *Ibid.* p.7.

²⁴⁴³ Rapport de la commission dit Stasi, op. cit., p.9

²⁴⁴⁴ BAUBEROT, J., MILOT M., *Laïcités sans frontières*, La couleur des idées, Seuil, 2001, 338 p., p. 7.

²⁴⁴⁵ C. J., GREENHOUSE se demande « Comment se fait-il que le terme français « laïcité » n'ait pas de traduction vernaculaire en anglais ? Les termes séculiers ou « profane » semblent s'en approcher, mais sans être tout à fait exacts (...) ». GREENHOUSE, C. J., « La séparation de l'Eglise et de l'Etat aux Etats-Unis: traduire ou trahir ? », in ZOLLER, E., *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., pp. 201-210, p.201. Le terme anglais qui apparaît comme l'équivalent est *secularism*. Pourtant, certains considèrent que « c'est un terme trop simple, mais il faut l'admettre comme point de départ ». LAYCOK, D., « La religion et l'Etat aux Etats-Unis : affrontement des théories et changements historiques », in *Ibid.*, pp. 35-70, p. 36.

²⁴⁴⁶ Le Rapport public du Conseil d'Etat énonce en effet que « le concept de laïcité renvoie, au sens large, à une perte d'emprise de la religion sur la société. Plus précisément, la laïcité française signifie le refus de l'assujettissement du politique au religieux, ou réciproquement, sans qu'il y ait forcément étanchéité totale de l'un et de l'autre. Elle implique la reconnaissance du pluralisme religieux et de la neutralité de l'Etat vis-à-vis des Eglises ». Rapport public du Conseil d'Etat, Un siècle de laïcité, 5 février 2004, p.1.

²⁴⁴⁷ Rappelons ici qu'aux Etats-Unis, il est interdit à l'Etat d'aider une ou toutes les religions de quelque manière que ce soit. Voir ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p. 7.

identitaires d'autre part; et enfin, la neutralité de l'Etat face à ces références identitaires, le tout permettant de construire un droit de l'indifférence. Ainsi, nous verrons dans un premier temps la nécessité et la pertinence d'un tel principe (A) avant d'en définir les caractéristiques intrinsèques (B).

A-De la nécessité de « la laïcité de la diversité » à sa pertinence

Dans les deux contextes considérés, les nations sont culturellement ancrées, notamment au niveau religieux.²⁴⁴⁸ L'arrêt *Employment Division v. Smith*²⁴⁴⁹ pourtant si controversé²⁴⁵⁰ pose que la neutralité du point de vue religieux, couplée avec l'applicabilité générale « déterminent les conditions de validité de la loi au regard de la clause de libre exercice »²⁴⁵¹. Si l'on reprend les propos de P. Portier « La laïcité originelle place l'Etat en situation de surplomb par rapport à la société civile: son rôle est de produire, par dépassement des identités acquises (ethniques, régionales, confessionnelles, ...), un ordre d'existence conforme aux requêtes de la raison universelle (...), la sphère publique constitue « le monde commun », le « corps citoyen » à l'abri de la particularité »²⁴⁵². Ainsi en France sont généralement

²⁴⁴⁸ Si l'on s'attache aux billets de banque, on ne note *a priori* pas de grandes différences entre les Etats-Unis où ils sont marqués du sceau « *In god we trust* », et en Europe où l'on voit représentées des Eglises (Une Eglise Romane est représentée sur le billet de 10 euros alors qu'une Eglise gothique orne le billet de 20 euros). Ces référents certes artistiques, ancrent toutefois la construction européenne dans un passé marqué par la chrétienté. En outre, en France et aux Etats-Unis, la neutralité de l'espace public peut *a priori* être sujette à caution, plusieurs villes, rues ou places portant par exemple le nom de Saints. Pour autant, les Etats-Unis, tout en reconnaissant une foi nationale, ont fait de la neutralité de l'Etat un dogme, quasi un absolu, qui, contrairement au droit français, ne nuance en aucun cas ce principe. La France neutralise cette neutralité en opérant une différence entre neutralité positive et neutralité négative.

²⁴⁴⁹ C.S., 494 US 872 (1990), *Employment Division v. Smith*. La Cour suprême y limite sévèrement la portée de la clause de libre exercice du premier amendement. Elle énonce que le premier amendement ne protège pas d'individus de lois neutres qui incidemment interdisent, ou même écartent, la pratique de leur religion. Voir MARIN, K., « *Employment Division v. Smith: The Supreme Court Alters the State of Free Exercise Doctrine* », 40 *American University Law Review*, Vol. 40:1431-1991, pp.1431-1471, 1441.

²⁴⁵⁰ Parmi les protestations et critiques, voir McCONNEL, M., W., « *Religious Freedom at the Crossroads* », *University of Chicago Law Review*, vol. 59 (1992), pp. 115 et s. ou encore PERRY, J., M., « *Freedom of Religion in the United States: fin de siècle Sketches* », *Indiana Law Journal*, vol. 75 (2000), pp. 295 et s.

²⁴⁵¹ GEDICKS, F., M., « *Exemptions religieuses, neutralité et laïcité* », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p. 180. Notons que le congrès a voté la *Religious Freedom Restoration Act* en 1993 qui opérait un retour à la jurisprudence antérieure notamment *Sherbert*, et renversait la décision *Smith*. Toutefois, la cour a déclaré cette loi inconstitutionnelle dans la décision *City of Boerne v. Flores*, estimant que seule la cour était à même de dire la signification de la clause de libre exercice. CS, *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997). Voir ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, op.cit., pp.201-208. Aussi, si les pouvoirs publics doivent édicter des lois neutres et d'applicabilités générales, les Etats peuvent accorder des exceptions religieuses dans l'application de leurs lois, mais sans en avoir l'obligation.

²⁴⁵² PORTIER, P., « *De la séparation à la reconnaissance. L'évolution du régime français de laïcité* », in ARMOGATHE, J.-R., WILLAIME J.-P., (dir.), *Les mutations contemporaines du religieux*, Paris- Turnhout, Brepols, 128p.,p.1-24, p8 et 10.

associées neutralisation de la sphère publique et soumission des citoyens à une « rationalisation universelle » ainsi qu'à une volonté générale incarnée par l'Etat.

Dès lors, penser le système en référence à la laïcité de la diversité impliquerait de revisiter la conception de la constitution qui reposerait alors sur la notion de « peuple-société »²⁴⁵³, reconnaissant des « communautés humaines hétérogènes »²⁴⁵⁴. Dans ce contexte, le droit constitutionnel démonique²⁴⁵⁵ pourrait permettre la reconnaissance de la diversité des appartenances. Cela permettrait de pallier au fait qu'aujourd'hui, le texte fondamental français « ne prend en compte et ne reconnaît constitutionnellement aucune structure sociale non politique »²⁴⁵⁶ étant entendu que ces structures-là « relèvent de la liberté des individus et de leur initiative »²⁴⁵⁷. Cette mutation s'inscrit dans le processus déjà révélé en droit français d'une réinterprétation substantielle et matérielle de l'égalité.

Comme déjà expliqué²⁴⁵⁸, aux Etats-Unis où la liberté de religion face aux interventions de l'Etat donne un contenu à la laïcité, on est passé d'un droit à la liberté à un droit à l'égalité. L'arrêt *Smith* modifie en effet les paradigmes. Il relègue l'interdiction de porter atteinte au libre exercice d'une religion « à moins que l'Etat ne puisse prouver que la loi protège un intérêt de police particulièrement important ». Mais c'est pour mieux consacrer une obligation de la loi d'être neutre et d'application générale. Ainsi, « la clause de libre exercice ne protège que contre les actions de l'Etat qui entravent « intentionnellement » la liberté religieuse »²⁴⁵⁹.

Aussi dans les deux contextes, ce droit à l'égalité formelle, transposé à la diversité, correspondrait à la quête d'égalité formelle et réelle des individus et des groupes, par-delà leurs différences culturelles, sans pour autant renier celles-ci. Cela permettrait que les lois ne

²⁴⁵³ CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, op.cit , p.324.

²⁴⁵⁴ *Ibid*, p. 324.

²⁴⁵⁵ La notion de droit constitutionnel démonique a été employée en 1963 par M., PRELOT. Voir PRELOT, M., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Dalloz, 1963, 3^e éd., p.31, in CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Thémis droit, Paris, PUF, 2009, 567p., p.323. Le droit constitutionnel démonique signifie que la réalité sociologique et humaine du droit constitutionnel « tend de plus en plus à reposer sur des communautés humaines hétérogènes ». CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, PUF, 2004, p. 294. Aussi, l'objet de ce droit est d'étudier « l'ensemble des dispositions concernant la structure même de la société diversement désignée, nation, peuple, ethnie, communauté, nationalité ». PIERRE-CAPS (S.), « La constitution démonique ou le smutations de la Constitution au seuil du XXI^{ème} siècle », in *Mél, F. BORELLA*, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 412-413.

²⁴⁵⁶ BORELLA, F., « Réflexions sur la question constitutionnelle aujourd'hui », *Civitas Europa*, n°5-2000, p.11.

²⁴⁵⁷ *Ibid*.

²⁴⁵⁸ Voir les développements dans la première partie, *supra* pp. 292-296

²⁴⁵⁹ *Ibid*. p. 183.

soient pas « sous-inclusives »²⁴⁶⁰, ne s'appliquant qu'à une partie de la population sous couvert de généralité formelle²⁴⁶¹. Dans ce cadre, il n'y aurait donc pas de droit de la majorité, ce qui constituerait le régime général et de droit des peuples autochtones, régime particulier. Au contraire, majorité et minorités bénéficieraient d'un *corpus* de droits commun, dans lequel des accommodements raisonnables seraient envisageables. Cette évolution s'inscrirait dans un processus amorcé en France et même aux Etats-Unis où, comme le souligne E. Zoller par rapport à la laïcité religieuse, il semble que « l'intérêt religieux ne passe pas, ou plutôt ne passe plus, systématiquement avant l'intérêt public »²⁴⁶².

B- Les éléments intrinsèques de la laïcité de la diversité

Reprenons à présent les différents attributs de la laïcité religieuse afin d'envisager la potentialité de conceptualiser une laïcité de la diversité en termes ethnoculturel. Afin de mieux garantir la cohabitation pacifique entre des individus ou des groupes d'individus dotés de références différentes, la liberté et l'égalité sont primordiales, entendues à la fois comme des finalités et comme des instruments au service de cette laïcité. Toutefois, « l'impartialité de la gouvernance à l'égard des divers groupes conventionnels de la société civile »²⁴⁶³, implique la neutralité (3) et la séparation pour détacher de tout pouvoir contraignant (4). Toutefois la laïcité ne se réduit pas à la neutralité. Elle requiert ses autres dimensions visant à la liberté de conscience et de culte (auquel on va ajouter la liberté de référence et de sentiment d'appartenance) (1), et à l'égalité en droit des opinions spirituelles et religieuses (des références et appartenances), porteuses de reconnaissance de la diversité et de respect de la personne humaine (2).

1-De la liberté de conscience et de religion à la liberté de choix de sa référence identitaire.

²⁴⁶⁰ MCCONNELL, M., W., GARVEY, J., H., et BERG, T., C., « Religion and the Constitution, New York, Apem, 2002, p. 212.

²⁴⁶¹ Le défaut de neutralité vis-à-vis de la religion ou de l'applicabilité générale est soumis à un contrôle strict. Voir SMITH, 494 US, PP.877-880, 882, et 884-885, cité in GEDICKS, F., M., « Exemptions religieuses, neutralité et laïcité », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p. 190.

²⁴⁶² ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste », in *Ibid*, p. 24.

²⁴⁶³ BAUBEROT, J., MILOT M., *Laïcités sans frontières*, op.cit., p.77.

L'Etat respecte en chaque homme le droit de choisir, à tout moment de son existence, la vérité métaphysique qui va orienter sa vie. En matière de laïcité de la diversité, l'Etat respecterait de la même façon le droit pour chacun d'opter pour la référence ethnoculturelle qui va guider ses actes. Ainsi, à considérer que la laïcité religieuse implique que l'Etat respecte toutes les opinions tout autant que le fait de ne pas en avoir, la laïcité de la diversité promettrait le respect des différentes identités de rattachement des personnes ou l'absence d'adjonction explicite de telle ou telle référence identitaire ou appartenance. Cette liberté serait totale dans la sphère privée et limitée dans la sphère publique, notamment par le respect de l'ordre public. L'obligation de l'Etat de favoriser la satisfaction de toutes les opinions serait alors étendue à la satisfaction des différentes identités, en tant qu'« un intérêt public prépondérant »²⁴⁶⁴.

2- De l'égalité en droit des opinions spirituelles et religieuses à l'égalité en droit des références-revendications identitaires.

Tel que précédemment mentionné, la garantie de l'égalité de traitement des personnes se revendiquant de différentes références identitaires tout autant que religieuse devrait être couplée à un principe de non-discrimination renforcé en raison de ces références, religieuses ou ethnoculturelles. Une telle conception de l'égalité assure tout à la fois l'égalité morale des personnes et l'égalité des groupes de références de ces personnes, tout comme la laïcité religieuse, dans le cadre d'une acception ouverte de la diversité. Elle permet le renforcement de la non-discrimination mais aussi de la discrimination à rebours. La garantie de l'équité dans ce cadre de neutralité serait assurée par la gestion *in concreto* des différences, notamment par un dispositif d'accommodement raisonnable aux mains du juge.

3-De la neutralité du pouvoir politique face à la religion et à la neutralité face à l'identité ethnoculturelle.

La neutralité s'envisage à la fois dans dimension formelle et substantielle²⁴⁶⁵. La première acception renvoie à l'idée d'indifférence aux distinctions religieuses et pourrait-on dès lors l'imaginer, aux différenciations ethno-culturelles. La seconde postule que l'Etat, de par son

²⁴⁶⁴ Mention du juge S. Day O, Connor dans les deux décisions rendues le 23 juin 2003. Voir C.S, *GRUTTER v. BOLLINGER*, 539 U. S. 306 (2003). La cour énonce qu'elle « The Court endorses Justice Powell's view that student body diversity is a compelling state interest that can justify using race in university admissions. The Court defers to the Law School's educational judgment that diversity is essential to its educational mission ».

²⁴⁶⁵ LAYCOK, D., « La religion et l'Etat aux Etats-Unis: affrontement des théories et changements historiques », in Zoller, E., *La Conception Américaine de la Laïcité*, pp. 35-70, p. 47 et 48.

action, ne cherche ni à dissuader, ni à encourager les croyances et pratiques en lien avec la religion et *a fortiori*, l'identité ethnoculturelle. Si W. Kymlicka estime que cet aveuglement aux différences n'est qu'un mythe²⁴⁶⁶ et l'on peut craindre avec C. Taylor que les principes neutres et aveugles à la différence ne soient en réalité que « le reflet d'une culture hégémonique »²⁴⁶⁷, nous pourrions tout de même envisager un abstentionnisme étatique. Ainsi l'Etat renoncerait à faire de la « propagande culturelle »²⁴⁶⁸ tout autant que religieuse et n'imposerait explicitement ou implicitement aucun *credo* identitaire à l'échelle *macro*. En outre, cette option augure que l'ordre public se vide de tout contenu doctrinal, religieux et identitaire entendu dans un sens ethnoculturel. Dans ce cadre, l'Etat ne pourrait donner aucun appui moral ou matériel à aucune identité ethnoculturelle pas plus qu'à une religion. Cette limitation volontaire de compétence se trouverait alors garantie tout autant dans le domaine métaphysique que dans celui de la prévalence des référents identitaires ethnoculturels. Cette neutralité ne dénie pas le rattachement à des valeurs d'autres principes démocratiques la sous-tendent. Cette conception se rattache à l'idée de neutralité étatique entendue dans le sens de J. D. Rawls, implique que les individus citoyens soient traités de manière égale en adoptant un « principe d'égalité approximative »²⁴⁶⁹. Dans ce cadre, il n'existe pas à proprement parler de majorité ou de minorités juridiques, mais d'individus appartenant à des groupes et traités de manière égalitaire. Rappelons que cette idée de neutralité « sur le marché des idées » est le « principe central du Premier Amendement »²⁴⁷⁰. Ainsi, la nation deviendrait « Color-blind », et participerait à une certaine dé-racialisation mais aussi de dé-culturation de la société²⁴⁷¹.

²⁴⁶⁶ KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy : an introduction*, Oxford University Press, 1990, 2^{ème} éd. 2002, p.346 ou encore KYMLICKA, W., *Politics in the Vernacular.Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*.New York, OxfordUniversity Press, 381p., p. 253.

²⁴⁶⁷ TAYLOR, C., (dir.), *Multiculturalism: examining the politic of recognition*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1994, 175p., p.43.

²⁴⁶⁸ Ce terme est utilisé sciemment de manière polémique.

²⁴⁶⁹ Terme proposé par R. DWORKING. DWORKING, R., *Une question de principe*, Paris, PUF, coll. Recherches politiques , 1996 (1ère éd. 1985), cité in BENETULLIERE, S., « Justice sociale et espace public », RFDA, n°69, 2007, pp.57-77, p. 60.

²⁴⁷⁰ Opinion majoritaire du Juge Stevens, CS, *F.C.C., v., Pacifia Foundation*, 438 U.S. 7266 (1978), cité in BENETULLIERE, S., « Justice sociale et espace public », op.cit., p.71.

²⁴⁷¹ La racialisation étant ici entendue dans son sens premier comme l'inscription de l'appartenance identitaire en fonction de critères biologiques, et essentiellement de différenciation physique voire mélanique. La déracialisation résulte alors du fait que l'élément racial est un élément d'appréciation de la diversité mais pas ou plus l'élément prépondérant sinon essentiel.

4- De la séparation des Eglises et de l'Etat à la reconnaissance d'un vouloir vivre ensemble dans une nation transcendantale

La laïcité de la diversité implique une acceptation de la nation entendue dans un sens volontariste, reposant sur des critères subjectifs, ceux d' « un vouloir vivre ensemble ». Cela résulte du fait que la nation ainsi repensée présuppose la tolérance à des références, culturelles, culturelles et/ou ethniques potentiellement différentes. Il repose sur une dimension individuelle, vecteur d'une conception libérale, garantissant des droits individuels aux personnes, en tant qu'individus libres mais aussi en tant qu'individus appartenant à des groupes. La définition de cette conception du bien commun pourrait être « mince » selon la conception de J. D. Rawls²⁴⁷², « plus procédurale et moins matérielle » comme elle est actuellement aux Etats-Unis²⁴⁷³.

Ce concept de laïcité de la diversité n'est pas sans soulever certaines problématiques, laissant présupposer des domaines litigieux. Une question émerge notamment. Qui sont les bénéficiaires d'un tel dispositif ? La personne et non le groupe, assurément. Comment toutefois dans ce modèle traiter les personnes non-citoyennes ? En effet, comme antérieurement évoqué²⁴⁷⁴, la citoyenneté relève généralement de la nationalité et ne concerne donc pas tous les individus présents sur le territoire français et américain. Afin d'envisager et consolider un cadre général, il faudrait-il considérer que ce référentiel s'applique à toutes les populations résidentes, quel que soit leur statut au regard de la nationalité.

§2- Le cadre opératoire de la « diversité de la laïcité »

Il convient à présent d'analyser dans quel cadre concret cette diversité de la laïcité pourrait prendre place. En premier lieu, cette laïcité de la diversité s'inscrirait dans une dialectique publique-privée revisitée (A). Ensuite, elle s'appuierait sur la logique de l'accommodement raisonnable, aux confins de l'égalité et de l'équité (B). En second lieu, il prédisposerait la définition d'un cadre national fédérateur mais respectueux des différences (C).

²⁴⁷² RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap of Harvard University, 1971, §§ 60-62, pp. 396-407-

²⁴⁷³ GEDICKS, F., M., « Exemptions religieuses, neutralité et laïcité », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p. 182.

²⁴⁷⁴ Voir notamment *supra* p.198, 216 et s.

A- La dialectique sphère publique et sphère privée revisitée

« Au privé la libre expression des différences, au public l'assimilation à l'ordre juridique et politique de la citoyenneté. Au privé, l'affirmation libre des identités et des références particulières grâce auxquelles l'homme donne librement un sens à son existence (...), au public l'unité-égalité-universalité de la citoyenneté de l'individu »²⁴⁷⁵. Parce qu'en cas de diversité ethnoculturelle cette différenciation classique entre sphère privée et publique est dépassée, le concept de laïcité de la diversité doit opérer une conciliation entre sphère publique et sphère privée, tout comme l'exige au final la laïcité religieuse. En effet, si la foi, la conviction ou le sentiment d'appartenance identitaire relèvent incontestablement de la sphère privée, la liberté de religion tout comme la liberté de pratiques culturelles diverses s'expriment à un moment ou à un autre dans l'espace public²⁴⁷⁶.

La législation récente en France semble aller dans ce sens. En interdisant dans les écoles, collèges et lycées publics le port de signes ou tenue par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse²⁴⁷⁷, le législateur a assuré le partage de la sphère publique, en différenciant l'espace physique des services public de l'espace physique des voies publiques²⁴⁷⁸. Pour autant, une troisième composante de la sphère publique pourrait être distinguée²⁴⁷⁹ différenciant institutions publiques, services publics et lieux publics.

²⁴⁷⁵ SCHNAPPER, D., *La relation à l'autre ; Au cœur de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1998, p186.

²⁴⁷⁶ L'autonomisation du politique par rapport au religieux n'a point interdit l'expression sur la place publique des convictions religieuses. Au contraire, elle a induit l'expression d'une liberté des cultes à travers la garantie de la liberté de religion. Voir DUBOIS, J.-P., « Pluralisme, laïcité, sphères publiques et sphère privée », op. cit., p.179.

²⁴⁷⁷ Article 1^{er} de la loi du 15 mars 2004, devenu l'article L.141-5-1 du code de l'éducation.

²⁴⁷⁸ Notons que la notion d'espace public a été utilisée pour la première fois dans une loi et définie pour cette loi (Loi n° 2010- 1192 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Voir *supra* p.290. Toutefois, la définition ne semble valoir que pour l'article 1^{er} de la dite loi. Elle définit alors l'espace public comme étant « constitué de voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public ». Par ailleurs, comme le rappelle O., BUI-XUAN, la Cour de cassation avait caractérisé les voies publiques de « tout passage accessible, toute ou chemin ouvert au public ». Civ. 3, 13 mai 2009, n°08-14.640, cité in Rapport de J.-P., GARRAUD, rédigé au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2520) interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 23 juin 2010, p.50. BUI-XUAN, O., « L'espace public. L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? », op. cit., p. 553. Dans ce sens, l'auteur en vient à énoncer que les critères de l'espace public sont fonctionnels et non organiques, s'appliquant indépendamment du caractère public ou privé du « propriétaire » de l'endroit, seul comptant l'usage collectif du lieu. *Ibid.*, p. 554.

²⁴⁷⁹ DUBOIS, J.-P., « Pluralisme, laïcité, sphères publiques et sphère privée », op. cit., p.182.

Nous choisirons ici de relever quatre niveaux en fonction des régimes applicables, combinant sphère publique et espace public²⁴⁸⁰, en nous référant à l'appréhension de la diversité religieuse en France:

- les institutions publiques où la neutralité est totale²⁴⁸¹
- les services publics avec une double considération: selon que l'on considère les personnels qui sont soumis à une stricte neutralité, ou les usagers, qui bénéficient d'une permission dans la limite de l'ordre public et les nécessités de fonctionnement du service (comme par exemple pour les hôpitaux)
- l'école, appréhendée en tant qu'espace public spécifique, où aucun signe ostentatoire n'est autorisé et où aucune référence ne pourrait l'être
- et les voies publiques et lieux publics (ouverts au public ou affectés à un service public) où un double régime s'applique: l'expression est libre pour autant que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi²⁴⁸² sauf à considérer le port du voile intégral²⁴⁸³. La loi sur le voile, en interdisant le port de tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public semble en effet reconnaître implicitement un ordre public immatériel²⁴⁸⁴.

Aux Etats-Unis, la conception de la liberté religieuse se fonde également sur une liberté négative, abstentionniste posant des obligations de ne pas faire pour l'Etat. Par contre, l'Etat ne doit pas comme c'est le cas en France, protéger l'espace public au nom de la laïcité. Néanmoins, la position américaine est proche de celle de la France dans les établissements scolaires publics puisqu'en vertu du 1^{er} amendement, la clause de non-établissement interdit

²⁴⁸⁰ Notons que la HCI, dans son avis relatif à l'expression religieuse dans les espaces publics de la République remis au premier ministre en mars 2010 différencie trois types d'espaces. D'abord l'espace public qui est composé d'un double régime d'application de la laïcité et de la neutralité: un principe rigoureux pour les agents du service public; un principe souple de discrétion ou de neutralité pour les usagers du service public; Ensuite un espace civil entendu comme comprenant le domaine public de circulation, les entreprises privées ouvertes au public, lieux partagés où s'exercent les libertés publiques; Enfin, l'espace privé qui correspond au domicile. »

²⁴⁸¹ Il en est ainsi de l'Assemblée nationale ou des bureaux de vote. *Ibid*, p. 182.

²⁴⁸² Article 10 de la DDHC.

²⁴⁸³ Voir les détails de la loi *supra* p. 290. A noter que la première décision de condamnation par les tribunaux a été rendue le 23 septembre 2011 par le Tribunal de police de Meaux, en Seine et Marne. Il a condamné deux femmes pour avoir pareillement enfreint la législation sur la dissimulation du visage dans l'espace public. L'article 3 prévoit en effet que la méconnaissance de l'interdiction fixée à l'article 1^{er} est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe. L'article 4 de la loi punit en outre d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait d'imposer à autrui de dissimuler son visage.

²⁴⁸⁴ MATHIEU, B., « La validation par le conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral »- La reconnaissance implicite d'un ordre public « immatériel », *Sem. Jur.*, EG, 2010, n°42, p. 1018. DIEU, F., « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé: vers une moralisation de l'espace public ? », *Sem. Jur. Adm. Et Coll.*, 2010, n°48, p. 2355 et s.

au gouvernement tout symbole ou expression de l'Etat ayant pour but ou objet de promouvoir ou soutenir une religion²⁴⁸⁵.

Nous pouvons dès lors, au nom de la reconnaissance de la diversité encadrée, considérer un espace public négativement neutre à l'américaine, garantissant l'aveuglement de l'Etat aux différences plutôt qu'une sensibilité accrue aux démonstrations des différences. La laïcité de la diversité en articulant la sphère publique et le privé conduirait par conséquent à une redéfinition de l'espace public, caractérisé par un principe de justice reposant sur un principe de discussion²⁴⁸⁶ qui interviendrait si et seulement si, la neutralité formelle n'est pas garantie. Ce modèle n'est donc pas en l'état actuel du droit, plus proche du modèle français que de l'américain sur ce point.

B- Un accommodement raisonnable de la diversité

Le terme accommodement raisonnable, plus connu en droit européen sous la dénomination d'aménagement raisonnable, a bénéficié d'une large publicité, notamment au Québec. Pour autant, il soulève un certain nombre de questions, empruntes de passions²⁴⁸⁷.

²⁴⁸⁵ Ainsi, aujourd'hui, la spécificité américaine se situe pourtant à deux niveaux. Au contraire de la France, la laïcité impose que la liberté repose sur la non-discrimination. L'espace public est par conséquent un lieu d'espace de liberté où la neutralité de l'Etat garanti la pluralité des expressions. La protection de l'expression religieuse est donc garantie, tout autant dans les lieux publics que dans les établissements scolaires publics. En outre, le gouvernement peut, choisir de s'exprimer dans un langage religieux, si tant est qu'il n'est « ni contraignant, ni sectaire et qui s'enracine (à tout le moins qui s'adosse) à des pratiques historiques établies depuis longtemps ». Voir par exemple CONKLE, D., O., « Expression et symbolisme religieux dans la tradition constitutionnelle américaine: neutralité de l'Etat mais pas indifférence », in ZOLLER, E., *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., pp. 153-177., p.175.

²⁴⁸⁶ Voir par exemple ROUSSEAU, D., « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 96-1997, p.82. ou encore POST, R.C., « First Amendments Rights », in RAYNAUD, P., et ZOLLER, E., (dir.), *Le droit dans la culture américaine*, Ed., Panthéon-Assas, Paris, 2001, p.47. Nous pouvons ici faire référence à C. PERELEMAN pour qui « le droit s'élabore à travers des controverses et les oppositions dialectiques, les argumentations en sens divers (...). La solution juste paraît moins confrontation d'opinions opposées et d'une décision subséquente par voie d'autorité ». PERELEMAN, C., *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p.7.

²⁴⁸⁷ Ainsi, les débats houleux autour de cette notion ont notamment conduits le Premier ministre québécois à instaurer une commission de consultation chargée d'étudier la question des accommodements liés aux différences culturelles. Cette commission, créée le 8 février 2007 par le premier ministre du Québec, M. Jean Charest, avait pour mandat: a) de dresser un portrait des pratiques d'accommodement qui ont cours au Québec ; b) d'analyser les enjeux qui y sont associés en tenant compte des expériences d'autres sociétés ; c) de mener une vaste consultation sur ce sujet; et d) de formuler des recommandations au gouvernement pour que ces pratiques d'accommodement soient conformes aux valeurs de la société québécoise en tant que société pluraliste, démocratique et égalitaire. Voir [Http://www.accommodements.qc.ca](http://www.accommodements.qc.ca), Consulté le 01.11.2010. La présidence de cette commission a été confiée à C.Taylor, philosophe et G. Bouchard, historien et sociologue, tous deux connus pour leurs travaux sur l'identité et le multiculturalisme. Notons que si tant est que ce concept n'a pas une origine

Garantissant la prise en compte des différences dans un cadre neutre, mais non discriminatoire, les règles d'accommodement raisonnable s'inscrivent dans une gestion *in concreto*, révélant une conception libérale. Ainsi, après avoir analysé les caractéristiques de l'accommodement raisonnable et son importance dans le cadre du modèle de la Laïcité de la diversité (1), nous nous intéresserons afin de mieux comprendre ses implications à sa réalité actuelle aux États-Unis (2), puis à ses développements en droit européen et ses potentialités en droit français (3).

1-Le concept d'accommodement raisonnable

Avec une dimension proprement juridique, le concept d'accommodement raisonnable se fonde sur l'idée que certaines caractéristiques propres à un individu (un handicap, une croyance religieuse ou le sexe d'une personne) puissent être des facteurs rendant impossibles l'accès à certains emplois ou services²⁴⁸⁸. Cette notion, issue de la jurisprudence associée au monde du travail, désigne alors une forme d'arrangement ou d'assouplissement qui vise à faire respecter le droit à l'égalité et notamment à combattre la discrimination dite « indirecte »²⁴⁸⁹. Comme le souligne le rapport de la commission précédemment mentionnée: « Ce à quoi nous faisons face, c'est plutôt la nécessité d'effectuer des adaptations. Une autre raison milite en faveur de la continuité. Notre société étant suffisamment divisée à l'heure présente, nous devons nous employer à réduire les fractures et les tensions plutôt qu'à les accentuer. Le temps est aux compromis, à la négociation d'équilibres »²⁴⁹⁰.

Dans ce cadre, l'accommodement raisonnable apparaît comme une obligation, pour un acteur privé ou une autorité publique, de prendre des mesures appropriées mais raisonnables, pour garantir à certaines catégories de personnes protégées contre la discrimination d'accéder à un emploi ou à un service spécifique. En ce sens, ces mesures découlent des principes d'égalité et d'équité. Il a pour but de contrer certaines formes de discrimination que les tribunaux ont traditionnellement qualifiée d'indirectes. Rappelons que ce sont celles qui, sans exclure

canadienne mais américaine, il est certain que c'est au Canada qu'il a connu les développements les plus significatifs, constituant un outil de gestion de la diversité. Ce dernier est à notre sens, un élément clef d'un modèle de laïcité de la diversité.

²⁴⁸⁸ BRIBOSIA, E., RINGELHEIM, J., RORIVE, I., « *Aménager la diversité: le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse* », R.T.D.H., 78-2009, pp.319-372, p. 320.

²⁴⁸⁹ BOUCHARD, G., et TAYLOR, C., *Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, p.7.

²⁴⁹⁰ *Ibid*, p.10.

directement ou explicitement une personne ou un groupe de personnes, entraînent malgré tout une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, à cause de l'application rigide d'une norme²⁴⁹¹. Ainsi, il serait considéré comme discriminatoire de ne pas appliquer un aménagement d'une norme de portée générale en accordant un traitement différentiel²⁴⁹². L'avis consultatif de la Cour Permanente de Justice Internationale du 6 avril 1935, *Avis consultatif relatif aux écoles minoritaires en Albanie*, sous-tendait cette argumentation en postulant que si « l'égalité en droit exclut toute discrimination (au sens de différence de traitement), l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes »²⁴⁹³.

Aussi, cette norme d'accommodement raisonnable issue de la jurisprudence associée au monde du travail au Québec, a été consacrée en droit européen par la directive relative à l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail de 2000²⁴⁹⁴. En droit international, c'est la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées qui consacre cette notion²⁴⁹⁵. Aux États-Unis, la norme de l'accommodement raisonnable a été d'abord reconnue dans le domaine de la discrimination de la religion par l'amendement au *Civil Right* de 1964. Ainsi, dès 1972, l'employeur s'est vu charger d'une obligation d'accorder des accommodements à ses employés quand leur pratique religieuse le requerrait²⁴⁹⁶. Toutefois, cette obligation se trouve limitée par le fait que la contrainte ne doit pas être excessive pour l'employeur. Par la suite, ce dispositif normatif a été étendu aux personnes handicapées²⁴⁹⁷.

L'obligation d'accommodement créée par le droit n'exige pas d'annuler un règlement ou une loi, mais seulement d'atténuer ses effets discriminatoires²⁴⁹⁸. Elle envisage le fait qu'un

²⁴⁹¹ *Ibid*, p.24.

²⁴⁹² Le rapport Bouchard Taylor relate que: « Sociologiquement, on observe que plusieurs normes, en apparence neutres et universelles, reproduisent en réalité des visions du monde, des valeurs, des normes implicites qui sont celles de la culture ou de la population majoritaire (tels les menus des restaurants, des avions ou des cafétérias, qui ne tenaient pas compte auparavant des personnes végétariennes ou allergiques). Même si elles n'excluent *a priori* aucun individu ni groupe, ces dispositions peuvent néanmoins entraîner une discrimination ». *Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, op.cit., p.25.

²⁴⁹³ C.P.I.J., *Avis consultatif relatif aux écoles minoritaires en Albanie*, 6 avril 1935, Série A/B n 64, p.19.

²⁴⁹⁴ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail notamment son article 5. Toutefois, cette disposition ne concerne que les personnes handicapées dans le cadre de l'emploi et du travail. Voir nouvelle directive fondée sur l'article 13 CE.

²⁴⁹⁵ Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur le 3 mai 2008, et notamment son article 5§3..

²⁴⁹⁶ 42 U.S.C. §§2000e-2000e-17 (1994 et supp. I 1995).

²⁴⁹⁷ *American with Disabilities Act* (1990) (42 u.s.c. §§12, 101-12, 213 (1994 \$ supp.II 1996).

²⁴⁹⁸ Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, op.cit.25.

traitement puisse être différentiel sans être préférentiel. Elle est liée à une discrimination indirecte puisqu'elle part du principe qu'une norme *a priori* neutre peut se révéler discriminatoire dans ses effets. En se fondant sur une conception substantielle de l'égalité, elle constitue donc une réponse à la discrimination indirecte²⁴⁹⁹. Elle représente en outre un facteur garantissant l'égalité des chances puisque, en portant à la fois sur l'individualisation et la contextualisation de la solution qu'elle commande, elle permet de créer les conditions favorables pour qu'un environnement permette à chacun de participer à la vie sociale. Ainsi donc, ce n'est pas tant aux personnes handicapées ou pratiquant une religion minoritaire de s'adapter à l'environnement, mais à l'environnement d'être le plus possible, et dans la mesure du possible, aménagé.

La charge de l'accommodement raisonnable peut reposer tout aussi bien sur le législateur dans le cadre de l'édition d'une loi générale que sur les institutions publiques ou privées dans l'application d'une règle générale. Il est important de se demander si le refus d'aménager un accommodement raisonnable constitue en tant que tel, une discrimination directe, indirecte ou une discrimination *sui generis*²⁵⁰⁰. La doctrine est divisée et les réponses normatives divergent²⁵⁰¹.

Aussi intéressant qu'il puisse être dans la gestion de la diversité, l'accommodement raisonnable n'est pas exempt de difficultés. En effet, l'appartenance est donnée sensible, subjective et individualiste²⁵⁰², dont l'appréciation requiert un certain nombre de règle²⁵⁰³.

²⁴⁹⁹ Au Canada, treize motifs de discrimination sont considérés comme pouvant fonder une demande d'accommodement. Ce sont principalement des caractéristiques circonstancielles (comme la grossesse, l'état civil) ou permanentes (le sexe, la couleur de la peau, un handicap), ou encore des traits socioculturels (la religion, la langue, etc.). Ce premier critère exclut donc du champ de l'accommodement raisonnable toute demande où n'intervient pas un motif de discrimination reconnu. *Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, op.cit.27.

²⁵⁰⁰ BRIBOSIA, E., RINGELHEIM, J., RORIVE, I., « Aménager la diversité: le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », op.cit., p.322-323.

²⁵⁰¹ Concernant la doctrine, voir WADDINGTON L., « Reasonable accommodation », in SCHIEK, D., WADDINGTON, L., BELL, M., « Cases, Materials and Text on National Supranational and International non-discrimination law », Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart, Oxford and Portland, 2007, pp.629-756. Jolls Ch. « Anti discrimination and Accommodation », Harvard Law Review, 2001-2002, Vol. 115, pp.643-699. Concernant les réponses normatives, notons que la directive 2000/78/CE est ambiguë sur ce point.

²⁵⁰² Par exemple en matière religieuse, il faudra ainsi déterminer les conditions pour que la norme ou la pratique désignée soit considérée comme préjudiciable pour une personne en raison de sa religion. La Cour Suprême canadienne a consacré une conception subjective et individualiste de la religion. Voir *C.S, Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 (2004), R.C.S. Cette position fait en effet une grande place à l'interprétation et nécessite une appréciation au cas par cas des situations.

²⁵⁰³ Trois types de balises permettent d'encadrer les demandes d'accommodement ou d'ajustement : les balises limitatives (la contrainte excessive), les repères éthiques (les attitudes recherchées dans la négociation) et les considérations incitatives (les buts visés par la société). BOUCHARD, G., et TAYLOR, C., *Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, op.cit., p.55

Une autre difficulté tient au fait qu'il s'applique au cas par cas. Pour autant, comme le souligne le rapport Bouchard-Taylor, il est essentiel de déterminer un cadre de référence basé sur des principes généraux²⁵⁰⁴. Enfin, se pose incontestablement la question de la hiérarchie des normes et de l'articulation des droits. Si la conciliation des droits en conflit est privilégiée, l'accommodement ne peut contrevenir aux droits fondamentaux comme le droit à la vie ou encore à l'égalité des sexes, etc.²⁵⁰⁵

2-L'aménagement raisonnable aux États-Unis

Dans le droit américain, le concept d'aménagement raisonnable est déjà une règle de gestion de la diversité qui a une origine législative. Il a d'abord concerné la prise en compte d'un motif religieux. Une loi fédérale de 1964 permettait en effet que le primat de la liberté religieuse « puisse imposer aux intérêts privés l'obligation d'accommoder l'exercice individuel des cultes »²⁵⁰⁶. L'*Equal Employment Opportunity Commission* de 1968, stipulait que le refus de l'employeur d'accommoder des pratiques religieuses de ses employés alors même que cela ne lui cause pas de charge excessive constitue une violation de la législation fédérale antidiscriminatoire²⁵⁰⁷. Pour autant, la Cour Suprême n'a pas admis ce raisonnement dans sa décision *Dewey v. Reynolds Metals Co*²⁵⁰⁸. Pour passer outre cette jurisprudence, le congrès modifia le Titre VII du *Civil Right Act* de 1964. Ainsi, le paragraphe 701 mentionne que l'employeur public ou privé a l'obligation, sans que cela ne soit une contrainte excessive, d'adapter de manière raisonnable les conditions de travail d'un employé ou d'un candidat à un emploi pour lui permettre de pratiquer sa religion. Les critères d'application ont été définis par la Cour Suprême notamment en ce qui concerne la charge de la preuve d'un défaut d'accommodement raisonnable²⁵⁰⁹. La Cour a également précisé la notion de contrainte excessive en en donnant une interprétation extensive. Ainsi, elle considère que celle-ci existe

²⁵⁰⁴ BOUCHARD, G., et TAYLOR, C., Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, op.cit., p.168-169.

²⁵⁰⁵ Sur cette tension, voir BRIBOSIA, E., RINGELHEIM, J., RORIVE, I., « Aménager la diversité: le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », op.cit., p.348.

²⁵⁰⁶ ZOLLER, E., « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Eglises et de l'État dans la société pluraliste » in *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p. 25.

²⁵⁰⁷ 29 C.F.R. §1605.1 (1968). « "Religious" nature of a practice or belief ». Ici la commission définit les pratiques religieuses en incluant les pratiques morales et éthiques. Elle s'appuie sur les décisions de la Cour suprême C.S., *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965) and C.S., *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).

²⁵⁰⁸ C.S., *Dewey v. Reynolds Metals Co*, 402 U.S. 689 (1971).

²⁵⁰⁹ C.S., *Trans World Airlines v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., « Aménager la diversité: le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », op.cit., p. 326.

dès lors que cela représente pour l'employeur plus qu'un coût minimal²⁵¹⁰. Cette interprétation a été élargie par l'*American with Disabilities Act* de 1990, pour lequel la contrainte excessive est constituée par une action qui requiert une dépense ou une difficulté significative²⁵¹¹.

La question du fondement de cette norme est encore à ce jour débattue²⁵¹². Il pourrait être dégagé du 1^{er} amendement à la Constitution qui protège le droit à la liberté de religion, notamment par la clause du libre exercice. La Cour Suprême a eu une attitude contrastée²⁵¹³. Avec la décision *Employment Division v. Smith*²⁵¹⁴ la Cour considère que si la loi est valide, il convient de démontrer d'une part qu'elle n'est pas dirigée contre une pratique religieuse et d'autre part, qu'elle ne crée pas de discrimination entre groupes confessionnels. La justification d'un intérêt public impérieux n'est donc plus requise par la Cour. Comme le souligne E. Zoller, « depuis l'arrêt *Smith*, un fidèle gêné dans l'exercice de son culte par les lois en vigueur ne peut plus comme autrefois quasiment imposer une obligation d'accommodement raisonnable »²⁵¹⁵. Toutefois, pour passer outre cette jurisprudence, le congrès a adopté en 1993 le *Religious Freedom Restoration Act* lequel restaure le critère d'un intérêt public impérieux pour justifier une restriction substantielle à la liberté de religion. La Cour estime toutefois que ces dispositions ne peuvent valoir que pour le gouvernement fédéral et non pour les états fédérés²⁵¹⁶.

Ainsi le développement de l'accommodement raisonnable peut être considéré comme un principe juridique au service de « la laïcité de la diversité ». L'évolution du droit européen et ses répercussions sur le droit français montrent que ce concept est une donnée du droit.

²⁵¹⁰ Au Canada, la notion de contrainte excessive est envisagée de manière plus large. . En effet, selon la tradition du droit du travail, une demande peut être rejetée si elle entraîne un coût déraisonnable, si elle bouleverse le fonctionnement de l'organisme, si elle porte atteinte au droit d'autrui ou si elle nuit au maintien de la sécurité et de l'ordre public. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, op.cit., p.27.

²⁵¹¹ *American with Disabilities Act (1990)*, 42 U.S.C., § 12111 (10).

²⁵¹² Voir par exemple GREENAWALT, K., *Religions and the constitution*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, Vol.I, p.15

²⁵¹³ Trois affaires reflètent les revirements jurisprudentiels: C.S. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), C.S., *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), C.S., *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

²⁵¹⁴ C.S., *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). Voir *supra* p. 561.

²⁵¹⁵ ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste » in *La conception américaine de la laïcité*, op.cit., p. 25.

²⁵¹⁶ C.S., *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

3-L'accommodement raisonnable en droit européen et en droit français

La notion d'accommodement raisonnable commence à prendre de plus en plus de place dans le système juridique européen bien que ce concept reste souvent implicite. Les articles 9 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ne laissent pourtant que peu de latitude en interdisant toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés (article 14) et en n'admettant de restriction au droit à la liberté religieuse que celles qui sont prévues par des lois, nécessaires à la société démocratique (article 9§2). Cette idée de nécessité est appréciée par la Cour comme une exigence de proportionnalité. A ce titre, elle considère que des autorités doivent opter pour des moyens les moins attentatoires aux droits et aux libertés pour atteindre une finalité donnée²⁵¹⁷. Ainsi, l'accommodement raisonnable pourrait constituer un moyen proportionné. Or, tant la Cour que la Commission ont été « frileuses » dans leur interprétation. Pour autant, l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000²⁵¹⁸ reconnaît que la norme de non-discrimination interdit à l'État d'appliquer « un traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes », et ce, sans justification objective et raisonnable. Elle pose en outre le principe selon lequel l'aménagement des normes est requis pour éviter une telle discrimination, en mettant en place un dispositif d'exception. Ainsi, sans consacrer les termes de l'accommodement raisonnable, la Cour semble en consacrer implicitement l'essence²⁵¹⁹ même si les arrêts postérieurs n'ont pas poursuivi la logique amorcée²⁵²⁰. Notons qu'en droit communautaire, c'est la directive 2000/78/CE²⁵²¹, communément dénommée Directive emploi qui consacre l'accommodement raisonnable pour les personnes handicapées dans le secteur de l'emploi²⁵²².

A la lumière de ce qui précède, nous pouvons conclure que les mesures d'accommodement raisonnable représentent des instruments importants de la laïcité de la diversité. D'une part, elles impliquent le respect des particularités, permettant à un individu de mettre en avant une affiliation identitaire dans le cadre d'une neutralité à la fois formelle et substantielle. D'autre

²⁵¹⁷ VOY. VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme- Prendre l'idée simple au sérieux*, F.U.S.I., Bruxelles, 2001, 785p., PP.190-219

²⁵¹⁸ Cour.eur.dr.h. (GdeCh), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 44. Voir *supra*. 383.

²⁵¹⁹ DE SCHUTTER, O., « Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the ECHR », in LAWSON, A., and C.Gooding (eds), *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Hart, Oxford, 2005, 323 p., p.53.

²⁵²⁰ Voir par exemple, Cour eur.dr.h (3e sect), *Kosteki c.ex-République yougoslave de Macédoine*, 13 avril 2006, § 37.

²⁵²¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O., n° L303 du 2 décembre 2000, p.16.

²⁵²² Sa portée est toutefois limitée aux personnes handicapées et au secteur de l'emploi et du travail. BRIOBOSIA, E., RINGELHEIM, J., RORIVE, I., « Aménager la diversité: Le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », RTDH, 78/2009, PP. 319-344, p. 321.

part, elles permettent la matérialisation réelle du principe de lutte contre les discriminations notamment indirectes, que la neutralité abstentionniste peut générer malgré elle.

C- Rénovation du cadre social

Ainsi, la laïcité de la diversité implique de repenser un contrat social fondé autour d'un intérêt général fédérateur, matérialisé par un « code de vivre ensemble »²⁵²³ tout en prenant en compte les liens communautaires qui peuvent exister dans la sphère privée.

Cette recomposition de la cohésion sociale apparaît comme une rénovation du lien social. En effet, comme le soulignait D. Schnapper, dans le cadre de la nation entendue comme une unité politique, un processus d'intégration se doit de favoriser l'émergence d'un lien social²⁵²⁴. Ce processus public, collectif et collaboratif se fonde sur 9 piliers: une culture publique commune; une citoyenneté commune; des valeurs communes; un projet politique commun; des références communes; une réciprocité et équité; un principe de l'égalité des droits et des devoirs fondamentaux pour tous les individus comme primat absolu à travers la protection des droits individuels; le détachement du critère de la citoyenneté par rapport au critère de la nationalité; la garantie égale d'un droit de la différence et d'un droit de l'indifférence dans la protection des différences et le droit de développer ses différences dans la limite de l'espace commun.

Si l'on analyse les termes de référence de ce nouveau contrat social²⁵²⁵, on pourrait alors postuler qu'il s'agit d'un contrat entre la population de l'Etat et l'Etat lui-même, refondant alors la nation. Ce cadre civique commun permet de favoriser la citoyenneté, entendue au sens participatif du terme²⁵²⁶.

Jusqu'ici, nous avons envisagé une laïcité de la diversité sans considérer les minorités ni les peuples autochtones. Pour les minorités nationales, des mesures spéciales pourraient être

²⁵²³ BOUCHARD, G., et TAYLOR, C., Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, op.cit.

²⁵²⁴ SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens: sur l'idée moderne de nation*, op.cit., p. 38.

²⁵²⁵ Nous rappellerons ici que nous utilisons le terme de contrat social dans un sens plus large que ne le fait Rousseau. En effet, Rousseau semble exclure la nation pour consacrer un contrat entre les individus. S'il apparaît paradoxal de parler de contrat social quand on veut maintenir une certaine nation, on peut néanmoins considérer ce terme dans un sens plus moderne, reflétant la relation entre l'Etat et les personnes qui composent la nation.

Voir nos développements *supra* pp. 524-525.

²⁵²⁶ WOELING, J., « Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté, au Canada et au Québec » in COUTU, M., (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté: une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Montréal, Thémis, 1999, 268-289, p. 285.

prévues. Dans tous les cas, ce modèle n'exonère pas les Etats de respecter leurs obligations internationales. Ce choix d'analyse n'exclut pas la possibilité de leur prise en compte²⁵²⁷. Aussi, les concernant, il conviendrait à la fois de favoriser le cadre communautaire pour ces groupes spécifiques tout en contrôlant la nature des communautés d'appartenance, en tachant toutefois de prendre la mesure du dynamisme et de la mouvance des appartenances. L'objectif est que ces dernières soient compatibles avec la société démocratique²⁵²⁸. L'autonomisation des minorités, ou plus exactement des nations minoritaires dites peuples autochtones dans le cadre étatique répondrait toutefois aux exigences d'une citoyenneté démocratique telle que définie par W. Kymlicka²⁵²⁹. Ainsi, une représentation différenciée permettrait d'envisager des droits intégrateurs favorisant l'épanouissement des membres d'une minorité en reconnaissant la spécificité de leurs droits linguistiques, culturels et religieux. Par contre, dans ce cadre, l'Etat-nation doit être à même de garantir à tout citoyen un droit de quitter sa communauté d'appartenance. L'exemple de l'*Indian Civil Act* de 1968 est à ce titre intéressant. Le primat du *corpus* des droits de l'homme est dans ce cadre on ne peut plus essentiel. Par ailleurs, la reconnaissance d'une langue publique commune apparaît comme un élément important d'un contrat social inclusif mais doit être complété du développement des langues minoritaires à travers le bilinguisme optionnel dans le système scolaire, comme reconnaissance identitaire. Enfin, à côté d'une politique linguistique plus ouverte, il conviendrait de développer une politique d'intégration combinée avec l'inter culturalisme. Rappelons que la perspective habermassienne fait reposer l'essentiel de la gestion des conflits sur le dialogue entre les différentes communautés, permettant ainsi l'inclusion des groupes dans la sphère publique²⁵³⁰.

Ce nouveau contrat social, fondé sur un intérêt général fédérateur et porté par une laïcité de la diversité permettrait alors de garantir une déracialisation et/ou déculturation de la société. Il prétendrait d'éviter la réification des identités et favoriser une nation républicaine respectueuse des différences en dehors de toute hégémonie autochtone majoritaire²⁵³¹. La

²⁵²⁷ Nous avons précédemment souligné d'une part que d'autres modèles peuvent exister, et d'autre part que nous ne prétendons pas à l'exhaustivité dans l'esquisse présentée pour chacun des modèles.

²⁵²⁸ Voir AUDARD, C., « Multiculturalisme et transformation de la citoyenneté », op.cit., p. 241.

²⁵²⁹ Voir KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 2003, 280p.

²⁵³⁰ Voir RUCHET, O., « Le pluralisme et les incertitudes de la culture: La justification des politiques de reconnaissance dans l'œuvre de W. KYMLICKA », in *le Pluralisme*, op.cit., p.213-234, p.221.

²⁵³¹ Soulignons néanmoins les risques posés par ce que nommerons « la vocation universaliste du communautarisme », ou autrement dit, par l'intégration des éléments de la différence dans le *corpus* universaliste, en tant que facteur d'indifférence. Le droit à l'indifférence suppose en effet une certaine universalisation de la différence qui pose inmanquablement la question de l'universalisme des mœurs. Nous pensons par exemple aux propositions d'inclure dans les *curricula* scolaires l'homosexualité comme une donnée possible de l'identité sexuelle.

diversité apparaît dans cette optique comme une revendication de la postmodernité. Ainsi, si comme A. Touraine, on croit à la capacité de régénération de la modernité, la notion d'intérêt général pourrait être revisitée à la lumière du kaléidoscope sociétal basé sur une société ouverte²⁵³².

Par conséquent, que l'on adopte le modèle de la laïcité de la diversité ou le modèle du multiculturalisme basé sur l'égalité, l'Etat-nation mérite d'être réaffirmé par une redéfinition du contrat social, lequel induit une redéfinition de la nation elle-même, dans le sens d'une « renation ».

Cette redéfinition de la nation n'est ni réécriture de l'histoire, ni transformation du cadre constitutionnel existant mais bel et bien une proclamation à la fois individuelle et collective, révélée institutionnellement, d'un vouloir vivre ensemble par-delà les différences *assumées*. Loin d'être niées, ces dernières sont acceptées dans la sphère publique et/ou privée, trouvant leur mode d'expression dans un *corpus* démocratique.

La revendication d'une nation basée sur une démarche subjective permet alors l'acceptation, la reconnaissance voire même la protection et la promotion de la diversité. Ainsi, la différence assumée et garantie est transcendée par la constitution d'un cadre collectif légitime, puisque permettant l'expression des diversités. Pour autant, cette nation transcendantale ne semble pouvoir résister au monde moderne, notamment caractérisé par les migrations intensifiées, que par ce que l'on pourrait appeler une « dé-nationalitéisation ». Cette idée doit se comprendre dans le sens de suppression, dans un premier temps, de toute corrélation entre appartenance à un cadre national et jouissance de la nationalité, ce qui pourrait également induire une dissociation entre la citoyenneté politique et la citoyenneté culturelle²⁵³³. Il

²⁵³² Terme emprunté à K. POPPER. POPPER, K., *La société ouverte et ses ennemis*, Paris, Seuil, 1979, p.144.

²⁵³³ C'est ce qu'exprime le concept de démocratie providentielle forgé par D. Schnapper. L'auteure la définit comme une démocratie qui prétend satisfaire aux besoins économiques et sociaux de tous ses membres, tout en assurant la liberté politique. Ce qui la caractérise, c'est que l'on y recherche de manière prioritaire l'égalité réelle et non plus seulement l'égalité formelle des individus-citoyens, ce qui tend à affaiblir la communauté des citoyens ou en d'autres termes le principe même de transcendance politique. Dans ce sens, la démocratie culturelle, en tant que projet politique, part de l'idée de diversité et postule qu'une société permet à la fois aux individus et aux groupes d'avoir les moyens d'accéder à un « épanouissement culturel ». Ce concept RENOUE à un type-idéal de démocratie, caractérisé par « l'intervention croissante de l'Etat, au nom de la protection sociale, dans toutes les dimensions de la vie ». Voir « Vers la démocratie providentielle. Entretien avec

pourrait alors s'agir de reconnaître le groupe d'appartenance – dans le cadre du modèle du multiculturalisme- ou le territoire – dans le cadre du modèle de laïcité de la diversité- comme ancrage « primo-national »²⁵³⁴ voire « primo-citoyen »²⁵³⁵.

Cette redéfinition de la nation revendiquant parce qu'englobant la diversité implique par conséquent la reformulation d'un contrat social basé sur un intérêt général négocié en termes de contenu mais non négociable en tant que cadre de référence. Ce dernier se situe alors au-delà de la somme des intérêts particuliers. Résultat syncrétique, il incarne une suprématie transcendante qui exprime une entité substantielle, laquelle acquiert une autonomie et une légitimité propre: la nation réhabilitée, intégrant la diversité.

Dominique Schnapper», Revue les Sciences-Humaines, Article de la rubrique « Les métamorphoses de l'État », Mensuel N° 133 - Décembre 2002. http://www.scienceshumaines.com/articleprint2.php?lg=fr&id_article=2779, Consulté le 30 janvier 2011. Voir aussi SCHNAPPER, D., La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine. Gallimard, 341p., p.19. Dans ce sens, la citoyenneté culturelle se superposerait à une citoyenneté politique et sociale. En effet, la citoyenneté qui s'exprime dans l'espace public est dépassée dans son acception classique car elle apparaît en fait comme un processus d'exclusion des non-citoyens. IMBERT, P.H., *Plaidoyer pour l'interculturel, Conseil de l'Europe, Conseil de la coopération culturelle*, Strasbourg, 1993, 150 p., p.32.

²⁵³⁴ Cette hypothèse renvoie à l'hypothèse susmentionnée en introduction du Chapitre II, voir *supra* p.530.

²⁵³⁵ Statut juridique tout autant que politique, la citoyenneté dont les définitions sont souvent approximatives, confère la capacité de participer à l'exercice de la souveraineté nationale par le droit de vote mais aussi celle d'exercer un ensemble de droits économiques et sociaux. Aussi, à côté de cette citoyenneté nationale, pourrait être envisagée une citoyenneté locale. Elle pourrait être appréhendée comme dépassant les seuls droits politiques et renvoyer à la capacité réelle d'exercer un ensemble de droits économiques et sociaux. On assisterait par conséquent à un déplacement de l'élément intégrateur qui se ferait par la citoyenneté, française ou américaine et non plus forcément par la nationalité, et ce à un échelon territorial spécifique. Dans ce cas, la citoyenneté locale ne serait pas un résultat de la nationalité comme c'est le cas de la citoyenneté classique mais une condition à la nationalité. La citoyenneté locale pourrait être nationalisée, dans le sens où elle serait rattachée à la France ou aux Etats-Unis mais ses modalités d'exercices seraient territorialisées, comme c'est déjà le cas en Nouvelle Calédonie ou dans les Etats américains. La différence essentielle serait, pour les populations ne jouissant pas de la nationalité de l'un ou de l'autre, que l'exercice de leurs droits politiques ne se fasse qu'au niveau local, comme c'est déjà le cas en grande partie pour l'exercice des droits économiques et sociaux.

CONCLUSION GENERALE

La nation, entre donné et construit, se meut. Plus qu'en passe de disparaître, la nation, et plus spécifiquement les nations française et étasunienne, ne seraient-elle pas en train de se réinventer ?

L'analyse des évolutions juridiques, en miroir des transformations socio-politico-historiques a mis en lumière que tant en France qu'aux États-Unis, la diversité ethnoculturelle a contribué à façonner l'identité de la nation. Si au terme de ce processus nous réfutons le terme de multination²⁵³⁶, il nous affirme le caractère d'Etat-nation dans nos deux contextes d'étude, laquelle appellation invite à la formulation d'une « renation ».

En effet, la nation en France et aux Etats-Unis s'est structurée autour d'un Etat-nation qui s'est trouvé confronté au développement de la diversité ethnoculturelle. Cette confrontation a d'une part nourri une certaine conception de la nation et d'autre part, généré un ancrage particulier de cette diversité. Ainsi, dans le cadre républicain établi, des différenciations raciales et/ou ethniques (linguistiques, religieuses, d'origine nationale) ont conduit à un traitement différencié des droits et des statuts, souvent discriminatoire autour d'un corpus juridique complexe. La similitude des problématiques dans l'histoire de ces deux pays met toutefois en exergue des approches spatio-temporelles différentes. Néanmoins, plus qu'à un parallélisme strict des mécanismes juridiques, on aboutit à une convergence de ces mécanismes.

Une nation perturbée, une unité nationale parfois questionnée, pourtant réaffirmée par les juges constitutionnels, un droit en réadaptation permanente, résultant par ailleurs d'un rapport instrumental au droit sont autant d'éléments qui façonnent un contexte national mouvant. Dans ce cadre, la prise en compte de la diversité s'est par exemple, et de manière spécifique, articulée avec le principe d'égalité, pour mieux se sédimenter autour de ce principe. En résulte l'hypothèse qu'un principe implicite de diversité s'est ancré dans les deux contextes, sans pour autant être, et sans qu'il ne soit à notre avis souhaitable qu'il soit en l'état actuel du droit,

²⁵³⁶ Voir définition *supra*. p. 66, Voir développements *supra* p. 554-555.

constitutionnalisés. Entre droit dur et droit mou, il conviendrait par ailleurs de se demander si nous ne nous trouvons pas aujourd'hui face à un principe coutumier de diversité.

Quoi qu'il en soit, la saisie par le droit de la diversité est complexe notamment du fait d'une définition labile et de ce fait insaisissable du terme même de diversité. Si l'appréhension de l'objectif de la diversité semble préférable à la conceptualisation de son objet, il importe par conséquent de différencier les objectifs de diversité, et partant, d'en prioriser un ou plusieurs afin de structurer des mécanismes juridiques effectifs. Opter pour la garantie de la diversité conduirait alors à poser un ou des modèles fondés sur un nouveau contrat social d'une part entre les personnes composant la nation et d'autre part entre ces personnes et l'Etat..

Les orientations ici retenues se rapportent à deux éléments. D'une part elles se rattachent au développement d'un multiculturalisme fondé sur le principe d'égalité. Celui-ci implique un double mécanisme de reconnaissance des identités et d'affirmation du principe de non-discrimination lesquels éléments fonderaient le socle d'une société multiculturelle, basée sur un certain pluralisme juridique. D'autre part, elle se fonde sur le développement d'une « laïcité de la diversité », corollaire de la laïcité religieuse, qui offrirait un cadre conceptuel entre neutralité étatique et respect des identités particulières. Aujourd'hui, les deux nations oscillent entre les deux modèles ce qui contribue à l'incohérence, et dans une certaine mesure, à la fragilisation des dispositifs de gestion de la diversité. Le choix assumé d'un des deux modèles permettrait la construction de systèmes structurés, ancrés sur une logique pré-déterminée et articulée avec d'autres principes fondamentaux, renforçant ainsi l'unité nationale. Aussi, revendiquant un droit de la différence ou un droit de l'indifférence, l'option prise sédimenterait une reconnaissance d'un principe de diversité, fonctionnel dans la première option, instrumental dans la seconde. Cette consécration de la différence ne signifierait pas pour autant fermeture à toute possibilité d'adaptabilité mais plutôt cohérence et renforcement de l'identité nationale.

De fait, de la nation, que l'on aurait pu penser devenue a-nationale du fait d'une communautarisation non maîtrisée et de fait dénoncée comme portant atteinte à l'unité fondatrice de la nation, nous pourrions postuler une « renation » fondée sur la redéfinition d'un contrat social basé sur la diversité. En effet, la nation incarnée/confisquée par l'Etat-nation reste un élément de référence important si tant est que l'on veuille bien accepter le fait que la nation en tant qu'unité, n'existe que par une reconnaissance de la diversité et une gestion consciente et flexible de celle-ci. Aussi, la « nation de la diversité » qui pourrait se

redéfinir, puiserait son existence dans un double mouvement: d'une part, celui de la manifestation d'un vouloir vivre ensemble à partir de la définition collective d'un socle commun d'éléments fédérateurs; d'autre part, celui d'un sentiment d'appartenance commune scellant le lien d'attachement national et les intérêts tout autant que les affections naturelles. Cette nation de la diversité, nation réinventée, suppose que l'individu ne soit pas oublié « dans son sens universel »²⁵³⁷, mais que chacun soit reconnu dans sa différence et son unicité.

En outre, cette renation, loin d'entériner une certaine dynamique de déjuridicisation²⁵³⁸ permettrait au contraire de réaffirmer une personnalité et une identité juridiques fortes des Etat-nation France et Etats-Unis. Le droit, longtemps envisagé dans le sens d'une prévention et gestion des conflits, se trouve de plus en plus à endosser un rôle de régulation sociétale. Aussi la sociologie juridique, porteuse d'un nouveau constructivisme social, notamment du fait de la fonction communicationnelle du droit²⁵³⁹, permet de l'appréhender comme un moyen d'articuler les principes d'unité nationale avec ceux de la pacification des sociétés.

Ainsi, les exemples des systèmes juridiques français et étasunien, en mutation permanente et toujours perfectibles, apportent un socle intéressant, expérimental d'une part, et réflexif d'autre part, pour la construction de systèmes juridiques de gestion de la diversité ethnoculturelle dans d'autres cadres nationaux. L'adoption de constitutions innovantes comme celles de l'Afrique du Sud en 1996 ou encore de la République du Sud Soudan en 2011 posent par exemple un cadre propice au développement d'un épistème porteur de constructivisme social, afin que la nation ne soit pas face à la diversité mais se construise par et pour la diversité, garantie d'un développement pacifique, inclusif et constructif de la nation. Nous faisons dès lors l'hypothèse que leur stabilité juridique et sociale dépendrait également du choix d'un modèle cohérent de gestion de la diversité, tels qu'esquissés dans notre analyse.

Au final, il est certainement impossible d'avoir la même conviction que Samuel Beckett, dans « Malone meurt » lorsqu'il déclame « Cette fois, je sais où je vais ». Cependant, n'est-il pas

²⁵³⁷ L'expression exacte est « oublier l'individu dans son sens universel ». D'ADESKY, J., E, *Racismes et antiracismes au Brésil*, Paris, Harmattan, 2001, p.171.

²⁵³⁸ J.-G BELLEY explique que « La dynamique de déjuridicisation, de déplacement du droit, de métissage ou d'acculturation est sans doute très variable d'une entité sociojuridique à une autre au sein des états contemporains qui en comportent une grande multitude ». BELLEY, J.-G., « Droit public, pluralisme juridique et démocratie dans les Etats contemporains », op.cit., p.11.

²⁵³⁹ « Le droit est communication, et communication seulement », in TEUBNER, G, BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », op.cit., p.1153.

envisageable pour une société de proclamer l'inverse? Forte de ses expériences, d'exclusion et d'inclusion, nourrie de ses réflexions autour du principe d'égalité et consciente de ses errements discriminatoires, ne pourrait-on pas annoncer sereinement: « cette fois, nous savons où ne nous voulons pas aller ». Ne pas aller vers le chemin de l'aliénation entendu comme le postulat d'une hiérarchie des identités, notamment raciales et culturelles, manifestée dans le passé par exemple par le colonialisme, l'esclavagisme et la négation des droits essentiels des personnes. Ne plus aller dans le sens de la ségrégation, légale et/ou factuelle. Ne plus connaître l'éviction d'une partie de la population, pourtant représentative, de la représentation politique et de fait, économique et sociale. Pour Goethe, « les peuples qui ne comprennent pas leur histoire sont condamnés à la revivre »²⁵⁴⁰. Pourtant, l'histoire elle-même « est une alternance de moments où le besoin de comprendre, où le désir de science et l'absolu de vérité l'emportent »²⁵⁴¹. Dans tous les cas, les Etats contemporains semblent appeler de leurs vœux un « devoir-vivre ensemble »

« Il faut savoir ce que l'on veut. Quand on le sait, il faut avoir le courage de le dire; quand on le dit, il faut avoir le courage de le faire ».

Clémenceau

²⁵⁴⁰ Cité in ENA, M, « Nation et constitution dans l'histoire de la République », in *Que reste-t-il de la nation dans la constitution ?*, op.cit., p. 23.

²⁵⁴¹ L'auteur poursuit « A ces moments, le vrai l'emporte sur l'utile. Tantôt à d'autres, c'est l'utile qui l'emporte sur le vrai ». SCHWEITZEER, S., « La nation, espace pertinent à l'heure de la mondialisation », in *Que reste-t-il de la Nation dans la Constitution ?*, op.cit., p. 67.

INDEX (Thématiques principales)

LES NUMÉROS RENVOIENT AUX PRINCIPALES PAGES

A

ACCOMMODEMENT RAISONNABLE, 570, 570-576

ACCORD DE NOUMEA, 205, 374-375, 419, 457, 538

ACCULTURATION, 340

AFRICAN AMERICANS, 146-148, 206-210

AFFIRMATIVE ACTION/DISCRIMINATION POSITIVE, 415-425

AMENDEMENTS

- 13^{ème}, 13, 117

- 14^{ème}, 13, 117

- 15^{ème}, 13, 117

ASIATIQUES- *ASIAN AMERICANS*, 47, 324

ASSIMILATION, 225, 339 et s.

B

BAKKE (*University of California v. Bakke*), 268, 338, 404, 427, 486-487, 493

BILINGUISME, 350, 364, 480, 576

BLACKS- NOIRS (Voir African Americans)

BILL OF RIGHTS, 49, 241, 243, 432, 435, 462

BROWN, V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA, 121, **209**, 465-466

C

CHARTE EUROPEENNE DES LANGUES REGIONALES OU MINORITAIRES, 96, 318,
321, 373, 457, 478-479

CITOYENNETE, 34, 83, 215 et s., 576-577.

- CITOYENNETE FRANCAISE 82, 85, 168, **198**, 197-201, 216 et s.

- CITOYENNETE EUROPEENNE, 104-105,

- CITOYENNETE AMERICAINE, 116, 126, 147, 173, 177-178, 205 et s., 218 et s. 254
et s.

CIVIL RIGHTS, 112, 323, 486, 530
CLAUSE D'ETABLISSEMENT, 293,
CLAUSE DE LIBRE EXERCICE 293,
CODE NOIR, 138, 262
COMMUNAUTE D'OUTRE MER
- CORSE/DECISION STATUT DE LA CORSE, 97, 398, 458-459
- NOUVELLE CALEDONIE/ DECISION, 101, 203 et s., 264, 297, 371-373, 417, 454-455,
475, 535
- POLYNESIE, 51, 137, 203, 205, 297, 454-455, 457, 476, 535,
COLONIE-COLONISATION, 134 et s.
COLOR-BLINDNESS, AVEUGLEMENT AUX DIFFERENCES, 28, **93**, 401, 408, 473, 527
CONTRAT SOCIAL, 525-527, 558, 575-578, 580
CONTRÔLE DE CONSTITUTIONALITE
-CONTRÔLE STRICT, 324-325, 427-428, 562
-QUESTION PRIORITAIRE, 50
CODAC, 370, 402
COUR SUPREME DES ETATS UNIS, 49-50, 106, 115

D

DECENTRALISATION, 51, 98, 100-103
DECLARATION D'INDEPENDANCE, 49, 114, 476
DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN, 33, 87, 287, 292, 399,
426, 448, 457, 480
DIFFERENTIALISME
-CORRECTEUR, 369, 371, 413-414, 428, 452
-COMPENSATOIRE, 369, 371, 409-413
DISCRIMINATION 397-400
-DISCRIMINATION A REBOURS, (*Reverse Discrimination*), 268, 469, 512, 517
-DISCRIMINATION DIRECTE, 353, 366, 469, 521, 571
-DISCRIMINATION INDIRECTE, 375, 378, 406, 422, 571,
-DISCRIMINATION POSITIVE, (*Voir Affirmative Action*)
-LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, 400-402
DIVERSITE, 42 et s.
-DIVERSITE CULTURELLE, 282-284

-DIVERSITE ETHNOCULTURELLE, 45

-LABEL/CHARTRE DIVERSITE, 483-487,

DOCTRINE « SEPARÉS MAIS ÉGAUX », 208-209, 403, 462-463

DRED SCOTT, 119, **207**, **462**

DROIT

-DROIT A LA DIFFERENCE, 102, 297, 330, 346, 370, 379, 380, 432, 440, 443 et s.,
449, 450, 453 et s., 467, 469, 491, 492, 509, 536

-DROIT DE LA DIFFERENCE, 282, 331, 440, 443,

DROITS FONDAMENTAUX, 27

E

EGALITE, 387 et s.

-EGALITE DES CHANCES, 482-487, 497, 508, 512-514, 520, 571

-EGALITE DES RESULTATS, 390

-EGALITE REELLE, 63, 209, **390**, 450, 459, 495, 577

-EGALE PROTECTION DES LOIS, 28, 117

E PLURIBUS UNUM, 28, 123-133,

EQUITE, 370, 393, 407, 453, 459, 506, 544, 563, 566, 569, 575

ESCLAVAGE, 64, 72, 114, 116, 124, 135, 198, 206-207, 214, 262, 379-380, 392

ESPACE PUBLIC, 95, 287, 294, 300, 348, 349, 433, 534, **567-569**,

ETAT

-ETAT AUTONOMIQUE, 26, 538

-ETAT FEDERAL/ ETATS FEDERES, 51, 129-135

-ETAT NATION, 34-35, 331

ETHNIE/ETHNICITE, 32, **37**, **250** et s.

ETRANGERS/IMMIGRES, 217-222

F

FEDERALISME, 99, 107, 111, 123, 129-133

G

GENRE, 153, 421, 521

GERRYMANDERING, 378

H

HISPANIQUES, 185, 187, 304, 378

I

IDENTITE, 39, 39-41

IMMIGRATION, 148-149

-QUOTAS, 180-182, 185

-IMMIGRATION EN FRANCE, 150-172

-IMMIGRATION AUX ETATS-UNIS, 172-192

INDIVISIBILITE, 51, 73, 93, 96, 99-100, 138, 198, 282, 372, 398, 435-436, 441, 456, 511, 536

INDIGENE/CODE INDIGENAT, 197

INTEGRATION, 339-340, 355-365

-HAUT COMMISSARIAT A L'INTEGRATION, 165

-CONTRAT D'ACCUEIL ET D'INTEGRATION, 166, 167, 224, **360-361**

INDIANS- NATIVES AMERICANS, 141-146, 2010-216

J

JACOBINISME, 36, 95

JIM CROW, 147

L

LANGUE FRANCAISE, 478-480

LANGUE ANGLAISE, 119

LAICITE, 54, 91

-LAICITE EN FRANCE, 286-292, 296-297

-LAICITE AUX ETATS UNIS, 292-296, 296-297

LAICITE DE LA DIVERSITE, 550 et s.

LIBERTE RELIGIEUSE, 54, 80, 285-301, 376, 561, 567, 572, 574

M

MARIAGES INTERACIAUX, 269, 351, 467, 517

MARBURY V. MADISON, 115

MELTING POT, **80**, 123-129, 180

MINORITE, 55, **307**, 301 et s.

- MINORITE NATIONALE, 304
- MINORITES VISIBLES, 55, 311
- DISCRETE AND INSULAR MINORITIES*, 323-324

MULTICULTURALISME, **531-533**

N

NATION 27, 29 et s.

- ETAT-NATION
- MULTINATION, 66, 554, 580

NATIONALISME, 31-34, 37, 90, 111, 122, 179

NATIONALITE

- NATURALISATION FRANCE, 223-227
- NATURALISATION ETATS-UNIS, 227-230
- DOUBLE NATIONALITE, 230-232

O

OBJECTIF A VALEUR CONSTITUTIONNELLE, 501-506

ONE DROP RULE, 209, 268, 469, 517

OPINIONS

- DU JUGE POWELL*, *opinion majoritaire C.S University of California v. Bakke* , 404, 425, 427, 488
- *DU JUGE HARLAN*, *opinion dissidente, C.S., Plessy v. Ferguson*, 28, 267, 268, 464

P

PEUPLE, 31-36, 83, 88, 93, 96-97, 105, 123, 130, 197, 334-375, 435, 478, 500, 505, 529

PEUPLE AUTOCHTHONE, 57, 201, 206, 214, 308, 522 et s., 543

PLESSY V. FERGUSON, 28, **118**, 147, 206, **208**, 265, 267, 269, 402, 420, 459, 461, 463-464, 545

PRINCIPE, 471-472, 475

PLURALISME, 85, **534-537**, 537-542

- PLURALISME DE COORDINATION, 536
- PLURALISME DE SUBORDINATION, 536
- PLURALISME « LEGER », 551- 552
- PLURALISME « MODERE », 556-557

Q

QUOTAS, 155, 159, 173, 180-185, 242, 399, 413, 422, 469, 487

R

RACE, **40**, **249** et s., 250

-RACE ETATS UNIS, 252-253, 256-260, 266-269. 405-407, 420-426

-RACE FRANCE, 250-252, 255-256

RECENSEMENT, 229, 250, 270 et s.

REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKKE, **268**, 338

REGIONALISMES, 137, 357

REPUBLIQUE, 28, 31, 36-37

S

SEGREGATION RACIALE, 39, 118, 121-122, 140, 146-147, 206, 208-209, 258, 350, 355,
380, 393, 402-403, 405, 420, 462, 467, 545

SOFT LAW, 520, 520-525

SPECIALITE LEGISLATIVE, 45

STATUT PERSONEL, 201, 204, 312, 372, 426, 536

T

TRIBU (Voir *Indians-Natives Americans*)

U

UNION EUROPEENNE, 102-106

UNIVERSALITE/UNIVERSALISME, 98, 431-442

V

VOILE, 290, 567, 568

W

WASP, 180, 184, 344, 360, 435, 517,

PLAN DE LA BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

1. Principales références: Droit et Droit constitutionnel en France et aux Etats-Unis

2. Références thématiques France/Etats-Unis

- a. Droit/ Politique/ Sociologie Politique/ Philosophie Politique
- b. Nation/ Nationalité/ Citoyenneté
- c. France: Décentralisation/ Union-Européenne/
- d. Etats-Unis: Histoire/ Histoire Des Institutions
- e. Diversité/ Multiculturalisme/ Pluralisme
- f. Egalité/ (non)Discrimination/ Equité
- g. Etrangers/ Immigrés/ Immigration/ Intégration/Assimilation
- h. Colonisation/ Conquête/ Traite Négrière/ Esclavagisme
- i. Race/ Ethnies/ Ethnicité
- j. Groupes « Communautaires »/ Minorités/ Tribus/ Peuples Autochtones
- k. Religion/ Groupes Religieux/ Laïcité
- l. Identités Culturelles/ Relation Interculturelle/ Culture
- m. Démocratie/ Citoyenneté

3. Principale jurisprudence constitutionnelle

- a. Conseil constitutionnel français
- b. Cour suprême des Etats-Unis

4. Principaux sites internet consultés

1- PRINCIPALES REFERENCES: DROIT ET DROIT CONSTITUTIONNEL EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS

• Ouvrages

- ACKERMAN, B., *We are the people*, Transformations, Harvard University Press, 1998
- ALSTON, P., *Union Européenne et les Droits de l'homme*, Académie de droit européen, Institut Universitaire européen, Bruylant, Bruxelles, 2001
- BALKIN, J., SIEGEL R., *The constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009
- BÉCHILLON, D. *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Coll. Droit public positif, Economica, Paris, 1996
- BLACHER, P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Les grandes thèses du droit Français, PUF, 2001
- BLACK'S LAW DICTIONARY 512 (8th ed. 2004).
- BRANAA, J.-E., *La constitution américaine et les institutions*, ellipses, 2^{ème} éd., 2006
- BUI- XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Paris, Economica, 2004
- CARCASSONNE, G., *La constitution*, 10^{ème} éd., Essais, Points, Seuil, Paris, 2011
- CASTALDO, A., TIMBAL, PC., MAUSEN, Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Précis Dalloz Droit public, 12^{ème} éd., 2009
- CHAGNOLLAUD, D., *Droit constitutionnel contemporain, Tome 3, La Vème république*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2009
- CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Paris, Editions Montchrestien, coll. Domat droit public, 11^{ème} éd. , 2 tomes, 2001
- CHEMERINSKY, E., *Constitutional law*, 2nd éd., New York, Aspen Publishers, 2005
- COMMAILLE, J., DUMOULIN, L., ROBERT C. (Dir.), *La juridicisation du politique*, Paris, LGDJ, 2000
- CONSTANTINESCO, V., PIERRE-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Paris Thémis droit, PUF, 2009
- CORNU G., *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, Paris, PUF, « Quadrige », 2000
- DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} édition, Précis Dalloz, 2002
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, La couleur des idées Seuil, octobre 2004
- DE TOCQUEVILLE, A., *De la Démocratie en Amérique*, Tome II, Paris, Gallimard, 1986
- DORF, M., C., MORISON, T., W., *Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010
- DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, Paris, ANRT, 2003
- DUPUY, P.M., et KERBRAT, Y. , *Droit International public*, Paris Dalloz, Coll. précis, 10^{ème} éd., 2010
- DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, Paris, Éditions La Mémoire du droit, (1913), 1999
- DWORKIN, R., *L'empire du droit*, Trad. par E. Soubrenie, PUF, coll. Recherches politiques, Paris, 1994
- DWORKING, R., *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1994
- DWORKING, R., *Une question de principe*, Paris, PUF, coll. Recherches politiques, (1985), 1996
- DWORKING, R., *Sovereign Vitue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass), Harvard University, 2000
- FABRE, M.H, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4^{ème} ed., L.G.D.J., Paris, 1984
- FAVOREU, L., *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, Aix-en-Provence, 1982
- FAVOREU, L., PHILIP, L., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 16^{ème} éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, Paris, 2011
- FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 14^{ème} éd., 2011
- FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PENA-SOLER, A., PFERSMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J. , *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2009

GENEVOIS, B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, STH, 1988

GICQUEL, J., et GICQUEL, J-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 21^e édition, Montchrestien, 2007

HAMILTON, A., JAY, J., MADISON, J., *Le fédéraliste*, Economica, Version française du Pr. Gaston Jèze, 1988

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif*, 12 éd, Paris, Dalloz, 2002

LAVENUE, J-J, *Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américains*, l'Harmattan, 1995, 313p.

LEVASSEUR, A.A., *Droit des Etats-Unis*, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, 1994
Lexique Dalloz, Termes juridiques, 10^e édition, 1995

LEGRAND, P, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2^e éd.

LUCHAIRE, F., *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987

MELIN- SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, Aix en Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997

MESURE, S., SAVIDAN, P., *Dictionnaire des Sciences Humaines*, PUF, 2006

MORANGE, J., *La déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*, 26 août 1789, 4^e éd., Paris, P.U.F., « Que sais-je ? », 2002

MONTALIVET, P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tomes I et II, Garbier-Flammarion, 1979

OBERDORFF, H., ROBERT, J., *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, 8^e édition, Montchrestien, 2009

OLERON, P., *L'argumentation*, PUF, Paris, 1983

OREST, Mc.D., *E pluribus Unum: The formation of the American Republic, 1776-1790*, Boston: Houghton Mifflin, 1976

OTTIS, G., CISSE, A., DE DECKKER, O., MASTOR, W., *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Savoirs francophones, AUF, 112p. Paris, 2010

PIERRE- CAPS., *Droit constitutionnels des étrangers*, PUF, 2010

PERELEMAN, C., *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979

RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ? Acteurs de l'histoire*, Imprimerie nationale, Editions 1996

ROULAND, N., *La France dans l'archipel des droits de l'homme*, Paris, Libération 22 mars 1993

ROULAND, N., *Introduction historique au droit*, Paris, P.U.F., 1998

ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 9^eme éd., 2010,

ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, précédé d'un essai sur la politique de Rousseau par DE JOUVENEL, B., « Pluriel », Hachette, 2005

SCHINDLER, D., TOMAN, J., *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nihjoff Publisher, 1988

SIBERT, M., *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951

SUNSTEIN (Cass R.), *The partial constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993

TRIBE, L.H., *American Constitutional law*, 2^{ème} Édition, Éd.The Foundation Press. Inc., coll. University casebook series, Mineola, New-York, 1988

SABBAGH, D., *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Coll. Etudes Politiques, Economica, Paris, 2003

STARCK, C., *La constitution- Cadre et mesure du droit*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, Aix en Provence, 1994

SUDRE, F., MARGUENAUD, J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A., LEVINET, M., *Les grand arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 6^{ème} éd., Thémis Droit, PUF., 2011

VILLIERS, M., *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, Paris, 1998

WACHSMANN, P., *Libertés publiques*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009

WEBER, M., *Essais sur la théorie de la science*, Paris: Plon collection Agora Press-pocket, 1992

ZOLLER, E., *Le droit des Etats-Unis*, Paris : Presses universitaires de France, 2001

ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, 2005

ZOLLER, E., *Grands Arrêts de la Cour Suprême*, PUF, collection Droit fondamental, Paris, 2010

- **Articles**

- AMSELEK, P., « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », in *Définir le droit/1, Droits*, Revue Française de Théorie Juridique, France, PUF, 1989, pp.7-10
- LUCHAIRE, F., « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4 n° 64, p. 675-684.
- MONTALIVET, P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », – Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20, Juin 2006
- NOUNCKELE, M., « Aux frontières de la comparaison », *Revue de Droit International et de Droit comparé*, 2012, n°3, Bruylant Bruxelles, pp.393-420
- TEUBNER, G, BOUCQUEY, N., « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *In Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 47e année, N. 6, 1992. pp. 1149-1169., p.1149, url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ahess_0395-2649_1992_num_47_6_279101,
- VERKINDT, P-Y., « Rapport de synthèses », in *L'Égalité*, Colloque, Paris, France (16/10/2007), Dalloz, 2008, vol. 51, 504 p., pp. 237-240

- **Dossiers, Rapports, Sites**

- DOSSIER « *La question prioritaire de constitutionnalité en amont et en aval* », RFDA, juillet-août 2001, pp. 691- 811.
- RAPPORT: RIVERO, J., *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'Association H. Capitant, Journées du Luxembourg, 31 mai-4 juin 1961, Dalloz, 1966
- RAPPORT: Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales : *Service public, services publics : déclin ou renouveau* (EDCE, n° 46), 1995
- RAPPORT: Rapport public du Conseil d'État, 1996, Considérations générales : *Sur le principe d'égalité* (EDCE, n° 48), 1997
- RAPPORT: Haut Conseil à l'intégration, *Lutter contre les discriminations : faire respecter l'égalité*, rapport au premier ministre, La Documentation française, collection des Rapports officiels, 1998
- RAPPORT: Rapport A.N., n° 2965, *Lutte contre les discriminations*, 2^{ème} lecture, 2 avril 2001
- RAPPORT: Rapport public du Conseil d'État 2004, Considérations générales : *Un siècle de laïcité* (EDCE no 55), 2004
- RAPPORT: STASI, B., *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, Rapport au Président de la République, La documentation française, 11 décembre 2003,
- RAPPORT : Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, *Examen des rapports par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention: Observations finales (France)*, Doc. N.U., CRC/C/15/Add.240, 4 juin 2004
- RAPPORT: Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} république, *Pour une république plus démocratique*, Fayard/La Documentation française, 2007
- RAPPORT: BOUCHARD, G., TAYLOR, C., *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*. Québec, 2008
- RAPPORT: VEIL, S, Rapport du Comité de réflexion sur le préambule de la constitution. *Redécouvrir le préambule de la constitution*, Rapport au Président de la République, La Documentation Française, Paris, 2009
- RAPPORT: ROULAND, N., *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, Rapport adressé à la Commission française pour l'Unesco, le 27 avril 1993, Droits et société 27-1994, pp.380-418
- UNESCO, « *Nouvelles réflexions sur le concept de peuple* », Rapport final et recommandations de la réunion internationale d'experts à Paris, 27-30 novembre 1989

2- BIBLIOGRAPHIE THEMATIQUE: FRANCE/ETATS-UNIS

a- Droit/ Politique/ Sociologie Politique/ Philosophie Politique

- **Ouvrages**

- ALLEN RUTLAND, R., *The Birth of the Bill of Rights, 1776–1791* University of North Carolina Press, 1955
- AKHIL REED, A., *America's Constitution: A biography*, New York, Random House, 2005
- ARENDRT, H., *L'impérialisme*, Fayard, 1968
- ARENDRT, H., *Les origines du totalitarisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1973
- ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 7ème éd., Trad par J. Tricot, J. Vrin, Paris, 1990
- ARNAUD, A.-J., *Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières*, Paris, L.G.D.J., 2003
- BADIE, B., PERRINEAU, P.(dir.), *Le citoyen, Mélanges offerts à Alain Lancelot*, Paris, Presses de Sciences po, 2000
- BALANDIER, G., *Sens et puissance. Les dynamiques sociales*, Paris, PUF, 1986 (1^{ère} éd. : 1971).
- BODIN, J., *Les Six Livres de la République*, Le Livre de Poche, Paris, Librairie générale française, 1993
- BON, P., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Aix-en-Provence, Economica 1984,
- BON, P., *Les autonomies régionales dans la Constitution Espagnole*, Paris, Economica, 1981
- BOUDON, R., et BOURRICAUD, F., *Dictionnaire critique de la sociologie*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 1982
- BREST, P., (dir.), *Processes of Constitutional Decision making: Cases And Materials 919, 973–78* (4th ed.), 2000
- BURDEAU, G., *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 1972
- CAPITANT, R., *Le droit constitutionnel non écrit*, Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t.III, Liechtenstein-Paris, Vaduz-Duchemin, 1977
- CHEVALLIER, J., *L'Etat de droit*, Paris, Montchrstien, 5^{ème} éd., 2010
- COLAS, D., (dir.), *L'Etat de droit*, PUF, 1987
- COUFFIGNAL, G., *Le régime politique de l'Espagne*, Paris, Collection Clefs Monchrstien, 1993
- COULON, A., *L'Ecole de Chicago*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 1992
- DAVID. R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 11^{ème} édition, Précis Dalloz, 2002
- DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994
- ECKLY, P., « *Droit et constitution* », *La situation du droit local alsacien-mosellan*. LGDJ, 1986
- FERRAND, J., PETIT, H., *Fondations et naissances des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003
- HAMDOUNI, S., « Les accords de Dayton et le statut de la Bosnie-Herzégovine ». *Revue Études internationales*. Vol. XIXIX, n°1, Mars 1998, p.53-69.
- HERDER, *Idées pour la philosophie de l'histoire de l'humanité*, Presses Pocket, 1774, réédition 1991
- JELLINEK, G., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, Paris, Fontemoing, 1902
- KANT, E., *Qu'est-ce que les lumières ?*, Saint-Etienne, Université de Saint-Etienne, 1991
- KERVEGAN, J.-F.(dir.), *Crise et Pensée de la crise en droit, Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, E N S É D I T I O N S, 2002
- LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, Paris, Fayard, 2006
- LACORNE, D., *La crise de l'Identité américaine, Du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Gallimard, 2003
- LUCCIONI, J., *La pensée politique de Platon*, PUF, 1958
- MASSON, A., *Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel, Théorie, exercices et éléments de méthodologie*, Larcier, 2è éd., 2009
- MBAYE, K., *Les droits de l'homme en Afrique*, 2^e éd, Pédone, Paris, 1992
- MODERNE, F., BON, P., *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris, Economica, 1981

MORIN, E., *La méthode, 5. L'humanité de l'humanité, L'identité humaine*, Points Essais, Editions du seuil. 2003

MORVAN, P., « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de Cassation », Université Paris II, Colloque 2006

PHILIPPE, X., *Droit administratif général*, Librairie d'Aix en Provence et Presses universitaire d'Aix Marseille, Aix en Provence, 1993

PLATON, S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, coll. Des thèses, 2008,

PONTHOREAU, M.C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*. Collection Droit Public Positif. Economica, 1994

ROSANVALLON, P., *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Point Histoire, 2e édition, Paris, le Seuil, 1993

SIEYES, E., *Qu'est-ce que le tiers états ?* (1789), Paris, Flammarion, 1988

TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, I, I, ii, Paris, Gallimard, coll., « Bibliothèque de la Pléiade », 1992

VIMBERT, C., *La tradition républicaine en droit public français*, Publication Univ Rouen Havre, 1992

- **Articles**

BYK, C., *Biométrie et Constitution: est-il déjà trop tard pour les libertés publiques ?*, La semaine Juridique, Editions Générales, n° 25, 18 juin 2008

COHEN, D., « Le droit à... », *in L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Paris, Dalloz, P.U.F., 1999, 868 p., pp.393 et s.

COMMAILLE, J., « La sociologie et le sens du droit », 10 Définir le droit /1, Droits, Revue française de théorie juridique, PUF, pp.23-26

DEZALLAI, A., « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », RFDA, septembre-octobre 2011, pp. 925-933

FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », RFDA, 1990, pp.71-89.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Nouvelles modifications de la Constitution ? Redécouvrir le préambule de la Constitution ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », RFDA, n°3, 2009-06, pp. 397-406

MARKO, J., « United in Diversity»? Problems of State- and Nation-building in Post-conflict Situations: The Case of Bosnia-herzegovina», Vermont Law Review, Vol. 30, No.3, 2006

MONTALIVETP., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *in Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 20 - Juin 2006

- **Dossiers, Rapports, Sites**

ANNUAIRE statistique de la Justice Édition 2009 -2010, La Documentation française - Direction de l'information légale et administrative. Paris 2010

b- Nation/ Nationalité/ Citoyenneté

• Ouvrages

- ANDERSON, B., *L'imaginaire national Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, La Découverte, 1996
- ARMSTRONG (John), *Nations before nationalism*, University of North Carolina Press, 1982
- BELL, W., Walter E. F., *Ethnicity and nation building, Comparative, International and historical perspectives*, Beverley Hills, 1984
- BIRNBAUM, P., *La France aux français. Histoire des haines nationalistes*, Paris Seuil, 1993
- BOUCHER, M., *Le sentiment national en Allemagne*, 8^{ème} éd., Paris, Lacombe, 1947, vol1.
- BOURJOL, M., (dir.), *La commune, l'Etat et le Droit*, L.G.D.J., 1990
- BOUTHOU, G., *Le nationalisme, facteur belligène*, Bruxelles, Bruylant, 1972
- BRASS, P., *Ethnicity and Nationalism. Theory and Comparison*, London, Sage Publications, 1991
- CHALIARD, G., *Minority Peoples in the age of Nation State*, London, Pluto, 1989
- DAVIES, J., *Who is black? One nation's definition*, University Park Pennsylvania State University Press, 1991
- DREYFUS, F-G., *L'Unité allemande*, 2^{ème} éd., Paris, Que sais-je ?, PUF, 1995
- DUPEUX, L., *Aspects du fondamentalisme national en Allemagne de 1890 à 1945*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001
- ESMAN, M., (ed.), *Ethnic conflict in the Western world*, Thaca et London, Cornelle University Press, 1977
- FEATHERSTONE, M., *Global culture nationalism. Globalization and modernity*, London, 1990
- FICHTE, J. G., *Discours à la nation allemande, 1807-1808*, trad. Alain Renaut, Paris, Imprimerie Nationale, 1992
- GELLNER, E., *Nations and Nationalism*, Oxford, Blackwell, 1983
- GERSTLE, G., MOLLENKOPF, J., H., *E Pluribus Unum: Contemporary and Historical Perspectives on Immigrant Political Incorporation*, New York: Russell Sage Foundation, 2001
- GERSTLE, G., *American crumble, Race and nation in the twentieth century*, Princeton University press 2001
- GIRARDET, R., *Le nationalisme français*, Paris, Le Seuil « Points-Histoire », 1983
- GIRARDET, R., *Qu'est-ce qu'une nation?*, Paris, Imprimerie nationale, 1996
- HABERMAS, J., *Après l'Etat nation, Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000
- HACKER, A., *Two nations, Black and white. Separate. Hostile. Unequal*. Ny Saibner's, 1992
- HERMET, G., *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*, Paris, éd. Du Seuil, « Coll. Points-Histoire », 1996
- HOBSHAWN, E., *Nations and nationalism since 1980*, Cambridge University Press, 1990
- HOBSBAWM, *Nations et nationalisme depuis 1780*, Paris, Gallimard, 1992
- HOCHSCHILD, J., *Facing up the American dream, Race- class and the soul of the nation*, Princeton. Princeton University Press 1995
- HUNTER-HENIN, M., *Pour une définition du statut personnel*, PUAM, 2004
- KARABELL, Z., *A visionary nation, Four century of American dreams and what lies ahead*, Harper Collins Publishers, 2002
- LANFRANCHI, M.P., LECUCQ, O., NAZET-ALLOUCHE, D., (dir.) *Nationalité et citoyenneté: perspectives de droit public comparé, droit européen, droit international public*, Journée de l'UMR 6201, Bruylant 2012
- LIND, M., *The Next American Nation: The New Nationalism and the Fourth American Revolution*, Free Press, 1995
- LIPSET, *The first new nation, The united states in historical and comparative perspectives*, W.W.Norton & COMPANY, New York, 2003
- MASCLET, J-C, SOLDATOS, P., (Dir.), *L'Etat nation au tournant du siècle: les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet-Université de Montréal, 1997
- MCNEILL, W. H., *Poliethnicity and national unity in world history*, Toronto, University of Toronto Press, 1986
- MILLER, D., *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press, 1995
- NORIEL, G., *A quoi sert « l'identité nationale »*, Passé Présent, Agone, 2007

OHMAE, K., *The end of the Nation State: the rise of regional economies*, Harper Collins, 1995
 OHMAE, K., *De l'État-nation aux États-régions*, Dunod, 1996
 POMIAN, K., *L'Europe et ses nations*, Paris, Gallimard, 1990
 RENAN, E., *Qu'est-ce qu'une Nation ? et autres essais politiques*, textes choisis et présentés par Joel Roman, Paris, Presses Pocket, 1992
 ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale*, Editions du seuil, 1995
 SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens- Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard 1994
 SCHNAPPER, D., *Qu'est-ce que la citoyenneté*, Paris, Folio, 2000
 SCHNAPPER, D., *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard 2002
 WOOD, G.S., *La création de la République américaine*, Trad.F. Delastre, Berlin, Paris, 1991
 WALKER, C., *Ethno-nationalism. The quest for understanding*, Princeton university press, 1994

- **Articles**

BLEVIS, L., « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et Société*, n° 48, 2001, pp. 557-58
 BOUVET, L., « L'identité américaine, de la nation universelle au « saladier » des différences », *Controverses*, n°3, octobre 2006, pp. 60-74
 CHEVALLIER, J., « L'Etat-nation », *RDP*, 1980, pp.1271-13
 DANIEL, Jean, « Village planétaire et affirmation nationale », *Revue des deux mondes*, Nov.Dec 1999, p. 125
 DESCHODT, J.-P., « Nationalisme contre nationalisme », *in Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 15 et 16 mars 2007, Que reste-t-il de la Nation dans la Constitution ?*, Editions Cujas, 2007, 230p., p.13.
 DOMESTICI-MET, M.-J., « La « Nation à la française », une exception française ? Un atout au temps de la mondialisation ? », présentation dans le cadre du colloque « Nation à la française ». Colloque de l'UMR 6201, du 22 octobre 2010, 9 p, p.3.
 FULCHIRON, H., « Nationalité. Naturalisation. Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *Juris. Droit international*, Fasc.502-60, n° 267.
 FURET, F., « Le jacobinisme », in FURET, F., OZOUF, M., (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, 1122 p.
 HABERMAS J., « 2000, Après l'état nation », Paris, Fayard. Geneviève Nootens, «État et nation : fin d'un isomorphisme? », *Politique et Sociétés*, vol. 21, n° 1, 2002, p. 25-41.
 JARRASSE, J., « La polygamie n'entraînera pas la déchéance de nationalité », *Le Figaro*, 20/09/2010
 MANN, M. « Nation-State: Death or transfiguration? Europe and the world », *Le Débat*, Université Californie, 1995, n° 84, pp. 139-169 (dissem.).
 MARKO, J., « "United in Diversity"? Problems of State- and Nation-building in Post-conflict Situations: The Case of Bosnia-herzegovina », *Vermont Law Review*, Vol. 30, No.3, 2006.
 SABBAGH, D., « Nationalisme et multiculturalisme », *Critique internationale* n°23 - avril 2004, 160 p., pp.113-124, p.114.
 YACOUB, Y., « Nations, minorités, communautés et états », *in L'Etat souverain à l'aube du XX^{ème} siècle*, colloque de Nancy, Paris, Pédone, 1994, p.107.

- **Dossiers, Rapports, Sites**

ACTES du Colloque de Dijon, « Nation et République. Les éléments du débat », 6-7 avril 1994, PUAM, 1995
 CURIEN, P., « L'identité nationale entre rationalité et imaginaires », Thèse de doctorat en science politique (Ph.D.) Université Laval Doctorat Département de science politique, Faculté des sciences sociales, sous la direction de FOREST, P-G., 2003-10, Chapitre 1, <http://www.theses.ulaval.ca/2003/21176/ch02.html>. Consulté le 19.09.2011.
 RAPPORT : MARCEAU LONG, rapport de la commission de la nationalité au premier Ministre, « Etre français aujourd'hui », Paris, La documentation française, 1988, Tome I, 768p.

c- France: Décentralisation/ Union-Européenne

• Ouvrages

- ANDLAU, L., *Etre européen aujourd'hui*, Paris, Collection « Les pratiques démos », Editions Demos, 2001
- AUBY, J.F., *Droit des collectivités périphériques françaises*, éd. PUF, coll. Droit fondamental, 1992
- BADIE, B., *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1995
- BAISNEE, O., PASQUIER, R., *L'Europe telle qu'elle se fait : européanisation et sociétés politiques nationales*, Paris, CNRS, 2007
- BENOIT, J., *Théorie juridique de la décentralisation administrative en France*, TH. Paris 2, 1990
- BAUELLE, G., GUY, C., BASLE, M., *Le projet européen*, Coll. Espaces et Territoires, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004
- BIDEGARAY, C., (dir.), *L'Etat autonome: une forme nouvelle ou transitoire*, Paris, Economica, 1994
- BON, P., *Les autonomies régionales dans la Constitution Espagnole*, Paris, Economica, 1981
- BON, P., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, 1984
- BOULOUIS, J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5 éd, Paris, Montchretien, 2009
- CHATIEL, F., *Naissance du peuple européen*, Paris, O. Jacob, 2006
- CHOPIN, T., *L'héritage du fédéralisme? États-Unis/Europe*, Paris, Notes de la Fondation Robert Schumann, 2002
- CHOPIN, T., *La république « une et divisible » : les fondements de la fédération américaine*, Paris, Plon, 2002.
- CLAPIÉ, M., *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, 2003
- CROISAT, M., *Le fédéralisme en Europe*, Clefs, Politique, Paris, Montchrétien, 2010
- DEHOUSSE, R., (Dir.), *Politiques européennes*, Science-Po, Les Presses, 2009
- FABERON, J.-Y., AGNIEL, G., (dir), « *Théorie de la souveraineté partagée* », *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française 2000
- GAUTRON, J.-C., *Droit européen*, Paris : Dalloz, coll. Mémentos Dalloz, 11^e édition, 2004,
- INSTITUT DU DROIT LOCAL ALSACIEN-MOSELLAN, *Etat, régions et Droits locaux*, Paris, Publications de l'I.D.L.- Economica, 1997
- JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, L.G.D.J., 1998
- LAMPUE, P., *Droit d'Outre-mer et de la coopération*, Paris, Précis Dalloz, 4^{ème} édition Dalloz, 1969
- LAVROFF, G., *Le régime politique Espagnol*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1985.
- MAINTENANT, G., *Les Jacobins*, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1984
- MASSON, A., *Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel, Théorie, exercices et éléments de méthodologie*, Larcier, 2^e éd., 2009
- MODERNE, F., *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983
- ROULAND, N., *Le droit à la différence*, PUAM, 2002
- SENARCLENS, P., (Dir.), *Les frontières dans tous leurs Etats, Les relations internationales au défi de la mondialisation*, Bruylant, 2009
- VOY. VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme- Prendre l'idée simple au sérieux*, F.U.S.I., Bruxelles, 2007

- **Articles**

- BENOT, Y., « Y a-t-il un fédéralisme colonial ? », *in* Les fédéralismes, Réalités et représentations 1789-1874, Actes du colloque de Marseille de septembre 1993, PUAM, p.281
- CALVES, G., « Fonction publique: ressembler à la population ? Introduction », RFDA, N°118, 2006, pp.245-250
- CELERIER, T., « Peuple et peuples en droit français », Les petites affiches, 1er avril 1991, n°39, p.13
- DOUENCE, J.-C-. « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer », R.F.D.A., 1992, Volume 8, No 3, p.466
- FABERON, J.-Y., « L'accord de Nouméa du 21 avril 1988: La Nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée, » Regards sur l'actualité, n°241, mai 1998, pp.19-31
- FABERON, J.-Y., « La Nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée », RDP 1998, p.645-648.
- FLAUSS, J.-F., « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », R.D.P. 1992, pp.1627 et s.
- FLEINER, T., HOTTINGER, J. T., « La pertinence du fédéralisme dans la gestion des diversités nationales », Revue Internationale de Politique Comparée, Vol. 10, n° 1, 200, pp.79-90
- GARDE, F. « Les autochtones et la République », RFDA, 1999, p.1 et s.
- GARDE, F., « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », Revue française de droit constitutionnel 4/2005 (n° 64), p. 805-811.
- GIRARDIN, B., « Avant-propos. La réforme constitutionnelle et l'outre-mer », *in* Les outre-mers entre décentralisation, intégration européenne et mondialisation, RFDA, n° 101, Janvier-Mars 2002, pp.3-5
- LE BRIS, C., « Les langues régionales dans la constitution », RDP, 2009, n°3, p.804.
- LEMAIRE, F., « Le nouveau statut constitutionnel de l'outre-mer français », JCP, administrations et collectivités territoriales, n°25, 16 juin 2003, 1583p.
- LEMAIRE, F. « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel (la décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000), R.D.P. 2000, p.920.
- LOUIS, J.V, « Le traité de Lisbonne », JTDE, décembre 2007 n° 144
- LUCHAIRE F., « Les fondements constitutionnels de la décentralisation, RDP, 1982, p. 1543
- LUCHAIRE, F., «Le statut de la collectivité territoriale corse (décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991) », R.D.P. 1991, p. 946
- LUCHAIRE, F., « L'avenir des départements d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Commentaire de la décision du 7 décembre 2000 », RDP, janvier-février 2001, p.249
- MAESTRE, J-C, « Commentaire de l'article 2 de la Constitution in LUCHAIRE, F., CONAC, G., (Dir.), La constitution de la République française, Paris, Economica, 1987, 2^{ème} éd., 1402, p. 129
- MALO, L., « Les langues régionales dans la Constitution française : à nouvelles donnes, nouvelle réponse ?, RFDC, n°85, janvier 2011, pp.69-98
- MICHALON, T., « La république française, une fédération qui s'ignore? », Revue du Droit Public, 1982, 625p., p.623
- MICHALON, T. « La France périphérique : crainte du marché et rejet de l'Etat », Revue politique et parlementaire, n° 1009-1010, nov.-déc. 2000/janv.-fév. 2001, p.107
- MICHALON, T., « De l'illusion communautaire à l'égalité républicaine : itinéraire d'un fédéraliste jacobin », *in* ROULAND, N., Le droit à la différence, PUAM, 2002, 308 p., 225-249
- MODERNE, F., « l'Etat des autonomies », RFDC, N°2-1990, p.211
- MOYRAND, A., «Les pays d'outre-mer transforment la république française en un état autonome. Brèves réflexions sur la création d'une nouvelle catégorie de collectivités publiques infra étatiques», Mélanges P. GELARD, Montchrestien 1999, p.187-19
- MOYRAND, A., « Les systèmes de gouvernement des collectivités françaises du Pacifique (Nouvelle-Calédonie et Polynésie française) », RGCT, n°46, novembre 2009, pp. 73-83
- NEUMAN, G.L., « Fédéralisme et citoyenneté aux Etats-Unis et en Europe », Critique internationale, n°21, octobre 2003, pp.1-17
- PIERRE-CAPS (S.), « La constitution démonique ou les mutations de la Constitution au seuil du XXIème siècle », *in* Mél, F. BORELLA, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 412-413
- PIERRE-CAPS, S., « Préface », *in* LEMAIRE, F., Le principe d'indivisibilité de la République, Mythe et réalité, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010
- ROSSINYOL, G., « Les accords de Nouméa du 5 mai 1998: un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie », RDP, mars-avril 2000, p.465.

VAN RAEPENBUSCH, S, « La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union Européenne », CDE, n°5-6, 2007, p.573

VERVIN, M., « L'Etat autonome espagnol et la problématique constitutionnelle des faits différentiels », Civitas Europa, n°3-1999, p.43

VITALIER, C., « Les régions ultra-périphériques entre assimilation et différenciation », pp. 115- 126

- **Dossiers, Rapports, Sites**

DOSSIER « La réforme des collectivités territoriales », RFDA, n°2, Mars-avril 2011, pp. 225-2266

d- Etats-Unis: Histoire/ Histoire Des Institutions

- **Ouvrages**

AMEUR, F., *La guerre de Sécession*, PUF., 2004

BERGER, J., *A new deal for the world: Eleanor Roosevelt and American Foreign Policy*, New York : Columbia University Press, 1981

FELLMAN, M. (dir.), *This Terrible War: The Civil War and its Aftermath*, New York: Longman, (2002), 2007

FISHER, L., HARRIGER, K., J., *American Constitutional Law, Vol.2, " Constitutional Rights, Civil Rights and Civil Liberties"*, Durham, North Caroline, Carolina Academic Press, 8ème éd., 2009

FONER, E., *Reconstruction: America's unfinished revolution 1863-1877*, New York, 1989

GEERTZ, C. (ed), *Old societies, new states*, New York, The Free Press, 1963

LEVASSEUR, A., *Le droit américain*, Dalloz, 2004

LOCKE, J., *Lettre sur la tolérance*, Paris, Genève , Editions ressources, 1980

LOCKE, J., *Lettre sur la tolérance*. Traduction française de Jean LeClerc, (1686), Paris: Garnier-Flammarion, Collection Texte intégral. Traduit par Jean Le Clerc, 1992

LOIS G. SCHWOERER (ed.), *The Revolution of 1688-89: Changing Perspectives*, Cambridge, 2004

MCPHERSON, J. M., *La guerre de Sécession, 1861-1865*, Paris, Robert Laffont, 1991

MADISON, J., JAY, J., HAMILTON, A., *Le Fédéraliste* (Federalist Papers), Paris, Economica, 1998

MARIENSTRAS, E., *Les Mythes fondateurs de la nation américaine*, Paris, Éditions Complexe, 1992

MARIENSTRAS, E., *Etats-Unis, peuples et cultures*, l'Etat du Monde, La Découverte, Poche, 2004

MCPHERSON, J. M., *La guerre de Sécession, 1861-1865 ; Farid Ameer*, La guerre de Sécession, P.U.F., 2004

PORTES, J., *Les États-Unis de l'indépendance à la Première Guerre mondiale*, Paris, Colin, Collection Coursus, 2004

REMOND, R., *Histoire des Etats-Unis*, Paris, Que sais-je ?, PUF, 19e éd, 2003

SALINS, P.D., *Assimilation, American style*, New York, Basic Books, 1997

SALZMAN, J., (dir.), *Bridges and boundaries. African Americans and American Jews*, New York, Georges Braziller, 1992

SCHLESINGER, A., *La désunion de l'Amérique*, Paris, Liana Levi, 1993

SMITH, R.M., *Civic Ideals: Conflicting Visions of Citizenship in US History*, New Haven, Yale University Press, 1997

SNIPP, C. M., *American Indians: The first of this land*, New York Russell Sage Foundation, 1991

TRIBE, L.H., *American Constitutional Law, Volume1*, Foundation 3^e éd., 2000

- **Articles**

BURNETT, DONALD L., Jr. « An Historical Analysis of the 1968 Indian Civil Rights Act », Harvard Journal of Legislation 9 (May 1972): 557-626

FRANKLIN, J.H., « The Enforcement of the Civil Rights Act of 1875 », Prologue: *The Journal of the National Archives* 6, no. 4 (winter 1974): 225-235

LACORNE, D., « La philosophie de la constitution américaine », p.25-41, Philosophie politique, n°7, 1995
ROSENFELD, M., COHEN, E., L., « Chronique de jurisprudence. La Cour suprême des Etats-Unis, les sessions 2008-2009 et 2009-2010 : un clivage idéologique marqué par l'interprétation de la Constitution », RDP, n° 5-2011, pp. 1345-1366, p. 1346

e- Diversité/ Multiculturalisme/ Pluralisme

• Ouvrages

ADENTON, N., TOLNAY, T. E., *American Diversity, A demographic challenge on the 21 th century*, State University of New York Press, 2002
ALLUND, A., SCHIERUP, C.U., *Paradoxes of multiculturalism*, Adelshot, Avebury, 1991
AMSELLE, J-L., *Vers un multiculturalisme français, L'empire de la coutume*, 2nde éd. Flammarion, 1996
AUERBACH, S., *Encyclopedia of multiculturalism*, New York, Marshall Cavendish, 1994
Association française des anthropologues, *Vers des sociétés pluriculturelles*, ORSTOM, 1986
ATKINSON, F., *Guide to multicultural resources*, Highsmith Press, Madisson, WI, Praxis Publications, 1993/1994
BAUBOCK, R., HELLER. A., ZOLBERG, A., (dir.), *The challenge of diversity. Integration and pluralism in societies of immigration*, Adelshot and Vienna, Avebury and European Center, Vienne, 1996
BISSOONDATH, N., *Le marché des illusions. Les méprises du multiculturalisme*, Montréal, Boréal-Libier, 1995
COHEN J., SPENSKY, M., (dir.), *Citoyenneté et diversité*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires Blaise Pascal, 2009
CONSTANT, F., *Le multiculturalisme*, Dominos Flammarion, 2000
DAVIDMAN, L., *Teaching with a multicultural perspective: A practical guide*, White Plains, Longman, 1994
DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006
DOYTCHEVA, M., *Le Multiculturalisme*, La Découverte, Paris, 2005
DUBUJADOUX, B., *Droit à la différence en droit public français*, Lille, 2003
E. HASKELL. « Multicultural », Oxford English Dictionnay, Oxford, Clarendon Press, 2è. Ed, 1989, tome X.
FUCHS, L.H., *The american Kaleidoscope*, London, Wesleyan University Press, 1990
G GAGNON, A., GUIBERNAU, M., ROCHER, F., *The conditions of diversities in multinational Democracies*, Montreal, Institut de recherche en politiques publiques, 2003
ALLISSOT, R., (dir.), *Pluralisme culturel en Europe:cultures européennes et culture de diasporas*, l'Harmattan, *L'homme est la société* », 1993
GLAZER, N., *We are all multiculturalists now*, Cambridge, Harvard University Press, 2003
GLAZER, N., MOYNIHAN, D.P., *Behond the melting pot, The negroes, Puerto Ricans, Jews, Italians and Irish of New York City*, Cambridge (Mass.) MIT PRESS, 2è Ed., 1970
GLEASON, P., *Speaking of diversity*. Baltimore, John Hopkins University press, 1992
GLISSEN, J., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1971
GOLDBERG, D., (Dir.), *Multiculturalism, A critical Reader*, Oxford, Blackwell, 1994
G. GOSSELIN, OSSEBI, H., (Dir.), *Les sociétés plurielles*, l'Harmattan, « Logiques sociales », 1994
GURVITCH, G., *L'expérience juridique de la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935
HOLLINGER D., *Postethnic America : Beyond Multiculturalism*, New York, Basic Books, 1995
HUNTER-HENIN, M., *Pour une définition du statut personnel*, PUAM, 2004
IMBERT, P.H., *Plaidoyer pour l'interculturel, Conseil de l'Europe, Conseil de la coopération culturelle*, Strasbourg, 1993
ISAAR, H., BENOIT, O. *Pluralisme-Pluralismes*. PUAM, 2011
JACQUARD, A., *Eloge de la différence*, Éditions du Seuil, 1978
KASTORYANO, R., (Dir.), *Quelles identité pour l'Europe?Le multuculturalisme à l'épreuve*, Presses de Sciences Po, 1998

KULL, A., *The color blind constitution*, Harvard University Press, 1994

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A libéral Theory of minority rights*, Oxford university Press, Oxford, 1995

KYMLICKA, W., *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001

KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy: an introduction*, Oxford University Press, 1990, 2ème éd. 2002

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 2003

Laboratoire d'anthropologie juridique de paris, *Les pluralismes juridiques*, coll. « Cahiers d'anthropologie du droit », Paris, Karthala, 2003

LACROIX, J., *Michael Walzer, Le pluralisme et l'universel*, Michalon, le Bien commun, 2001

LEVISON, S., *Wrestling with Diversity*, Durham, Duke University Press, 2003, 335 p., p. 40 ;

MARCANGELO-LEOS, P., *Pluralisme et audiovisuel*, Paris, L.G.D.J, Bibliothèque de droit public, No 240, 2004

Meltzer, A.M., WEINBERGER, J., ZINMAN, R., (Dir.), *Multiculturalism and American democracy*, Lawrence, University press of Kansas, 1998

NAYLOR, L.,(dir.), *Cultural Diversity in the United States*. Westport et Londres, Greenwood Press, 1997

OTTIS, G., CISSE, A., DE DECKKER, O., MASTOR, W., *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Savoirs francophones, AUF, Paris, 2010

PAREKH, B., *Rethinking multiculturalism*, Cambridge (Mass.), Harward University Press, 2000

PERLMANN, J., WATERS, M., *The new race question. How the census counts multiracial individuals*, Russell, Sage, 2002

RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993

ROMANO, S., *L'ordre juridique (L'Ordinament giuridico)*, Traduction FRANCOIS, L., et GOTHOT, P., Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Paris, Dalloz, 1975, 174p. 2ème éd. 2002

ROULAND, N., *L'Etat français et le pluralisme, Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Editions Odile Jacob, Pris, 1995

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap of Harvard University, 1971, § 60-62, pp. 396-407

SARTONI, G., *Pluralisme, multiculturalisme et étrangers, essai sur la société multiculturelle*, Editions des Syrtes, 2000

SCHLESINGER, Jr., *La désunion de l'Amérique- Réflexion sur une société multiculturelle*, Traduction par F. Burgess, éd. Liana Levi, coll. Opinion, Paris, 1993

SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, essais, 1994

SCHNAPPER, D., *La relation à l'autre; Au cœur de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1998

SCHNAPPER, D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Folio actuel, 2000

SCHUCK, P. H., *Diversity in America*, The Belknap Press of Harvard University Press, vol13, No 8, 2003

SEMPRINI, A., *Le muticulturalisme* », PUF, « Que sais-je », 1997

SIDANIUS, J., et al., *The Diversity Challenge : Social Identity and Intergroup Relations on the Collège Campus*, New York, Russell Sage Foundation, 2009

SMITH, A.D., *National Identity*, Harmondsworth, Penguin, 1993

TAKAKI, R., *Debating diversity*, New York, Oxford University Press, 2002

TAMAR, J., (dir.), *Reinventing the Melting Pot*, Basic Books, New York, 2004

TAYLOR, C., *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Flammarion, « Champs », 1994

TAYLOR, C., *Le Multiculturalisme*, 1992, 7p ; Trad. F, Paris, Flammarion 1994

TAYLOR, C., (dir.), *Multiculturalism: examining the politic of recognition*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1994

TODOROV, I.T., *Nous et les autres, la réflexion française sur la diversité humaine* », Essais, Points, Editions du Seuil, 1989

TODOROV (I.Taviss), *L'Homme dépaycé*, Editions du Seuil, 1996

TOUMSON, T., *Mythologie du métissage*, Paris, Puf, 1998

TOURRAINE, A., *Production de la société*, Paris, Seuil, 1974

TOURRAINE, A., *Pourrions-nous vivre ensemble, égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997

VECOLI, R., *Gale encyclopedia of multicultural*, America Contribuing editor, New York, Gale Research, 1995

WALZER, M., *What it means to be an american*, Marslo, 1992
 WEIL, P., *La république et sa diversité, Immigration, intégration, discriminations*, La République des Idées, Seuil, 2005
 WIEVIORKA, M., (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, La découverte, « Cahiers libres », 1996
 WIEVIORKA, M., (dir.), *La différence culturelle. Une reformulation des débats*, Paris, Balland, 2001
 WOOD, P., *Diversity, The invention of a concept*, San Francisco, California, Encounter Books, 2003

- **Articles**

ABDALLAH-PRETREILLE, M., « Pour un humanisme du divers », VST-Vie sociale et traitements, 2005/3, n°87, p.34-41
 BRIOBOSIA, E., RINGELHEIM, J., RORIVE, I., « Aménager la diversité : Le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », RTDH, 78/2009, pp. 319-344
 BELLEY, J.-G., « Droit public, pluralisme juridique et démocratie dans les Etats contemporains », Août 2007, p.4, http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/BELLEY-Droit_public_pluralisme_juridique_et_dimocratie-final-5sept07.pdf,
 BOUTIN, C., « Pluralisme et liberté de communication audiovisuelle », Les petites affiches, 3 juin 1994, n°66.
 DOMESTICI-MET, M.-J., « Un néo-pluralisme venu d'en haut ? », in ISAAR, H., BENOIT, O. Pluralisme-Pluralismes. PUAM, 2011.
 DIOUF KAMARA (S.), « Multiculturalisme: union ou division? », Hommes et migrations n° 1162-1163, fév.-mars 1993, p.22.
 EDELMAN, L. B., FULLER, S. R., & MARA-DRITA, I., «Diversity rhetoric and the managerialization of law ». *American Journal of Sociology*, 106, (2001). pp. 1589-1641.
 Editoriaux du Monde, 7 novembre 2009, et le Libération, 27 octobre 2009.
 GIRAUDON, V., « La diversité en Europe: une évidence ? », in *Revue politiques*, n°35, août 2009, p.67-86., p.72-73.
 GREWE, C., « L'unité de l'Etat: entre indivisibilité et pluralisme », RDP, n° 5/&, 1998, p. 1349-1360.
 GRIFFITHS, J., « What is legal pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, 1986, vol. XXIV
 HASSNER, P., « Vers un universalisme pluriel ? », *Esprit*, n°187, 1992, pp.102-113
 HIRSCHMAN, C., « America's Melting Pot Policy Reconsidered », *Annual Review of Sociology*, 9, 1983, 397-423 (p.397).
 HUNTER, A., SENAC-SLAWINSKI, R., « La diversité sans droit ni obligation », *Revue de L'OFCE*, 114, Juillet, 2010, pp.167-195., p.168.
 LECA, J., « La démocratie à l'épreuve des pluralismes », *Revue française de science politique*, n°2, 1996, pp.225-279
 MASSIAS, J.-P., « Le pluralisme, fondement de la transition démocratique », in « L'expression du pluralisme politique dans le postcommunisme », sous la direction de Jean-Pierre Massias et Philippe Claret, Publications de l'Univesrité Montesquieu Bordeaux IV, Bruylant, 2007, pages 9 à 26.
 MASSIAS, J.-P., « Pluralisme linguistique et pacification sociale », communication prononcée lors du colloque De la charte européenne des langues régionales ou minoritaires à la révision constitutionnelle de 2008 : influences ou convergences ?, septembre 2009, Bayonne.
 MICHAELS, W. B., *Raisons d'agir*, 2009 », *Mouvements*, n°61 janvier-mars 2010, 184p, p.172-180.
 MOUTOUH, H., « Pluralisme juridique », *Dictionnaire de culture juridique*, D. ALLAND, RIALS, S., (dir.), PUF, 2003, p.1158-1162
 NASH, G.B., « The great Multicultural Debate », *Contention: Debates in society, Culture and science*, n°3, 1992, pp.6-7
 ROULAND, N., « A la recherche du pluralisme juridique: le cas français », *Droits et cultures*, V36, No2, 1998/2, p.217-262
 ROULAND, N., « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, France, n°46, 2000, p 519-545
 SABBAGH, D., « Les ravages de la pensée moniste : à propos de la diversité contre l'égalité, de SABBAGH, D., «L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux Etats-Unis: de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, 2009/3, n°35, p.31-47, p. 36.

TERRE, D., « Le pluralisme et le droit », in *Le pluralisme*, Archives de Philosophie du Droit, Dalloz, 2005, Tome 49, 316p., pp.69-83

VANDERLINKEN, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, 1993-2, pp.573-583.

VARGA, C., « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, 1973, t.18, p.231

VERPEAUX, M. « Les droits des élus ou le droit des assemblées locales », RFDA 1993, p.20.

ZOLLER, E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat », in *Le pluralisme*, Archives de Philosophie du Droit, Dalloz, Tome 49, pp. 109-122

- **Dossiers, Rapports, Sites**

ARCHIVES de philosophie du droit, *Le pluralisme*, Tome 49, Dalloz, 2006

DOSSIER SPECIAL: Le Débat, « L'avenir du multiculturalisme », Dossier spécial, n° 97, nov. 1997

MOREL, S., *Ecole, territoires et identités: l'idéal scolaire à l'épreuve de la réforme territoriale et du pluralisme culturel dans la France contemporaine*, Thèse pour le doctorat en Science politique, sous la direction de P. BIRNBAUM, Université Paris 1, décembre 2000

NUMÉRO SPÉCIAL: « Le spectre du multiculturalisme américain », *Esprit*, n° 212, 1995

PROJET UNESCO-MOST, « *Les transformations sociales : sociétés multiculturelles et multiethniques* », *Revue internationale des sciences sociales, UNESCO-ERES*, n° 156, juin 1988

RAPPORT GIOURDAN, H., « Démocratie culturelle et droit à la différence » Rapport présenté à Jack Lang, 1982, La documentation française, 1982

REGOURD, S., (Dir.), « De l'exception culturelle à la diversité culturelle », *Problèmes politiques et sociaux*, La documentation Française, N° 904, septembre 2004

WIOVIORKA, M., *La Diversité, Rapport à la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, Paris, Robert Laffont, 2008

f. Egalite/ (Non) Discrimination/ Equité

- **Ouvrages**

ANDERSON, M.J.,FIENBERG, S.E., *Who counts? The politics of census taking in contemporary America*, Russel Sage Foundation, New York, 1999

BERGMANN, B., *In defense of affirmative action*, New York, New Republic Book/ Basic books, 1996

BUCE, H., FORIERS P., PERELMAN C. (dir.), *Egalité*, volume i. Bruxelles: Bruylant, 1971

BLANK, et al., *Measuring Racial Discrimination*, National Academies Press, 2004

BOUCHER, M., *Les théories de l'intégration entre universalisme et différentialisme*, Paris, L'Harmattan, 2000

BUI- XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *Economica*, 2004

CASTEL, R., *La discrimination négative, Citoyens ou indigènes ?*, La République des idées, Paris, Seuil, 2007

COUTU, M., BOSSET, P., GENDREAU, C., VILLENEUVE, D., *Droits fondamentaux et citoyenneté: une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Onati/Montreal, Themis/Institut international de sociologie du droit, 1999

DANIEL, C., LE CLAINCHE, C., (dir.), *Définir les inégalités. Des principes de justice à leur représentation sociale*, DREES, collection Mire, Paris, 1999

DEBBASCH, R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Essai d'histoire politique, *Economica*, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, Aix en Provence, 1988.

DUBUJADOUX, B., *Le droit à la différence en droit public français*, Anrt, Diffusion

FERAY, M., ANDREATNI, T., *Discours sur l'égalité parmi les hommes*, l'Harmattan, Paris, 1993

FLETCHER, G., SHEPPARD, S., *American Law in a global context, The basis*, Oxford University Press, 2005

GAY, L., *Les "droits-créances" constitutionnels, Droit public comparé et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007

GUGLIELMI, J., KOUBI, G., *L'égalité des chances*, La découverte, 2000

GRAHAM, H. D., *Collision Course. The strange convergence of affirmative action and immigration policy in America*, New York, Oxford University Press, 2002

HOFFMAN, R., ALBERT, P.J., eds. *The Bill of Rights: Government Proscribed*. University Press of Virginia for the United States Capitol Historical Society, 1997

LALANDE, A., « *Egalité* », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 6^{ème} édition, P.U.F., Paris, 2006

LAWSON, A., GOODING, C., (dir.), *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Hart, Oxford, 2005

LEGATTE, P., *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, Presses de la renaissance, 1992

MEYER-BISCH, P., *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Meyer-Bisch/ Ed. Universitaires, Fribourg, 1993

M DE CERTEAU, JULA, D., REVEL, J., *Une politique de la langue*, Paris, Gallimard, 1975

MICHAELS, W. B., *La diversité contre l'égalité*, Paris, Raisons d'agir, 2009

MICHELET, K., *Les droits sociaux des étrangers*, Paris, l'Harmattan, Logiques juridiques, 2002

NEUMAN, G., *Strangers to the constitution. Immigrants, borders and fundamental Law*, Princeton, Princeton University Press, 1996

QUERMONNE, J.-L., *L'identité républicaine aux prises avec le pluralisme et le fédéralisme*, l'Autre, Etudes réunies pour Alfred Grosser, F.N.S.P., Paris, 1996

ROSENFELD, M., *Affirmative action and justice. A Philosophical and constitutional inquiry*, Yale University Press, New- haven- Londres, 1991.

ROUX, A., DEBBASCH, R., *L'indivisibilité de la République, La République en droit français*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, Aix- en- Provence, 1996

ROUX, A., TERNEYRE, P., *Principe d'égalité et droit de suffrage en France*, A.I.J.C., v-1989

RUDDER, D.V., POIRET, C., VOURC'H, F., *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF., 2000

SAULNIER-CASSIA, E., TCHEN, V. (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p.107

SCHHESINGER, JR., ARTHUR, M., *La désunion de l'Amérique*, trad. Fr. Liana Levi, (1919), 1993

SCHOR, P., *Compter et classer. Histoire des recensements américains, 1790-1940*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009

VEDEL, G., « *L'égalité* », *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, Paris, 1990.

- **Articles**

BLACK, C., L., « The lawfulness of segregation decisions », 69 Yale L. J., 1960, 421, pp.426-27

CALVES, G., « Les politiques de discriminations positives », *La Documentation Française*, « Problèmes politiques et sociaux », n° 882, 4 juin 1999

CALVES, G., « L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats Unis », Paris, LGDJ, 1998

CALVES, G., « Pour une analyse vraiment critique de la discrimination positive », *Le débat*, n°117, nov-dec. 2001

CALVES, G., « Au service de la connaissance et du droit: le testing », *Horizons stratégiques*, n°5, juillet, 2007, pp. 8-16

DUGUET, E., L'HORTY, Y. ET PETIT, P., « L'apport du testing à la mesure des discriminations », *Connaissance de l'emploi*, n°68, août : http://www.cee-recherche.fr/fr/connaissance_emploi/68-apport-testing-mesure-discriminations.pdf, Consulté le 01.08.2011.

ERIN, K., DOBBIN, F., « How Affirmative Action Became Diversity Management: Employer Response to Antidiscrimination Law, 1961 to 1996 », 41 *The American Behavioral Scientist* 1998., pp. 960-984

ERLER, EDWARD J., *Equal Protection and Personal Rights: The Regime of the Discrete and Insular Minority*. *Georgia Law Review* 1982, 16 pp. 407-444

GUILLAUME, G., « Droit international des droits de l'homme », in *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Actes du colloque des 12 et 13 octobre 1989, Cahiers du C.E.D.I.N, n°5, Paris, Montchrestien, 1990, p.198

GOYARD-FABRE, S., « L'égalité des droits en 1789. Un rêve d'impossible sur un horizon d'espérance » in FERRARI, J., POSTIGLIOLA, A. (dir.), *Egalité-Uguglianza*. Actes du colloque franco-italien de philosophie politique (Rome 21-22 novembre 1988) Roma, Liguori Editore, 1990, pp. 113-125

HAQUET, A., « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », RTDE, 37 (2), avril-juin 2001, p.325

HARRIS, C., I., « The story of Plessy v. Ferguson : The death and Resurrection of racial formalism », in DORF, M., C., *Constitutional law stories*, 2nd éd., 2009, p.187 et pp.207-216

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Nouvelles modifications de la Constitution ? Redécouvrir le préambule de la Constitution ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », RFDA, mai-juin 2009, pp.397-406, p. 397.

HOLZER, D., NEUMARK, D., « Assessing Affirmative Action », *Journal of Economic Literature*, 38 (3), 2000

JOHN, D., SKRENTNY, J.D., « L'« affirmative action » américaine en déclin », *Le monde diplomatique*, mai 2007, p.14

JOOLS, Ch., « Anti-discrimination and Accommodation », *Harvard Law Review*, 2001-2002, Vol. 115, pp.643-699

JUNTER A., « L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes: une exigence politique au cœur du droit des femmes », *Travail, genre et sociétés*, n° 12, 2004, pp. 191-202

KELLY, E., DOBBIN, F., « How Affirmative Action became Diversity Management », in SKRENTNY, J., *American Color Lines: Affirmative Action, Immigration and Civil Rights Options for America*, University of Chicago Press, 2001, pp. 87-117

ISRAEL, J.-J., « La non-discrimination raciale dans les textes constitutionnels français: présence ou absence », *Mots*, n°33, 1992

LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, n°11, 1987, p.778.

MAQUAIN, D., « Affirmative action et discrimination positive: une synthèse des expériences américaines et européennes », 2005, *Diagnostics Prévisions et Analyses Economiques*, n°58

MELIN-SOUCRAMANIEN, F., « La République contre Babel », *RDP*, 1999, n°4, p. 985-1003

MELIN SOUCRAMANIEN, F., « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? », in NAGEL, J., «American Indian Ethnic Renewal: Politics and the Resurgence of Identity », *American Sociological Review*, 60 (6), 1995, pp. 947-96

NEUMAN, G., « We are the people: Alien suffrage in German and American Perspective », *Michigan journal of international law*, n°2, hiver 1992, pp.259-355

PAGER, D., « The Use of Field Experiments for Studies of Employment Discrimination: Contributions, Critiques, and Directions for the Future », *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n°609, janvier, 2007 pp. 104-133

PALERMO, F., « Accomodating differences: the present and future of the law of diversity. An introduction », *Vermont Law Review*, Vol. 30, No. 3, 2006

SABBAGH, D., « Les politiques de discriminations positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, n°29, 1 er juillet 1999, p.177

SABBAGH, D., « Universités américaines: la fin des préférences raciales ? », *Critique internationale* n°17 - octobre 2002, pp.159-171

SCHNAPPER, E., « Affirmative action a the legislative history of the fourteenth amendments », 71 *Va. Law Review.*, 1985, pp. 753-754

SIMON, P. « Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de « race », *Revue française de sociologie*, 49 (1), 2008. pp. 153-162

SKRENTNY, J.D., « Policy-Elite Perceptions and Social Movement Success: Understanding Variations in Group Inclusion in Affirmative Action », *American Journal of Sociology*, vol. 111, no 6, 2006, p. 1762-1815

VERKINDT, P-Y, « L'égalité au risque de la diversité », *Archives de philosophie du droit* 2008, No 51, p. pp.141-157

VILLEY, M., « l'idéologie égalitariste et les droits de l'homme », *L'égalité*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'Université de Caen, n°8, 1985

- **Dossiers, Rapports, Sites**

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, *L'égalité*, Tome 51, Dalloz, 2008
 LONG, M., Le principe d'égalité et les étrangers, Rapport public 1996, Etudes et documents du conseil d'Etat, n° 48, La document française, 1997
 BENICHO, S., KOHLER, I., SABBAGH, D., « Égalité de traitement dans l'emploi: les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine », rapport du programme «Égalité des chances » de la French American Foundation », mars, 2009
 SABBAGH, S., « Éléments de réflexion sur la mesure de la « diversité » et des discriminations », *La Vie des idées*, 13 octobre 2009. ISSN: 2105-3030. URL: <http://www.laviedesidees.fr/Elements-de-reflexion-sur-la.html>

g. Etrangers/ Immigrés/ Immigration/ Intégration/Assimilation

- **Ouvrages**

ALBA, R. D., NEE, V., *Remaking the American Mainstream: Assimilation and contemporary Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, 2003
 AUBIN, E., *Droit des étrangers*, Gualino, Lextenso Editions, 2009
 BADIE, B., WIHTOL DE WENDEN, C., (dir.), *Le défi migratoire*, Paris, Presses de la fondation nationales des sciences politiques, 1994
 BARREAU, J.- C., *De l'immigration en général et de la nation française en particulier*, Paris, Le pré aux Clercs, 1992
 BEGAG, A., *L'intégration*, Idées reçues, Le Cavalier Bleu Editions, 2003
 BENSIMON, D., *L'immigration des juifs nord-Africains en France*, Mouton, 1971
 BERNARD, P., *Immigration : le défi mondial* Monde actuel, Folio, 2002
 BLANC CHALEARD, M.C., *Histoire de l'immigration*, La découverte, 2001
 DESMOND, K., *Making Americans, Immigration, race and the origin of diverse democracy*. Cambridge (mass), Harvard University Press, 2000
 D'HIRIBANE, P., *Les immigrés de la République, Impasses du multiculturalisme*, La couleur des idées, Paris, Seuil, 2010
 DUPAQUIER, J., *Politiques de l'immigration*, PUF, Paris, 1998
 COLLOMP, C., et MENENDEZ, M., (dir.), *Amérique sans frontière. Les Etats-Unis dans l'espace nord-américain*, St Denis: Presses Universitaires de Vincennes, 1996
 ENZENSBERGER, H.-M., *La Grande migration*, Gallimard, Paris 1995
 FERRO, M., *Le livre noir du colonialisme. XVI e-XXI e siècle: le l'extermination à la repentance* , Pluriel histoire, Hachette Littératures, 2003
 FILBY, P. W., *Passenger and Immigration Lists Bibliography 1538-1900: Being a Guide to Published Lists of Arrivals in the United States and Canada*. 2nd ed. (Detroit: Gale Research Co, 1988
 GARBAYE, R., *Emeutes vs. Intégration, Comparaisons franco-britanniques*, Sc.Po, Les presses, Paris, 2011
 GIRARD, A., STOETZEL, J., *Français et immigrés. L'attitude française. L'adaptation des italiens et des polonais*, Cahier n°19, PUF, 1953
 GORDON, M., *Assimilation in american life*, 8eme ed., New York, Oxford University Press, 1964
 GOUREVITCH, J.P., *Les migrations en Europ : Les réalités du présent, les défis du futur*, Acropole Belfond, 2007
 HABERMAS, J., *L'intégration républicaine. Essai de théorie politique*, « L'espace du politique », Fayard, 1998
 HAJJAT, A., *Immigration postcoloniale et mémoire*, Paris, L' Harmattan, 2005
 HOLLIFIELD, J., *L'immigration et l'Etat Nation*, l'Harmattan, Paris, 1997
 HOOWITZ, D. L., NORIEL, G., (dir.), *Immigrants in two democracies: French and Amercian experience*, New York University Press, 1992
 JACOBY, T., *Reinventing the melting pot. The new immigrants and what it means to be American*, New York Basic Books, 2003

- KASPI, A., *Les Américains, Les Etats-Unis de 1607 à nos jours*, Paris, Seuil, 1986.
- KASTORYANO, R., *La France, l'Allemagne et leurs immigrés : négociant l'identité*, Paris, Armand Collin, 1996
- KARA, M., *Les tentations du repli communautaire. Le cas des franco Maghrébins en général et des enfants harkis en particulier*, l'Harmattan, 1997
- KHELLIL, M., *Sociologie de l'intégration*, PUF, Que sais-je ?, Paris 1997
- LAMPHERE, L., *Structuring diversity. Ethnographic perspectives on the new immigration*, Chicago, University of Chicago Press, 1992
- LE BRAS, H., *Le démon des origines. Démographie et extrême droite*, éd de l'Aube, 1998
- LE BRAS, H., TODD, E., *L'invention de la France, Atlas anthropologique et politique*, Le livre de Poche, coll. Pluriel, 1981
- LEMAY, M.C., BARKAN, E.R., *US immigration and naturalization laws and issues: A Documentary History*. Westport, CT: Greenwood., 1999
- LEQUIN, Y., (dir) *Histoire des étrangers et de l'immigration en France*, Paris, Larousse 1992
- MAUCO, G., *Les étrangers en France, leur rôle dans l'activité économique*, Paris, Armand Colin, 1932
- MERLE, J-F., *Recensement ethnique dans la République*, Le monde, 21 novembre 2006
- NEWMAN'S, J.J., *American Naturalization Processes and Procedures 1790-1985* (Indiana Historical Society, 1985
- NORIEL, G., *Le Creuset français. Histoire de l'immigration XIXE-Xxè Siècle*, éd. Du seuil, 1988
- PONTY, J., *Polonais méconnus, histoire des travailleurs immigrés en France dans l'entre- deux guerres*, Paris, Publication de la Sorbonne, 1988
- PORTES, A., RENBATN, R., *Ethnicities. Children of immigrants in America*. Brekeley Uc. Press 2001
- PORTES, A., RENBATN, R., *The story of the second generation*, University of California Press, 2001
- PORTES, A., RENBATN, R., *Immigrant America*, USC Press, 3 ème édition, University of California Press, 2006
- RÉA, A., TRIPIER, M., *Sociologie de l'immigration*, Repères, la Découverte, 2003
- SALA MOLINS, L., *Le code noir*, Paris, PUF, 1987
- SCHNAPPER, D., *La France de l'intégration. Sociologie de la nation en 1990*, Paris, Gallimard, 1991
- SCHNAPPER, D., *Qu'est-ce que l'intégration ?*, Folio Actuel, Gallimard, 2007
- SIMON, P., *L'immigration et l'intégration dans les sciences sociales en France depuis 1945*, Dewitte Ph, 1999
- SIMON, P., *La catégorisation statistique des « immigrés ». Analyse des inégalités et lutte contre les discriminations*, In : *Sida, immigration et inégalités : nouvelles réalités, nouveaux enjeux*, Paris, ANRS, 2002
- SCHUCK, P. H., *Diversity in America*, Harvard Up, 2003
- TODD, E., *Le destin des immigrés. Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Paris, éd. Du Seuil, 1994
- TRIBALAT, M., *Faire France. Une enquête sur les immigrés et leurs enfants*, La Découverte, 1995
- TRIBALAT, M., *De l'immigration à l'assimilation, enquête sur la population d'origine étrangère en France*, Ined, La Découverte, Paris, 1996
- ULLMO, S., (dir.), *L'immigration américaine, exemple ou contre-exemple pour la France ?*, Paris, l'Harmattan, 1994
- VANDENDRIESSCHE, X., *Le droit des étrangers*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2005
- VAN EECKHOUT, L., *L'immigration*, Collection Débat Public, 2006
- W.D. Borris, *The cultural Integration of Immigrants*, Paris, Unesco , 1959
- WEINER, M., *The global migration crisis*, Harper Collins, New York 1995
- WEIL, P., *La France et ses étrangers*, Paris, Gallimard, coll. Folio- Actuel, 1995
- WITHOL DE WENDEN, C., TINGUY, A., « *L'Europe et toutes ses migrations* », Complexe, 1995
- WEIL, P., *La France et ses étrangers, l'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Folio histoire, Paris, 2004
- WEIL, P., *Qu'est-ce qu'un français*, Folio Histoire, Gallimard, 2004
- WEIL, P., *La France et ses étrangers*, Paris, Gallimard, 2005
- WRENCH, J., *Diversity Management and Discrimination. Immigrants and Ethnic Minorities in the EU*, Ashgate, 2007

WOODWARD, C.V., *The Strange Career of Jim Crow* (1966). *The Columbia Encyclopedia, Sixth Columbia University Press, 2004.*

ZANGWILL, I., *The melting Pot. Drama in four acts*, (1909), rééd. de la 2^e éd. Révisée avec une postface de l'auteur (1914), New York, Arno Press, 1975

ZOLBERG, A., SUHRKE, A., AGUAYO, S., *Escape from violence: conflict and the refugee crisis in the developing world*, New York: Oxford University Press, 1989

ZOLBERG, A. R., *A nation by design, Immigration Policy in the Fashioning America*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2006

- **Articles**

ALEXIS, S., « De l'étranger à l'immigré », *In Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 129, septembre 1999. Délits d'immigration. pp. 50-56

BISON, A., « Le contrat d'accueil et d'intégration », *Immigration, Intégration, Regards sur l'actualité*, La documentation française, n°299, mars 2004, pp.42-43.

BLUM, A., « Comment décrire les immigrés ? A propos de quelques recherches sur l'immigration » *Populations*, n°3, 1998, pp.569-587

BOURGAREL, A., « Immigration et ZEP », *Cahiers pédagogiques*, n°309, décembre 1992, .p24

BODY-GENDROT S., « Les immigrants dans la vie politique aux Etats-Unis et en France », *In Revue européenne de migrations internationales*, Vol. 4 N°3. pp. 7-22.

BRUBAKER, R., « De l'immigré au citoyen », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n°99, sept, 1993, p.3-25.

CHEVALLIER, J., « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, n°250, avril 1999, p.8

DA SILVA, M., « Ces françaises victimes d'un droit personnel étranger », *le Monde Diplomatique*, Novembre 2005, pp.30-31.

HOROWITZ, D., « Europe and America: a comparative analysis of « ethnicity » », *Revue européenne des migrations internationales*, 47 (1989), pp.47-61.

FOUCRIER, A., « La législation en matière d'immigration et l'image de l'immigrant aux Etats-Unis, » *Hérodote*, 85, 1997, 133-142.

FOUCRIER, A., « Immigration et citoyenneté aux Etats-Unis: la dialectique de l'inclusion et de l'exclusion, » *Revue de l'AFEA*, 75, 1998, 5-22.

GAILLARD, A.M., « Assimilation, insertion, intégration, adaptation: Un état des connaissances », *Hommes & Migrations*, n° 1209, septembre-octobre 1997, pp. 119-130

LABAYLE, H., « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné », *RFDA*, septembre-octobre 2011, pp. 934-950

LOCHAK, D., « Les droits des étrangers, entre égalité et discriminations », *in Immigration et intégration*, L'état des savoirs, La Découverte, 1999, 439p., pp. 310-319.

LOCHACK, D., « La loi sur la maîtrise de l'immigration: analyse critique », *Immigration, Intégration, Regards sur l'actualité*, La documentation française, n°299, mars 2004, pp.13-28, pp.23-24.

LOCHAK, D., « La citoyenneté un concept juridique flou », *in Dominique Colas, Claude Émeri et Jacques Zylberberg (éd.), Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, Puf, 1991, pp. 179-207

LOCHAK, D., « L'appartenance saisie par le droit », *in GOTMAN, A., (dir). Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004. p.3

LOCHAK, D., « Rupture ou engrenage » *Plein droit*, n°88, mars 2011, p.3

MAUCO, G., « L'immigration étrangère en France et le problème des réfugiés », *revue l'Ethnie Française*, n°6, mars 1942, pp 6-15.

MERLIN, P., « Les populations immigrées », *in « La population européenne et ses problèmes »*, *Revue de l'institut de géopolitique des populations*, n°1, 2000, p. 107-123

MOORE, K.M., « U.S. Immigration Reform and the Meaning of Responsibility », *Studies in law, Politics and society* 20, 2000, p.126.

OLEKHMOVITC, G., « La notion d'assimilation au sens des dispositions du Code civil relatives à la nationalité française », *Rev.crit.dr.internat.privé*, 1995, n°4, p.882.

RASKIN, J., *Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical Meanings of Aline suffrage*, *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 141 :1391-1470

SIMON, P., MARTINIELLO, M., « Les enjeux de la catégorisation. Rapport de domination et luttes autour de la représentation dans les sociétés post migratoires », *Revue européenne des migrations internationales*, V 21, No 2, 2005, p.7-17.

TIBON-CORNILLOT, M., « Le défi de l'immigration maghrébine », in « *Groupement pour les droits des minorités, Les minorités à l'âge de l'Etat – Nation ?* », Paris, éd. Fayard, 1985, 320 p., p.295.

WEISSBRODT, D., DANIELSON, L., « *Immigration Law and Procedure* », 5^{ème} ed, Saint Paul Minn., Thomson, West, 2005, 656 p., p.11

ZARING, D., *Informal Procedure, Hard and Soft*, in *International Administration*, 2005, V 5 CHI. J. INT'L L. 547, 592

- **Dossiers, Rapports, Sites**

A.D.R.I., « *Guide pratique de l'intégration* », la Documentation française, 2002

DOSSIER: Regards sur l'actualité, « *Immigration, Intégration* », la Documentation Française N°2999, mars 2004

RAPPORT DU HCI, « *La France sait-elle encore intégrer les immigrés ?* » *Bilan de la politique d'intégration en France depuis vingt ans et perspectives*. Décembre 2010, 144p.p.25.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000211/0000.pdf>, Consulté le 31.08.2011.

RAPPORT DU HCI, « *Lutter contre les discriminations. Faire respecter le principe d'égalité* », rapport au premier ministre, La Documentation Française, 1998

h. Colonisation/ Conquête/ Traite Négrière/ Esclavagisme

- **Ouvrages**

BANCEL, N., BLANCHARD, P., LEMAIRE. S., (dir), *La fracture coloniale*, Paris, La découverte / Poche, 2006, 315 p.

CALVET, L.J., *Linguistique et colonialisme*, Petite bibl. Payot, 1979

COLAS, D., EMERI, C., ZYLBER, J., (dir.), *Citoyenneté et nationalité, Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991

CURRAT, P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale Internationale*, Collection Genève, Bruylant, 2006

DELACAMPAGNE, C., *Histoire de l'esclavage. De l'Antiquité à nos jours*, Paris, Le livre de poche, 2002

LAMPUE, P., ROLLAND, L., *Précis de législation coloniale*, Dalloz, 1940

MANCERON, G., *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, la Découverte, 2003

- **Articles**

BRUSCHI, C., « La nationalité dans le droit colonial », *Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique* n° 18, 1987/88, p. 29.

- **Dossiers, Rapports, Sites**

DOSSIER : *Revue Internationale des Sciences Sociales, Mémoire de l'esclavage, Les communes microbiologiques*, UNESCO/ERES, N°188

i. Race/ Ethnies/ Ethnicité

• Ouvrages

- ANDERSON, M.L., HILL COLLINS, P., *Race, Class, and Gender*. Belmont Calif, Wadsworth, 1993
- AMSELLE, J.L., M'BOKOLO, E., (dir.), *Au cœur de l'ethnie :ethnies, tribalisme et Etat en Afrique*, Paris, La Découverte, 1985
- BALIBAR, E., WALLERSTEIN, I., *Race, Nation, Classe, les identités ambiguës*, La découverte/Poche, 1998
- BANTON, M., *Racial and Ethnic competition*, Gregg Revivals, Great Britain 1992
- BANTON, M., *Racial theories*, Second edition, Cambridge University Press, 1998
- BANTON, M., *Les groupes ethniques et leur frontières*, Paris, PUF, 1999
- BERNOT, L., *Les « nous » et les « ils » : contribution à l'étude des relations inter-ethniques*, Ethnies, Paris, 1972
- BEAN, F.FRISBIE, W. P., *The demography of racial and ethnic groups*, Academic Press, 1978
- Cahiers internationaux de Sociologie, *Ethnies: revendications et conflits*, Cahiers internationaux de sociologie, Paris, 1976
- CAHEN, M., *Ethnicité politique: Pour une lecture réaliste de l'identité*, Paris, L'Harmattan, 1994
- CANFIELD, R., *The ecology of rural ethnic groups and the spatial dimensions of power*, American anthropologist, Washnignton, 1973
- CHRÉTIEN, J.- P., PRUNIER, G., (dir.), *Les ethnies ont une histoire*, Paris, Karthala, 198
- CASTALDO, A., Préface de TAUBIRA, C., *Codes noirs, De l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006
- DIGARD, J.- P., *Le fait ethnique en Iran et en Afghanistan*, Paris, Editions du CNRS, 1988
- FASSIN, E., (dir.), *De la question sociale à la question raciale ?*, La découverte, Paris, 2006
- FASSIN, D., FRAUDEL, F., *L'identité de la France*, Paris, Arthaud-Flammarion 1986, t.2,
- FRAZIER (E. FRANKLIN), "Race and culture contacts in the modern world", Boston, Beacon press, 1957
- FISHMAN,J-A., *Language and ethnicity*, H.Giles (ed.), *Language, Ethnicity and Intergroup Relations*, London, New York, San –Francisco, Academic Press, 1977
- FOURRIER, M., VERMES, V.,(ed.), *Ethnicisation des rapports sociaux, racismes, nationalismes, ethnicismes et culturalismes*, Paris, L'Harmattan, ENS, Fontenay/Saint -Cloud, 1994
- FRITZ, J.C., *La nouvelle question indigène*, Paris, l'Hermattan, 2006
- FUCHS, L.H., *Thinking about immigration and ethnicity in the United States*, in HOROWITZ, D.L., *Immigration and group relations in France and America*, New York University Press, 199
- GLAZER, N., *Affirmative discrimination, Ethnic Inequality and Public policy*, (1975), 2 ème éd., New York, Basic Books, 1978
- GROSSMANN, R., MICLO, F., *La République minoritaire. Contre le communautarisme*, Paris, Michalon, 2002
- GONZALEZ, N. L., MACCOMMON, C.S., *Conflict, migration and the expression of ethnicity*, Boulder, London, Westview Press, 1989
- GREELEY, A., *Ethnicity in the United States: A Preliminary Reconnaissance*, New York, Wiley, 1974
- HARRIS, M., *Patterns of Race in the Americas*, New York, Norton, 1964
- HARRISON, R.J., *Inadequacies of multiple-response race data in the deferal statistical system*, , in SKERRY, P., *Counting on the census ? Race, Group Identity, and the evasion of Politics*, Brookings Institution Press, 2000
- HIERNAUX, J., *Race*, in BONTE, M., et IZARD, M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 1991
- HUTCHINSON, J., SMITH, A., (DIR.), *Ethnicity*, New York, Oxford University Press, 1996
- JENKINS, R., *Rethinking ethnicity, Arguments and explorations*, Sage publications, 1997.
- JIOBU, R. M., *Ethnicity and assimilation*, New York, State University of New York Press, 1988
- KAHLENBERG, *The remedy: Class, race, and affirmative action*, BasicBooks (New York) , 1996
- LACROIX, B., *L'utopie communautaire*, Paris, Puf, 1981
- LOPEZ, I.H., *White by the law, The legal construction of race*, New York University Press

MAFFESOLI, M., *Le temps des tribus. Le déclin de l'individualisme dans les sociétés post-modernes*, Paris, La Table Ronde, 2000

MAROUF, N., « *Identité- communauté* », Paris, L'Harmattan, 1998

POUTIGNAT, P., SREIFF-FENART, J., *Théorie de l'ethnicité*, Le sociologue, Puf, Paris, première édition 1995, 2^{ème} édition 1999

ROTHENBERG, P. S., *Race, Class, and Gender in the United States: An integrated study*, 4th ed. New York: St. Martin's Press, 1998

RUCHAMES, L., *Race, jobs and politics: the story of FEPC*, New York: Columbia University Press 1953

SHAPIRO, I., KYMLICKA, W., (Dir.), *Ethnicity and group rights*, New York, New York University Press, 1997

SCHOR, P., *Compter et classer: histoire des recensements américains*, Paris, Presses de l'EHESS, 2009

SKERRY, P., *Counting on the census? Race, Group Identity, and the evasion of Politics*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000

SMITH, A.D., *The ethnic sources of nationalism* in Brown Michael E., (ed.) *Ethnic conflict and international security*, N.J., Princeton University press, 1993

TAGUIEFF, P.- A., *Les fins de l'antiracisme*, Michalon, coll. Idées et controverses, Paris, 1995

TONNIES, F., *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, (1^{ère} éd., 1887) Paris, Retz, 1977

- **Articles**

CALVES, G., « Il n'y a pas de race ici ! » « Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale* n°17 - octobre 2002, pp. 173-186, p. 174

CARBADO, D., GULATI, M., « What Exactly is Racial Diversity ? », *California Law Review*, vol. 91, no 4, 2003, p. 1159.

CASTALDO, A., « A propos du code noir (1685) » *Les cahiers aixois d'histoire des rois de l'Outre-mer français*, No 1, 2002, pp. 19-30, p.26.

Dossiers, « La lutte contre les discriminations raciales », *Immigration, Intégration, Regards sur l'actualité*, La documentation française, n°299, mars 2004, pp.53-68, p.54

DOUBLET, J., AYMOND., « La francisation des noms d'étrangers », *Population*, 1946, vol. 1, n° 3, p. 550

EMERI C., « Gerrymander, Gerrymandering », in PERRINEAU P., REYNIÉ, D. (dir.), *Dictionnaire du vote*, Paris, PUF, 2001, pp. 483-484

FOURNEL, J.-L., ZANCARINI, J.-C., « Ethnie/ethnique ou l'ethnique c'est les autres », *Cités*, n°2, 2000, pp.189-195

FRANCIS, E.K., « The nature of the Ethnic Group, *American Journal of Sociology* », March 1947, vol.52, n°5, pp.393-400.

GHIRARDELLO, A., « Inégalités de « classes » et inégalités de « races : *Etat et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique?* », Conférence Paris, 11-13 Septembre, 2006, p.6

GHIRARDELLO, A., « Inégalités de « classes » et inégalités de « races » : quels enjeux pour les politiques sociales », Colloque, *Etat et régulation sociale*, CES-Matisse, Paris, 11-13 septembre 2006

HERAN, F., « France/ Etats-Unis: deux visions de la statistique des origines et des minorités ethniques », *Santé, société et solidarités*, n°1, 2005, p.167-169

HIERNAUX, J., « Race », in MICHEL, B., et MICHEL, I., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 1991, 755p, pp. 611-612

HURTADO, S., (Dir.), « Enhancing campus climates for racial/ethnic diversity », *The Review of Higher Education*, 21(3), 1998, pp. 279-302

LOCHAK, D., « La race, une catégorie juridique ? », *Mots*, n°33, 1992, pp.291-303, p.295-296, p.301-302

JURET, A., « La francisation des noms de personnes » in *Population*, 2e année, n°3, 1947 pp. 451-464

Journal of Asian and African Studies, *Ethnic identities and prejudices: perspectives from the third world*, *Journal of Asian and African Studies*, Leiden, Toronto, 1985

KORMAN, C., « La répression des discours racistes en France », RTDH, 2001, pp. 385-401

LAGUERRE, B., « Les dénaturés de Vichy, 1940-1944 », Revue Vingtième siècle, Oct-Dec. 1988, n°20, p-3-15

LE DEVIN, W., « Des noms interdits », Libération, 20 janvier 2010

LOCHAK, D., « La race : une catégorie juridique ? », in Actes du colloque *Sans distinction de...race* (27 et 28 mars 1992) publiés par les Presses de la FNSP, revue Mots n° 33, 1992, p.291

LOW, S.M., « Construire l'exclusion à travers les communautés fermées », Les annales de la recherche urbaine, n° 93, 2003, pp.149-157

MAILLARD, J., « Les associations dans l'action publique locale: participation fonctionnalisée ou ouverture démocratique ? », Lien social et politiques, n° 48, 2002, pp. 53-65

SIMON P., « Pour les statistiques ethniques », in SLAMA, S., (dir.) Les discriminations selon l'origine, Problèmes politiques et sociaux, Paris, La document française, n° 966, novembre 2009, pp.96-98, p. 96

TAGUIEFF, P.A., « Le nouveau racisme de la différence » in BETTATI, M., et KOUCHNER, B., (dir.), *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987, 300p. , p.261

-TAMBIAH, S.J., « Ethnic conflict in the world today », 1988 AES distinguished lecture, American Ethnologist, 16 (2), May 1989, p.335-349

VAN EECKHOUT, L., « Recensement « ethnique » : le débat français », le Monde, 9 novembre 2006. Actes de la Recherche en sciences sociales, « *L'identité* », Actes de la Recherche en sciences sociales, Paris, 1980

j. Groupes/ Minorités/ Tribus/ Peuples Autochtones

• Ouvrages

ANZIEU, D., MARTIN, J.-Y., *La Dynamique des groupes restreints*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, (1^{ème} éd.: 1968), 1973

ALCOCK, A., TAYLOR, B., WELTON, J., *The future of cultural minorities*, The Mac Millan Press Ltd, 1979

ASANTE, M., MATTSON, M.T., *The historical and cultural atlas of African Americans*, New York: Macmillan, 1991

BANTON, M., *Racial and Ethnic competition*, Gregg Revivals, Great Britain 1992

BACHARAN, N., *Histoire des noirs américains au XX^e siècle*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1994

BELHADDAD S., *Entre deux Je. Algérienne? Française? Comment choisir?*, Paris Mango, 2001

BEAN, F., TIENDA, M., *The Hispanic population of the United States*, New York, Russel sage foundation, 1987

BIDEGRARAY, C., (Dir.), *Europe occidentale: le mirage séparatiste*, Paris, Economica, 1997.

BLALOCK HUBERT M. J.R., *Toward a theory of minority- groups relations*, John Wiley and Sons, Inc, 1967

BODY GENDROT, MASLOW-ARMAND,L., STEWART, D., *Les noirs américains aujourd'hui*, Armand Colin, 1984

BOEV, I., *Thèse de doctorat, Règlement européen des problèmes minoritaires en Europe de l'Est.* « Formation d'un corpus juridique relatif aux minorités et institutionnalisation de ses mécanismes d'application » soutenue en nov. 2003 à l'université de Nancy 2.

BOWLER, S., SEGURA, G.M., *Diversity in Democracy, Minority representation in the United States*, Charlottesville: University of Virginia Press, 2005

BROLMANN, C., LE FEBER, R., ZIECK, M., *Peoples and minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993

CHAN, S., *Asian Americans: An interpretive History*, Boston, Twayne Publishers, 1991

CHAVEZ, L., *Out of the barrio. Toward a new politics of Hispanic assimilation*, New York, Basic Books, 1992

CHEN, H.-S., *Chinatown No more. Taiwan immigrants in contemporary*, New York, Ithaca, Cornell University Press, 1992

CANBY, W. C., *American Indian Law*, « in a nutshell », West Group, 3rd edition, 1998, p.71.

CHRISTAKIS, T., *Le droit à l'auto-détermination en dehors des situations de décolonisation*, CERIC Aix-Marseille III, La documentation française, Paris, 1999

- DELORIA, VINE, Jr., Clifford, M. Lytle. *American Indians, American Justice*. Austin: University of Texas Press, 1983
- DINSTEIN, Y., TABORY, M., *The protection of Minorities and Human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992
- DINNERSTEIN, LEONARD, NICHOLS, RODEGER L., REIMERS, D. M., *Natives and strangers. Blacks, Indians, and immigrants in America*, New York, Oxford University Press, 2 e éd., 1990
- DHOMMEAUX, J., *Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la cour Interaméricaine des droits de l'homme* in HENNEBEL, L., et TIGROUDJA, H., (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, A. PEDONE – PARIS – 2009, 413p., pp.183-187.
- DUVAL, J., *L'épopée des tirailleurs sénégalais*, Paris, L'Harmattan, 2005, 450 p.
- ERTEL, R, FABRE, G., MARIENSTRAS, E., *En marge. Sur les minorités aux Etats-Unis*, Francois Maspero, 1971
- FENET, A., et SOULIER, G., (Etudes réunies par), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989
- FENET, A., G. KOUBI, SCHULTE-TENCKOFF, I., ANSBACH, T., *Le droit et les minorités, Bruxelles*, E. Bruylant, (1995), 2^e ed, 2000
- FREEMAN, R.D., *Bilingual Education and Social Change*, Philadelphia, Multilingual matters, 1998
- FOREMAN, G., *Indian Removal: The Emigration of the Five Civilized Tribes of Indians*, Norman, Oklahoma, University of Oklahoma Press, (1932), 11^{ème} éd. 1989.
- FOHLEN, C., *Les Noirs aux Etats-Unis, Que sais-je ?*, PUF, 10^{ème} édition, 1999
- FRAZIER, E. F., *The negro Family in Chicago*, Chicago, University of Chicago, 1932
- GEORGE, P., *Géopolitique des minorités*, Que sais-je?, PUF, 1984
- GLAZER, N., *Les juifs Américains, du XVIIe siècle à nos jours* », Calmann-Lévy, 1972
- GLAZER, N., MOYNIHAN, D. P., *Beyond the melting pot. The negroes, Puerto Ricans, Jews, Italians and Irish of New York City*, (1963), 2 e éd., Cambridge (MASS), m.i.t. Press, 1989
- GIUSEPPI, M. S., *Naturalizations of Foreign Protestants in the American and West Indian Colonies*
- GUTIERREZ, D. G., *Walls and mirrors. Mexican Americans, Mexican Immigrants and the Politics of ethnicity*, Berkeley, University of California, 1995
- HACKER, A., *Two nations. Black and white, Separate, Hostile, Unequal*, New York, Charles Scribner's sons, 1992
- HANNUM, H., *Documents on autonomy and minority rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993
- HERACLIDES, ALEXI, *The self determination of minorities in international Politics*», Geat Britain, Frank Cass, 1991
- HERO, R., *Latinos ans the U.S. Political system. Two tiered pluralism*, Philadelphie, Temple University Press, 1992
- KANELLOS, N., ESTEVA-FABREGAT, C., *Handbook of Hispanic cultures in the United States*, Houston, Tex, Arte Publico Press, 1993
- KARA, M., *Les tentations du repli communautaire- La cas des Franco Maghrébin en général et des enfants des Harkis en particulier*, L'harmattan, 1997
- KIM, HYUNG-CHAN, *Dictionary of Asian American history*, New York, Greenwood Press, 1986
- KYMLICKA, W., *The rights of minority cultures*, Oxford University Press, 1995
- KOUBI, G., *Droit et minorités dans la République Française*, Bruxelles, 1995
- LAJOIE, A., *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, Paris, PUF, 2002
- LAPEYRONNIE, D., *L'individu et les minorités, La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*, Paris, PUF, 1993
- LAPONSE, J.A., *The protection of minorities*, Berkeley, University of California Press, 1960
- LASSALLE, D., *Les relations interethniques et l'intégration des minorités au Royaume Uni. Théories et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2002
- LEVY, C., *Les minorités ethniques aux Etats Unis*, Ellipses, 1997
- LEVRA, N., (dir.), *Minorités et organisation de l'Etat*, Quatrième Colloque International Du Centre International De La Common Law En Français, Bruylant Bruxelles, 1998
- LEWIS, B., *Muslims, Christians and Jews: the dream of coexistence*, New York Review of books, 26 mars 1992
- LINTON, R., (dir.), *Acculturation in Seven American Indian Tribes*, New York, Appleton Century, 1940

- MEIR, M., RIVERA, E., *Dictionary of Mexican American History*, Westport, conn, Greenwood Press, 1981
- MOORE, J., PINDERHUGHES, R., (Dir.), *In the barrios. Latinos and the underclass debate*, New York, Russel sage foundation, 1993
- MOUTOUH, M., *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse pour le doctorat en droit, 1996, sous la dir. De J. du Bois de Gaudusson, Université Montesquieu-Bordeaux-IV, p.262.
- MYERS, J., P., *Dominant-minority relations in America, Convergence in the New World*, 2nd éd., (2003), Pearson Education, Inc., 2007
- NOBLET, P., *L'Amérique des minorités. Les politiques d'intégration*, Paris, L'Harmattan, 1993
- NOREAU, P., WOEHLING (dir.), *Diversité des appartenances culturelles et réaménagement des institutions politiques et de la citoyenneté*, Montréal, Wilson Lafleur, 2004, p.10.
- NORIEL, G., *Le massacre des italiens. Aigues-Mortes, 17 août 1893*, Paris, Fayard, 2010, 294p.
- PARAIRE, P., *Les noirs américains: Génération d'une exclusion*, Paris, Hachette, 1993
- POP NDIAYE, *La condition noire*, Calman Levy, 2008. NDIAYE, P., *La condition noire, Essai sur une minorité française*, Clamann Lévy, Paris, 2008
- PENTASSUGLIA, G., *Les minorités en droit international*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2004
- PETRE-GRENOUILLEAU, O., *Les traites négrières, Essai d'histoire globale*, éd., Paris, Gallimard, 2004
- REX, J., *Ethnic minorities in the modern nation state*, Working papers in the Theory of multiculturalism and political integration, Londres, Macmillan Press, 1996
- RIEDEL, S., *Minorités nationales en Europe et protection des droits de l'Homme: un enjeu pour l'élargissement*, Politique étrangère 3/2002
- ROULAND, N., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, P.U.F., coll " Droits fondamentals", Paris, 1996
- ROULAND, N., *Les politiques juridiques de la France dans le domaine linguistique*, R.T.D.C. 1998
- SKRENTNY, J.D., *The Minority Rights Revolution*, Cambridge, Belknap Harvard, 2002
- SKERRY, P., *Mexican Americans. The ambivalent Minority*, New York, Free Press, 1993
- STAVANS, ILAN, *Hispanic USA: The search for identity*, American Prospect, Automne 1993
- THOMAS, W.I., ZNANIECKI, F., *The polish peasant in Europe and America*, 5 vol., Boston, 1918-1920.
- THORNBERRY, P., MARTIN ESTEBANEZ, M., *Minority rights in Europe*, Council of Europe Publishing, mars 2004
- TIBURCIO, C., *The human rights of aliens under international and comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001
- TORRES, A., *Between Melting-pot and mosaic. African Americans and Puertoricans in the New York*, Political Economy, Philadelphie, Temple university Press, 1995
- WAX, M., *American Indians: Unity and diversity*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1971
- VANDERLINDEN, J., *Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998

- **Articles**

- BELKACEMI, N., « Les autochtones français : populations ou peuples ? », in *Les Autochtones de L'outre-mer Français*, Droit et Culture n°37, Paris, l'Harmattan 1999/1, 316p.
- BENOIT- ROHMER, « Les langues officieuses de la France » in *Langue(s) et constitution (s)*, p.4 et s.
- BENOIT-ROHMER, F., « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p.563-586
- BURNETT, Donald L., Jr., « An Historical Analysis of the 1968 'Indian Civil Rights Act » , *Harvard Journal of Legislation* 9 (May 1972): 557-626
- CASEY, JAMES, A., « Sovereignty by Sufferance: The Illusion of Indian Tribal Sovereignty », *79 Cornell Law Review* 404, 413 (1994)
- CLASTRES, P., « *Ethnocide* », in *Encyclopedia Universalis*, Encyclopedia Universalis Editeur, Paris, France 2002, vol.8, pp 888-90
- DE WITTE, B., « Minorités nationales, reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, n° 57-1991, p.126-127
- FALK, R., « The rights of Peoples in Particular Indigenous Peoples) », in CRAWFORD, J., *The rights of Peoples*, Oxford Clarendon Paperback, 1988, repr. 1992, 236p., pp. 17-37

HAARSCHER, G., « Pour les minorités, L'identité ou la justice? », in BERNIS, T.,(dir.), *Le Droit saisi par le collectif*. Bruxelles, Bruylant, 2004.pp.45-57

LANTERO, C., « L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination », RDP, n°3-2009 ; pp.816-851

LAVELLE, J. P., « The General Allotment Act "Eligibility" Hoax: Distortions of Law, Policy, and History in Derogation of Indian Tribes», *Wicazo Sa Review* Vol. 14, No. 1, Indigenous Resistance and Persistence (Spring, 1999), pp. 251-302 Published by: University of Minnesota Press. Article Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1409527>

LE BERRE, C., « Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *Revue de droit Public*, n°3-2008, pp.891-920

SABBAGH, D., « La représentation électorale des minorités ethno-raciales aux Etats-Unis », *Revue Internationale de Politique Comparée*, Vol. 11, n° 3, 2004, pp.457-469

SABBAGH, D., « Le statut des « Asiatiques » aux Etats-Unis, L'identité américaine dans un miroir », *Critique internationale* n°20 - juillet 2003, pp. 69-92

ROULAND, N., «L'émergence du droit des minorités et des peuples autochtones dans les conventions et traités internationaux », in ROULAND, N., (dir.), *Le droit à la différence*, AIX, P.U.A., 2002, 310 p., pp.191 et s

RUZIE, D., « L'indemnisation des victimes des spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation en France », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 1351-1370.

VERHOEVEN, J., « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », R.T.D.H., avril 1997, n°30, p.177

WACQUAND, L., « Reposer le problème noir américain », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°111-112, mars 1996, p.124

WOERHLING, J- M., «La promotion des langues régionales et minoritaires dans le projet de la Charte du Conseil de l'Europe, in PUIPIER, P., et WOEHRLING, J-M., *Langue et droit*, Wilson et Lafleur, 1989, pp.133 et s.

WOERHLING, J., « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, 2003-2004, vol.34. pp.93-155, cité dans

- **Dossiers, Rapports, Sites**

AVIS: Avis du CDDH sur la Recommandation 1994 (2012) sur un protocole additionnel à la Convention européenne sur les minorités nationales, CDDH: 75^e réunion – 19/22 juin 2012 CDDH(2012)R75, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/OPINIONS/Recommandation1994_2012_%20sur%20un%20protocole%20additionnel%20C3%A0%20la%20Convention%20europ%C3%A9enne%20sur%20les%20minorit%C3%A9s%20nationales..pdf, Consulté le 01.10.2012.

MÉMOIRE : RIALS, C., L., « Le statut des tribus indiennes en droit fédéral : Essai de définition », Mémoire pour le D.E.A. de Droits de Common Law, Sous la direction du PR. E. ZOLLER, Université de Panthéon –Assas (Paris II), Années 2001-2002, p.64

RAPPORT : Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme (HCDH), « Droit des minorités: Normes internationales et indications pour leur mise en œuvre », 2010

RAPPORT : Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Un Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur les minorités nationales, AS/Jur (2011) 46, 8 novembre 2011, fjdoc46 2011, <http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2011/fjdoc46.pdf>, Consulté le 01.05.12.

K. Religion/ Groupes Religieux/ Laïcité

- **Ouvrages**

ARMOGATHE, J.-R., WILLAIME J.-P., (dir.), *Les mutations contemporaines du religieux*, Paris-Turnhout, Brepol, 2003

AHLSTROM, S., *A religious history of the American people*, New York, Doubleday, 2 vol. 1975

BAUBEROT, J., *Histoire de la laïcité en France*, Paris, PUF, coll « Que sais-je ? », 2000

BAUBEROT, J., MILOT M., *Laïcités sans frontières*, La couleur des idées, Seuil, 2001

BARRIERE, L.A., *Le statut personnel des Musulmans d'Algérie de 1834 à 1862*, Édition universitaire de Dijon, 1993

BASBOUS, A., *L'islamisme- Une révolution avortée ?*, Hachette, 2000

CÉSARI, J., *Etre musulman en France. Associations, militants et mosquées*, Karthala/Ireman, 1994

CHARLIER-DAGRAS, M.-D., *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne, Pluralisme et convergence*, L'Harmattan, Paris, 2002

DEBRAY, R., *Ce que nous voile le voile*, Paris, Gallimard, 2003

DURAND-PRINBORGNE, *La laïcité*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996

DURAND- PRINBORGNE, *La Laïcité*, Connaissance du droit, Droit Public, Dalloz, Paris, 1996

C., HAARSCHER, G., *La laïcité*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, coll « Que sais-je ? », 2004

FELDMAN, N., *Divided By God, America's church-state problem- and what we should do about it*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2006

GREENAWALT, K., *Religions and the constitution*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, Vol.I

GOLDBERG, G., *Church, State and Constitution*, Regnery Gateway, Washington D.C., 1987

LAMCHICHI, A., *Islam, Islamisme et modernité*, l'Harmattan, 1994

LAMINE, A.-S., *La cohabitation des Dieux, Pluralité religieuse et Laïcité*, PUF, 2004

LEDEWITZ, B., *American Religious democracy, Coming to terms with the end of secular politics*, Praeger, Westport, Connecticut London, 2007

MORANGE, J., *Le régime constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne*, Paris, Litec, 1995

MYARD, J., (dir.), *La laïcité au cœur de la République*, Paris, L'Harmattan, 2004

POULAT, E., *Liberté laïcité. La guerre des deux France et le principe de la modernité*, Cerf-Cujas, 1987

RIVERO, J., *La notion juridique de Laïcité*, Recueil Dalloz, 1949

• Articles

AZRIA, R., « L'image du judaïsme en France », Hors-série Sciences Humaines, n° 41 Juin –Juillet - Août 2003

BAUBEROT, J., « Laïcité », in CANTO-SPEBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e Éd., vol 2, Paris, PUF, 2004, pp. 1059-1066.

BOSSUET, P., « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec: une même problématique, deux approches », Communication présentée à Montréal le 11 mai 2004, au 72^{ème} congrès annuel de l'ACFAS, dans le cadre du colloque « gouvernance politique et régulation de la diversité religieuse : perspectives comparatives France –Québec », p.4.

BUI-XUAN, O., « L'espace public. L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », RDP, mai-juin 2011, pp. 551-559.

CHEVALLIER-GOVERS, C., « La Charia et le pluralisme juridique en Malaisie à l'épreuve de l'Etat de droit », Doctrine, RDP, n° 1-2011, pp. 197-220.

CONKLE, D., O., « Expression et symbolisme religieux dans la tradition constitutionnelle américaine : neutralité de l'Etat mais pas indifférence », in ZOLLER, E., *La conception américaine de la laïcité*, pp. 153-177., p.175.

FORNEROD, A., « Religion et acquisition de la nationalité française », Revue du Droit Public, n°3-2009, pp.715-741, p.721.

FORTIER, V., « Justice civile, religions et croyances », R.R.J./D.P. 1998, p 961.

FROIDEVAUX-METTERIE, C., « Les Etats-Unis, une république laïque », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, 210p, pp.89-99.

Dossier « Laïcité et fonction publique », Les cahiers de la fonction publique février 1997, n°154.

GEDICKS, F., M., « Exemptions religieuses, neutralité et laïcité », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, p. 180

GREENHOUSE, C. J., « La séparation de l'Eglise et de l'Etat aux Etats-Unis : traduire ou trahir ? », in ZOLLER, E., *La conception américaine de la laïcité*, pp. 201-210, p.201.

KOUBI, G., « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ?, Réflexions à partir de PARIS, 8^{ème} ch., Sect B, 7 mai 1986 », J.C.P.1987, éd. G., I, 3292.

KOUBI, G., « Droits et religions: dérives ou inconséquences de la logique de conciliation », R.D.P. 1992, pp. 725 à 748.

LAYCOCK, D., « La religion et l'Etat aux Etats-Unis : affrontement des théories et changements historiques », pp. 35-70, p. 36.

LEVADE, A., « Epilogue d'un débat juridique: l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée !, Sem. Jur.. EG, 2010, n°43, p.1043 et s.

MARIN, K., « Employment Division v. Smith: *The Supreme Court Alters the State of Free Exercise Doctrine* », 40 American University Law Review, Vol. 40:1431-1991, pp.1431-1471, 1441.

MATHIEU, B., « La validation par le conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral »- La reconnaissance implicite d'un ordre public « immatériel », Sem. Jur., EG, 2010, n°42, p. 1018.

McCONNEL, M., W., « Religious Freedom at the Crossroads », University of Chicago Law Review, vol. 59 (1992), pp. 115 et s.

MALAURIE, P., « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française (CE 27 juin 2008) », JCP A 2008.2205.

McCONNELL, M., W., GARVEY, J., H., BERG, T., C., « Religion and the Constitution, New York, Apem, 2002, p. 212.

ONDOUA, A., « Le service public à l'épreuve de la laïcité: à propose de la neutralité religieuse dans les services publics », Droit administratif, n°12, Décembre 2008, 47 ème année, 22, pp-11-16.

PERRY, J., M., « Freedom of Religion in the United States: fin de siècle Sketches », Indiana Law Journal, vol. 75 (2000), pp. 295 et s.

PIERRE-CAPS, S., « Les nouveaux cultes et le droit public », Revue de Droit Public, 1990, p.1112

POST, R.C., « First Amendments Rights », in RAYNAUD, P., ZOLLER, E., (dir.), *Le droit dans la culture américaine*, Ed., Panthéon-Assas, Paris, 2001, p.47

RASCOFF, S., J., « Establishing official islam ? The Law and strategy of counter-radicalization », Stanford Law Review, Vol. 64 :125, January 2012, 288p., pp.125-189.

RICHET, I., « Les « Guerres scolaires » américaines : les Eglises, la Cour Suprême et la religion dans les écoles », Point de vue sur les politiques de l'identité, Revue Française d'Etudes Américaines, n° 96, mai 2003, pp. 114-126, p.115.

RIVERO, J., « Laïcité scolaire et origines d'appartenance religieuse: l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989 », R.F.D.A.1990, 9, p. 1.RIVERO, J., «La notion juridique de laïcité », in *La laïcité...*pp.257-264, p.257.

SAYAH, J., La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004, Doctrine droit constitutionnel, Revue du Droit Public, n°4- 2006, pp. 915-950, p. 916.

VALLAR, C., « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », Note de l'arrêt Conseil d'Etat, 2^e et 7^e s.-sectr réun., 27 juin 2008. Arrêt Mabchour., Recueil Dalloz-2009-n°5, p.346.

VERPEAUX, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public, AJDA 2010 ,2373 et s.

ZOLLER, E., « La laïcité aux Etats-Unis ou la séparation des Eglises et de l'Etat dans la société pluraliste », in ZOLLER, E., (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, 210p. , p.6.

- **Dossiers, Rapports, Sites**

Archives de Philosophie du droit, *La laïcité*, Tome 48, Dalloz, 2005

RAPPORT: *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France* , XIème Conférence des Cours constitutionnelles européennes. Rapport du Conseil constitutionnel français. Eléments rassemblés par Madame le Professeur Brigitte Gaudemet-Basdevant, Université Paris Sud, Faculté Jean Monnet, Novembre 1998

RAPPORT: HAUT COMMISSARIAT A L'INTEGRATION, *L'islam dans la République*, édité par la documentation française, novembre 2000, www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/014000017/index.shtml

THESE : FANTELLI, P. *Relations entre Etat et confessions religieuses. Le cas des instances représentatives islamiques dans le système italien et dans le système français*, Thèse de doctorat soutenue de 4 avril 2009, dir. B. Basdevant P. Moneta, thèse en co-tutelle, sout. Le vendredi 03 avril 2009, Mention très honorable, Paris Sud 11, Faculté Jean Monnet.

I. Identités Culturelles/ Relation Interculturelle/ Culture

• Ouvrages

- ABOU, S., *L'identité culturelle : relations interethniques et problèmes d'acculturation*, Ed. Anthropos, Paris, 1981
- ABOU, S., *Cultures et droits de l'Homme*, Hachette, Paris, 1992
- AUGE, M., *Culture et imaginaire: la question de l'identité*, Revue de l'institut de sociologie, Bruxelles, 1988
- AUGE, M., *Le sens des autres: Actualité de l'anthropologie*, Paris, Fayard, 1994
- BAYART, J.- F., *L'illusion identitaire*, Fayard, 2000
- BAUDRILLARD, J., *Figure de l'altérité*, Paris, Descartes et cie., 1994
- BEGAG, A., CHAOUITE, A., *Ecart d'identité*, Paris, Seuil, 1990
- BONNIOL, J-L., *La couleur comme maléfice. Une illustration créole de la généalogie des « blancs » et des « noirs »*, Paris, Albin Michel, 1992
- BRAUDEL, F., *L'identité de la France*, Arthaud-Flammarion, 1987
- BOCHNER, S., *Cultures in contact*, Studies in cross-cultural interaction, 1983
- CAMILLERI, C., COHEN EMERIQUE, M., (Sous la dir. De), *Choc de cultures: Concept et enjeux pratiques de l'interculturel*, Espaces interculturels, l'Harmattan, 1989.
- CAMILLERI, C., *Différences culturelles et laïcité*, Hommes et migrations n° 1129-1130, fev-mars 1990, p.37
- CUCHE, D., *La notion de culture dans les sciences sociales*, Repère, La Découverte, 2004
- DUBAR, C., *La crise des identités*, PUF, 2000
- DUCK, S., *Social context and relationships*, Sage Publications, 1993
- DUCK, S., *Dynamics of relationships*, Sage Publications 1994
- DUPIN, E., *L'Hystérie identitaire*, Le cherche midi, 2004.
- EHRENBERG, A., *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995
- ELIAS, N., *La société des individus*, Fayard, 1991
- FERREOL, G., JUCQUOIS, G., *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles*, Diversité, Armand Colin, 2003
- GLAZER, N., *Ethnic dilemmas, 1964-1982*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1983
- GOFFMAN, E., *Les rites d'interaction*, Paris, Minit, 1974
- KYMLICKA, W., MESURE, S., *Les identités culturelles*, Comprendre, n°1, 2000
- LAPLANTINE, F., *Je nous et les autres*, Editions le Pommier, 1999
- LACLAU, E., *La guerre des identités: Grammaire de l'émancipation*, La découverte, 2000
- L'homme et la société, *Le monde des identités*, L'homme et la société, Paris 1983
- LEVI STRAUSS, C., *Race et histoire*, Folio essai, 1987.
- LEVI STRAUSS, C., *L'identité: séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Levi Strauss, professeur au collège de France, 1974-1975*, Paris, Bernanrd Grasset, 1977
- LIAUZU, C., (dir.), *Race et civilisation : l'Autre dans la culture occidentale*, Anthropologie Historique, Paris, Syros, 1992
- MALHERBE, M., *Les cultures de l'humanité, Le développement est une question de culture*, Editions du Rocher, 2000
- MAALOUF, A., *Identités meurtrières*, Grasset, 1998
- MARTINIELLO, M., *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, PUF, 1995
- MARTINIELLO, M., *Sortir des Ghettos culturels*, Presses de Sciences Po, La Bibliothèque du citoyen, 1997
- MICHALON, C., *Différences culturelles modes d'emploi*, Edition Sépia, 1997.
- MICHAUD, G., (Dir.), *Identités collectives et relations interculturelles*, PUF, 1978
- MORIN, E., *La méthode, 5. L'humanité de l'humanité, L'identité humaine*, Points Essais, Editions du seuil. 2003
- MUCCHIELLI, A., *L'identité*, Paris, PUF, 1986
- POPPER, K., *La société ouverte et ses ennemis*, Paris, Seuil, 1979
- REGOURD, S., *L'exception culturelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002
- REGOURD, S., *L'exception culturelle*, 2e éd., Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2004
- REGOURD, S., *Avant-Propos, De l'exception à la diversité culturelle*, Problèmes politiques et sociaux, la Documentation française, n° 904, septembre 2004

RICOEUR, P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990
 SALAMONE, F., *Persona, identity and ethnicity*, *Anthropos* 77 Saint Augustin, 1982
 SCHNAPPER, D., *La relation à l'Autre. Au cœur de la pensée sociologique*, Gallimard, 1998
 SEGALEN, M., (dir.), *L'autre et le semblable: regards sur l'ethnologie des sociétés contemporaines*, Paris, Presse du CNRS, 1989
 SIMMEL, G., *Sociologie. Etudes sur les formes de socialisation*, (1908), Paris, Puf, 1999
 SINGLY, F., *Identités personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique*, *Archives de Philosophie du droit*, vol.41, 1996
 TAKAKI, R., *Debating diversity, Changing perspective on race and ethnicity in America*, 3e ed, Oxford University Press, New York, 2002
 TAGUIEFF, P.A., *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, La découverte, Paris, 1988
 TAYLOR, C., *Les sources du moi : la formation de l'identité*, Seuil, « La couleur des idées », 1998
 TODORODOV, T., *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Paris, éd. Du Seuil, 1989
 TOURRAINE, A., *Pourrions-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997
 TURNER, J. C., GILES, H., *Intergroup Behaviour*, Basil Blackwell, Oxford, 1981
 VINSONNEAU, G., *L'identité culturelle*, Armand Colin, Collection U- Psychologie, Paris, 2002
 WALZER, M., *What it means to be American*, New York, Marsilio, 1996
 WALTZER, M., *Traité sur la tolérance*, (1997), trad.fr. Gallimard, « NRF », 1998
 WIEVIORKA, M., *L'espace du racisme*, Editions du Seuil, 1991
 WIEVIORKA, M., *La France raciste*, Points actuels, 1992
 WIEVIORKA, M., *Racisme et modernité*, Paris, La découverte, 1993
 WIEVIORKA, M., *La violence*, Voix et regards, Balland, 2004
 WEIL. P., *Les codes de la différence*, Presses de Sciences Po, 2005

• Articles

BERNARD, A., « L'identité des personnes physiques en droit privé. Remarques en guise d'introduction », in *L'identité politique*, PUF, 1994, 495p, p.127.
 BIOY, X., « L'identité de la personne devant le conseil constitutionnel », *RFDC*, n°65, janvier 2006, pp.73-95, p.7
Cahiers Internationaux de sociologie 66, « *Ethnies, cultures, nations* », *Cahiers Internationaux de sociologie* 66, Paris, 1979
 Hors-série, *Sciences Humaines*, Numéro 15, Décembre 1996-Janvier 1997, « *Identité Identités, L'individu, le groupe, la société* ». *Sciences Humaines*, « *Cultures, la construction des identités* », Numéro 110, Novembre 2000
 TAGUIEFF, P.A., *Le Racisme*, les cahiers du CEVIPOF, Paris, Flammarion, 1998, n° 20, 127p.

m- *Démocratie, Citoyenneté*

• Ouvrages

ADEKANYE, B., *Power Sharing in multi-Ethnic Political Systems*, *Security Dialogue*, vol. 29,1998
 BADIE, B., PERRINEAU, P., *Le citoyen, Mélanges offerts à Alain Lancelot*, Presses de Sciences-po, 2000
 CONSTANT, F., *La citoyenneté*, Montchrétien, collection « clefs », 2ème édition, 2000
 DONZELOT, J., MÉVEL, C., *La participation: entre construction d'un pouvoir et accomplissement d'un devoir*, *Lien social et politiques*, n° 48, 2002, pp. 81-93
 DUPUY, R., *La politique du peuple : racines, permanences et ambigument du populisme*, Paris, Albin Michel, 200
 GODBOUT, J.T., *La participation contre la démocratie*, Montréal, éd. Saint Martin, 1983
 GODBOUT, J.T., *La démocratie des usagers*, Montréal, Boréal, 1987
 MESURE, S., RENAUT, A., *Alter Ego, Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999

SCHNAPPER, D., *La démocratie providentielle: essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002

SINGLY, F., *Les uns avec les autres, Quand l'individualisme crée du lien*, Armands Colin, 2003

TRONQUOY, P., (dir.), *Les nouvelles dimensions de la citoyenneté*, Cahiers français, N° 316, La documentation Française, Septembre-octobre 2003

WIVIORKA, M., *La démocratie à l'épreuve, nationalisme, populisme, ethnicité*, Paris, La Découverte, coll. « essais », 1993

3. JURISPRUDENCE PRINCIPALE

a. Principales décisions du Conseil constitutionnel français

Décision n° 59-5 DC du 15 janvier 1960

Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale
Recueil, p. 15 - Journal officiel du 27 janvier 1960, p. 940

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association
Recueil, p. 29 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982

Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions
Recueil, p. 38 - Journal officiel du 3 mars 1982, p. 759

Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982

Loi portant statut particulier de la région de Corse
Recueil, p. 41 - Journal officiel du 27 février 1982, p. 697

Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982

Loi sur la communication audiovisuelle
Recueil, p. 48 - Journal officiel du 27 juillet 1982, p. 2422

Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982

Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales
Recueil, p. 66 - Journal officiel du 19 novembre 1982, p. 3475 rectificatif Journal officiel du 20 novembre 1982

Décision n° 82-151 DC du 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
Recueil, p. 29 - Journal officiel du 13 janvier 1983, p. 306

Décision n° 84-177 DC du 30 août 1984

Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10
Recueil, p. 66 - Journal officiel du 4 septembre 1984, p. 2803

Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984

Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse
Recueil, p. 78 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200

Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986

Loi portant réforme du régime juridique de la presse
Recueil, p. 110 - Journal officiel du 30 juillet 1986, p. 9393

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986

Loi relative à la liberté de communication
Recueil, p. 141 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294

Décision n° 87-226 DC du 02 juin 1987

Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Recueil, p. 34 - Journal officiel du 4 juin 1987, p. 6058

Décision n° 87-232 DC du 07 janvier 1988

Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole

Recueil, p. 17 - Journal officiel du 10 janvier 1988, p. 482

Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989

Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

Recueil, p. 18 - Journal officiel du 18 janvier 1989, p. 754

Décision n° 89-266 DC du 09 janvier 1990

Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

Recueil, p. 15 - Journal officiel du 11 janvier 1990, p. 464

Décision n° 91-290 DC du 09 mai 1991

Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse

Recueil, p. 50 - Journal officiel du 14 mai 1991, p. 6350

Décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993

Loi réformant le code de la nationalité

Recueil, p. 196 - Journal officiel du 23 juillet 1993, p. 10391

Décision n° 93-325 DC du 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

Recueil, p. 224 - Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722

Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994

Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales

Recueil, p. 9 - Journal officiel du 15 janvier 1994, p. 829

Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995

Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité

Recueil, p. 170 - Journal officiel du 21 janvier 1995, p. 1154

Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995

Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire

Recueil, p. 183 - Journal officiel du 1er février 1995, p. 1706

Décision n° 96-373 DC du 09 avril 1996

Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française

Recueil, p. 43 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5724

Décision n° 96-374 DC du 09 avril 1996

Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française

Recueil, p. 58 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5729

Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999

Charte européenne des langues régionales ou minoritaires

Recueil, p. 71 - Journal officiel du 18 juin 1999, p. 8964

Décision n° 2000-428 DC du 04 mai 2000

Loi organisant une consultation de la population de Mayotte
Recueil, p. 70 - Journal officiel du 10 mai 2000, p. 6976

Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000
Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives
Recueil, p. 84 - Journal officiel du 7 juin 2000, p. 8564

Décision n° 2000-435 DC du 07 décembre 2000
Loi d'orientation pour l'outre-mer
Recueil, p. 164 - Journal officiel du 14 décembre 2000, p. 19830

Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001
Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel
Recueil, p. 82 - Journal officiel du 18 juillet 2001, p. 11506

Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003
Loi pour la sécurité intérieure
Recueil, p. 211 - Journal officiel du 19 mars 2003, p. 4789

Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003
Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité
Recueil, p. 438 - Journal officiel du 27 novembre 2003, p. 20154

Décision n° 2004-497 DC du 01 juillet 2004
Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle
Recueil, p. 107 - Journal officiel du 10 juillet 2004, p. 12506

Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004
Traité établissant une Constitution pour l'Europe
Recueil, p. 173 - Journal officiel du 24 novembre 2004, p. 19885

Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007
Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile
Recueil, p. 360 - Journal officiel du 21 novembre 2007, p. 19001

Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010
Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public
Recueil, p. 276 - Journal officiel du 12 octobre 2010, p. 18345.

Décision n° 2011-631 DC du 09 juin 2011
Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité
Journal officiel du 17 juin 2011, p. 10306

Décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011
M. Robert C. [Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique]
Journal officiel du 29 janvier 2011, p. 1896

b. Principaux arrêts de la Cour Suprême

- CS, *Marbury v. Madison*, 5 U.S (1 Cranch) 137 (1803)
- CS, *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)
- CS, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S (1 Wheat) 304 (1816)
- CS, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S (4 Wheat) 316. (1819)
- CS, *Cohens v. Virginia*, 19 U.S (6 Wheat) 264, (1821)
- CS, *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. 543 (1823)
- CS, *Gibbons v. Ogden*, 1824, 22 U.S (9 Wheat) 1
- CS, *Cherokee Nation v. Georgia*, 3 8 5 Pet. 17) US 1 (1831)
- CS, *Cherokee Nation vs. State of Georgia* 30 U.S. 1 (5 Pet. 1831)
- CS, *Worcester vs. Georgia* 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)
- CS, *Barron v. Mayor of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 32 (1833)
- CS, *City of New York v. Miln*, 33 U.S. (8 Pet.) 120 (1834)
- CS, *Smith v. Turner*, 48 U.S. 283 (1849)
- CS, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How) 393 (1857)
- CS, *Texas v. White*, 1868, 74 U.S, (1 Wall) 700
- CS, 60 U.S. (19 How) 393 (1857)
- CS, *McKay v. Campbell*, 16 F.Cas. 161, 167 (D.C.Or. 1871)
- CS, *Bradwell v. Illinois*, 21 L Ed, 8 16 Wall.130) 442 (1873)
- CS, *Minor v. Happerset*, 22 L Ed, (21 Wall.162) 627 (1875)
- CS, *United States v. Joseph*, 94 US 614, 618 (1876)
- CS, *Reynolds v. United States*, 98 US 145, 167 (1879)
- CS, *Pace v. Alabama* (1883)
- CS, *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883)
- CS, *Chew Heong v. United States*, 112 U.S. 536 (1884)
- CS, *Yick Wo v. Hopkins*, 118 (11 Davis) 356 US (1885)
- CS, *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1892)
- CS, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)
- CS, *Talton v. Mayes*, 163 U.S. 376 (1896)
- CS, *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896)
- CS, *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898)
- CS, *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 US 553, 565-566 (1903)
- CS, *Royster Guano Co.v. Virginia*, 253 US 412, 415 (1920)
- CS, *Takao Ozawa in Ozawa v. U.S.*260 U.S. 178 (1922)
- CS, *United States v. Bhagat Singh Thind* 261 U.S. 204 (1923)
- CS, *Schechter Poultry Corp. et al. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)
- CS, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)
- CS, *Mitchell v. United States* 313 U.S. 80 (1941)

CS, *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943)
CS, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)
CS, *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944)
CS, *Everson v. Board of education of the township of Ewing. Al.*, 330 US. 1 (1947)
CS, *Shelley v. Kraemer*, 334 US 1 (1948)
CS, *Henderson v. United States*, 339 U.S. 816 (1950)
CS, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)
CS, 347 U.S. 483 (1954)
CS, *Muir v. Louisville Park Theatrical Association*, 347 US 971 (1954)
CS, *Holcombe v. Beal*, 347 US 974 (1954)
CS, *Housing Authority v. Banks*, 347 US 974 (1954)
CS, *Holmes v. City of Atlanta*, 350 US 879 (1955)
CS, *Mayo rand City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 US 877 (1955)
CS, *Gayle v. Browder*, 352 US 903 (1956).
CS, *Browdler v. Gayle*, 352 U.S. 903 (1956)
CS, *State Athletic Commission v. Dorsey*, 359 US 533 (1959)
CS, *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 US 715 (1961)
CS, *Johnson v CS, Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962)
CS, *Johnson v. Virginia*, 375 US 61 (1963)
CS, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)
CS, *McLaughlin v. Florida* 379 U.S. 184 (1964)
CS, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)
CS, *Graham v. Richardson*, 403 US 365 (1971)
CS, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)
CS, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 614 (1971)
CS, *Dewey v. Reynolds Metals Co*, 402 U.S. 689 (1971)
CS, *Dunn v. Blumstein* , 405 U.S. 330 (1972)
CS, *Winconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972)
CS, *Fronziero v. Richardson*, 411 US 677 (1973)
CS, *Sugarman v. Dugall*, 413 US 634 (1973)
CS, *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973)
CS, *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974)
CS, *Lau v. Nichols*, 414 U.S. 563 (1974)
CS, *United States v. Mazurie*, 419 U.S. 544, 550 (1975)
CS, *Craig v. Boren*, 429 US 190 (1976)
CS, *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976)
CS, *Trans World Airlines v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977)
CS, *Duro v. Reina*, 435 U.S. 313 (1978)

CS, *F.C.C., v., Pacifia Foundation*, 438 U.S. 7266 (1978)

CS, *Foley v. Connelie*, 435 US 291 (1978)

CS, *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978)

CS, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

CS, *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978)

CS, *United Steelworkers v. Weber*, 443 US 193 (1979).

CS, *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980).

CS, *United States v. Sious Nations of Indiana*, 448 US 371, 382 (1980) .

CS, *Washington v. Confederated Tribes of Colville Indian Reservation*, 447 U.S. 134, 152, (1980).

CS, *Montana v. U.S*, 450 U.S. 544 (1981)

CS, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982)

CS, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983)

CS, *Lynch v. Donnelly*, 465 US.668, 673 (1984)

CS, *City of Cleburne v. Cleburne City Centre*, 473 US 432, 440 (1985)

CS, *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S. 616 (1987)

CS, *Woodward v. United States*, 871 F 2d 1068 (Fed. Cir. 1989)

CS, *Richmond v. J.A. Croson Co.* 488 U.S. 469 (1989)

CS, *Duro v. Reina*, 495 U.S. 676 (1990)

CS, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

CS, *Metro Broadcasting, Inc v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990)

CS, *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993)

CS, *Hagen v. Utah*, 127 L Ed 2d 252, 261 (1994)

CS, *Adarand Constructors v. Pena* (93-1841), 515 U.S. 200 (1995)

CS, *Miller v. Johnson*, 515 u.s. 900 (1995)

CS, *South Dakota v. United States Dep't of the interior*, 69 F. 3d 878, 881-85 (8th Cir.1995)

CS, *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996)

CS, *Dep't of the interior v.south Dakota*, 519 U.S.919, 919-20, 136 l.eD.2D 205, 117 s.CT.286 (1996)

CS, *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996)

CS, *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996)

CS, *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997)

CS, *Alaska v. Native Village of Venetie Tribal Government*, 118 S Ct 953 (1998)

CS, *Adarand Constructors, Inc. v. Slater* , 228 F.3d 1147, 10 th Cir. (2000)

CS, *Adarand Constructors, Inc. v. Mineta*, 534 U.S. 103 (2001)

CS, *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234 (2001)

CS, *Valeria v. Davis*, 307 F.3d 1036 (9th Cir. 2002)

CS, *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

CS, *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003)

CS, *United States v. Lara* , 541 U.S. 193 (2004)

CS, Syndicat Northcrest c. Amselem, 2004 CSC 47 (2004)

CS, Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. 701 (2007)

CS, Carcieri v. Kempthorne, 497 F.3d 15, 43 (1st Cir.2007)

C.S. Carcieri v. Salazar 07-526 (2009)

CS, Northwest Austin Municip. Voting Dist. O. One v. Holder, 129 S.Ct.2504, (2009)

CS, Ricci v. DeStefano, 129 S. Ct. 2658, 2671, 174 L. Ed. 2d 490 (2009)

C.S. Arizona Et Al. V. United-States, 567 US (2012)

4- PRINCIPAUX SITES INTERNET CONSULTÉS

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

<http://www.supremecourt.gov>

<http://www.senat.fr>

<http://www.whitehouse.gov>

<http://www.larousse.fr>

<http://unesdoc.unesco.org>

<http://www.census.gov>

www.usimmigrationsupport.org

<http://www.sens-public.org>

<http://www.diplomatie.gouv.fr>

<http://assembly.coe.int>

<http://www.culture.gouv.fr>

<http://sos-net.eu.org>

<http://www.philo.umontreal.ca>

<http://diploweb.com>

<http://www.usimmigrationsupport.org>

<http://sos-net.eu.org>

<http://www.uscis.gov>

<http://www.charte-diversite.com>

<http://www.strategie.gouv.fr>

<http://www.ihs.gov>

<http://www.accommodements.qc.ca>

<http://assembly.coe.int>

<http://sociologies.revues.org/>

<http://publications.iom.int/>

TABLE DES MATIERES

RESUME	9
ABSTRACT	11
MOTS CLEFS	13
REMERCIEMENTS	17
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	19
SOMMAIRE	21
INTRODUCTION	25
PREMIÈRE PARTIE: LA DECOUVERTE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE PAR LA NATION	69
TITRE I : L'EMERGENCE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE AU SEIN DE LA NATION	75
CHAPITRE I- LA CONSTRUCTION PROGRESSIVE DE LA NATION	79
Section 1. La France, une communauté nationale structurée autour de principes unificateurs	83
<i>§1- La construction de l'Etat nation autour de l'idée nationale</i>	<i>84</i>
A- Pays France, création de l'Etat français et naissance de la nation française	84
B- Le processus de « nationalisation de la nation »	87
C- Le développement de la nation française	90
<i>§2- La Nation française, une République « une et indivisible » ?</i>	<i>93</i>
A- La nation républicaine unitaire	94
B- L'Etat-nation unitaire français, entre subdivisions locales et adhésion européenne	99
1- La France ou la désarticulation nationale	
2- L'intégration supranationale de la France dans l'Union Européenne	
Section 2 - Les Etats-Unis, une volonté nationale institutionnalisée autour de référents nationaux	109
<i>§1- La composition d'une nation à partir de principes nationaux</i>	<i>110</i>
A- La constitution de la nation	111
B- La définition du socle national	115
C- La « nationalisation » de la nation	118
D- La redéfinition de la nation dans les années 1960	120
<i>§2- La Nation américaine, E pluribus unum</i>	<i>122</i>
A- La construction nationale autour du modèle libéral multiculturel	122
B- La construction nationale sur la base du fédéralisme	128

CHAPITRE II—L'INFLUENCE DE LA COLONISATION ET DE LA MIGRATION SUR LA SUBSTANCE NATIONALE	134
Section 1. L'incorporation forcée de populations dans la nation	136
§1- La France et le colonialisme: l'assimilation « raciale » de la diversité	137
A- La colonisation, un instrument de la nation	138
B- Un traitement territorial différentialiste	139
§2- Les Etats-Unis et la conquête: l'américanisation raciste de la diversité	
A- De l'ethnocide des <i>Natives</i> à l'invention de l'autochtone	140
B- Les noirs, de la traite à la ségrégation raciale	145
Section 2- L'immigration facteur de transformation de la nation	147
§1- La France, une terre d'immigration à la gestion empirique	149
A- L'immigration, facteur de construction de la nation	150
B- La gestion de l'immigration en dehors de la nationalité	151
C- Le tournant de la première guerre mondiale, l'immigration entre nécessité et xénophobie	153
D- L'après-Guerre et la construction d'une politique publique	157
E- Le tournant des années 1970 ou la gestion d'une problématique sociétale	160
F- L'ancrage de l'idée « étranger immigré sous condition »	166
§2. Les Etats-Unis, une terre peuplée d'immigrants inégalement appréhendés	171
A- L'ouverture des frontières et la construction de la nation	172
B- La sélection des migrants par l'instauration de quotas	179
C- De la limitation à l'ouverture	181
D- L'après « september 11' »	186
TITRE II: LA TRADUCTION JURIDIQUE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE DANS LE CADRE DE LA NATION	193
CHAPITRE I- UNE DIVERSITÉ EMPORTANT EXPLICITEMENT UNE CATÉGORISATION STATUTAIRE	195
Section 1- Les catégorisations historiques établies sur la base du double critère territorial et culturel	197
§1- En France, des différenciations statutaires contextualisées	197
A- Les indigènes dans la République, des sous-citoyens	197
B- Peuple français et populations d'outre-mer aujourd'hui, une indifférenciation encore nuancée	202
§2- Aux Etats-Unis, des statuts différenciés racialisant la société	206
A- Les noirs, d'esclaves à « descendants d'esclaves »	206
B- Les populations indiennes, de « nations dans la nation » à une assimilation spécifique	210
Section 2- Les catégorisations relatives au critère de nationalité et au statut d'immigré	215
§1- La construction des catégories juridiques relatives à l'immigration	216
A- En France, place d'une catégorie « immigré » à côté de la distinction nationaux-étrangers	217
B- Aux Etats-Unis, la fin de la prévalence du terme englobant d'immigrant	219

§2- La définition de la nationalité en France et aux Etats-Unis	221
A- En France, l'affirmation d'un principe mixte : entre <i>jus soli</i> et <i>jus sanguini</i>	222
B- Les Etats-Unis, la prévalence du droit du sol	226
C- La question révélatrice de la double nationalité en France et aux Etats-Unis	229
§3- La différenciation des droits des étrangers et des droits des nationaux	231
A- En France, des hésitations entre universalisme et protectionnisme	232
1- Les droits et liberté dans la sphère privée	
2- Les droits dans la sphère publique	
B- Aux Etats-Unis, une indifférenciation des droits progressivement remise en cause	240
CHAPITRE II- UNE DIVERSITÉ SUGGÉRANT UNE CATÉGORISATION IDENTITAIRE	245
Section 1- Une catégorisation reposant sur une caractérisation de la diversité ethnoculturelle	247
§1- Les notions de races et d'ethnie, des catégories juridiques	249
A- La différence d'appréhension des concepts de race et d'ethnie	250
1- La race et l'ethnie, des concepts flous	
2- La race et l'ethnie dans le vocabulaire français	
3- La race et l'ethnie dans l'expérience américaine	
B- La race et l'ethnie, des catégories juridiques	259
1- La race et l'ethnie, des catégories juridiques du droit français	
2- La race et l'ethnie, des catégories juridiques du droit étasunien	
§2- La spécificité de la mesure de la diversité ethnoculturelle dans les sociétés française et américaine	268
A- La situation française ou les ambiguïtés de la mesure	269
1- Les sources de la mesure	
2- L'objet de la mesure	
B- La situation étasunienne ou la contextualisation de la mesure	275
Section 2- Une catégorisation juridique implicite de la diversité ethnoculturelle	280
§1- La reconnaissance suggérée de la diversité ethnoculturelle	281
A- la diversité culturelle consacrée au plan international	281
B- La reconnaissance induite de la diversité religieuse en France et aux Etats-Unis	283
1- La diversité religieuse à travers le principe de laïcité	
a. La laïcité à la française : une définition volontariste impliquant la neutralité de l'Etat	
b. La laïcité à l'américaine: une définition abstentionniste favorisant le pluralisme religieux	
c. Les controverses inhérentes aux deux contextes	
2- La diversité religieuse, une catégorie juridique ?	
a. En France, dans le sens d'une reconnaissance de la diversité religieuse	
b. Aux Etats-Unis, une reconnaissance de la diversité religieuse	
§2- La question de la reconnaissance juridique des minorités en France et aux Etats-Unis	299
A- La délicate appréhension sémantique des minorités	300
1- La problématique d'une définition des minorités	
2- La carence d'une définition unanime en droit international public	
3- La question spécifique des peuples autochtones	
B- Une définition « nationale » problématique des minorités	309
1- En France : Une définition a priori impossible	
2- Aux Etats-Unis: une définition en mutation	
C- La problématique d'un droit des minorités	312
1- La reconnaissance internationale du droit des minorités	
2- Les hésitations françaises, ou une nation théoriquement aveugle aux minorités	

CONCLUSION PREMIERE PARTIE	325
-----------------------------------	------------

<u>SECONDE PARTIE : UNE NOUVELLE APPREHENSION DE LA NATION INTEGRANT LA DIVERSITÉ ETHNOCULTURELLE</u>	327
--	------------

TITRE I : LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE, UN DEFI POUR LA NATION	331
---	------------

CHAPITRE I- DES REACTIONS AD HOC A LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE	332
--	------------

Section 1-L'existence d'une ethnicisation des rapports sociaux	333
---	------------

§1- La référence au modèle posé par la « majorité » en France et aux Etats-Unis	335
--	------------

A- L'assimilation des personnes: deux appréhensions distinctes, un parallélisme des mécanismes	336
--	-----

1- Une approche différenciée du concept d'assimilation

a. En France: Une idéologie ayant pour finalité la francisation

b. Aux Etats-Unis: Une analyse de la réorganisation des personnes

2- Résultat versus processus

3- Au-delà des divergences conceptuelles, un parallélisme des modèles d'assimilation

B- Une conception similaire de l'intégration des personnes dans la société	351
--	-----

1- Analogie du projet intégrationniste en France et aux Etats-Unis

a. Le parallélisme des définitions

b. La double logique du projet intégrationniste

2- Parallélisme des mécanismes institutionnels d'intégration

a. Les politiques publiques d'accueil des migrants

b. Les politiques publiques linguistiques

c. Les politiques publiques de luttes contre le racisme et les discriminations

§2- La question du droit des groupes	364
---	------------

A- De la catégorisation à l'institutionnalisation des groupes	364
---	-----

1- Une reconnaissance implicite des identités collectives

2- Une reconnaissance explicite par une institutionnalisation des groupes

B- La question d'un droit des groupes: droits individuels versus droits collectifs	377
--	-----

Section 2- L'Etat, arbitre ou acteur	382
---	------------

§1-L'égalité au service des relations inter-identitaires non discriminatoires	385
--	------------

A- Le principe d'égalité, entre égalité formelle et égalité réelle	386
--	-----

1- L'objet de l'égalité en France et aux Etats-Unis 387

2- L'objectif de l'égalité

3- Le contrôle du principe d'égalité par les juges constitutionnels

B- De l'égalité à la lutte contre les discriminations: le cas français	393
--	-----

1- Des discriminations interdites à un principe de non-discrimination

2- D'un principe de non-discrimination à la lutte contre les discriminations

C- De l'égalité à l'encadrement des discriminations: le cas américain	398
---	-----

§2- La recherche de l'égalité réelle par les mesures positives	403
---	------------

A- Définition des mesures positives	404
-------------------------------------	-----

1- Les actions positives compensatoires

2- Les actions positives correctrices

3- La discrimination positive stricto sensu

a. L'illustration française

b. L'illustration américaine
i. Genèse de l'affirmative action
ii. Des objets et bénéficiaires en question

B- Constitutionnalité des mesures positives	422
1- <i>Le cas français</i>	
2- <i>Le cas américain</i>	

CHAPITRE II- UN HABILLAGE REPUBLICAIN DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE 426

Section 1- Une réinterprétation de l'universalité et de l'égalité 427

§1- Le déplacement du principe fondateur d'universalité 427

A- La France et l'universalité, un mariage complexe	428
B- Les États-Unis et l'universalité, un « concubinage » controversé	430
C- Les limites de principe au principe d'universalité	433

§2- Le principe d'égalité appelant à une reconnaissance d'un principe de différence 438

A- Les différences et non la différence	439
B- D'un « droit à la différence » vers un « droit de la différence »	441
1- <i>D' un point de vue sémantique</i>	
2- <i>Du point de vue de la normativité</i>	
C- Différences et égalité formelle, une union a priori impossible	444
D- L'égalité comme résultat et sa conciliation avec la reconnaissance des différences	447
1- <i>L'égalité moyen versus l'égalité finalité</i>	
2- <i>L'égalité des chances au service de l'égalité de résultat</i>	448

Section 2- Un jeu entre droit à l'indifférence et droit à la différence 451

§1- En France une mutation du droit à l'indifférence à un droit à la différence 451

A- Le droit à l'indifférence, un principe constitutionnel sous-jacent	452
B- Des différenciations en droit et en fait contournant la référence aux différences	453

§2- Aux Etats-Unis, les hésitations entre une conception color-boundaries ou color-blindness 456

A- Le semi-silence constitutionnel et l'interprétation jurisprudentielle <i>color-boundaries</i>	456
B- La constitutionnalisation du principe d'égalité légitimant la reconnaissance de la différence	457
C- Une évolution jurisprudentielle prudente vers la reconnaissance d'un principe constitutionnel de <i>color-blindness</i>	460
D- La constitutionnalisation inachevée du principe de « <i>color-blindness</i> », une étape ou une fin ?	463

TITRE II :LE MAINTIEN DE L'UNITE DE LA NATION PAR LA RECONNAISSANCE MESUREE DE LA DIVERSITE ETHNOCULTURELLE 467

CHAPITRE I- LA QUESTION DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE D'UN PRINCIPE DE DIVERSITE 469

Section 1-L'existence d'un principe instrumental de diversité ethnoculturelle non constitutionnalisés 471

§1- La réalité implicite d'un principe de diversité 471

A- Un principe de diversité sous- jacente du droit public français ?	472
1- <i>Un principe de diversité à la lumière d'une gestion normative</i>	

2- Un principe de diversité à la lumière d'une institutionnalisation progressive	
B- Un principe de diversité implicite aux Etats-Unis	481
C- Tentative de définition d'un principe de diversité en France et aux Etats-Unis	485
1- La délicate définition juridique de l'objet « diversité »	
2- Une définition de la diversité par l'objectif du principe de diversité	
a. La protection de la diversité	
b. La promotion de la diversité	
c. Le respect de la diversité	
§2- La constitutionnalisation improbable du principe de diversité	493
A- La faisabilité de la constitutionnalisation d'un principe de diversité en France	495
1- La nature d'un principe constitutionnel de diversité	
2- La place d'un principe de diversité dans la hiérarchie des normes	
B- Le caractère inopportun de la constitutionnalisation de la diversité	502
Section 2- Les limites du principe de diversité et leur contournement partiel	506
§1- Les limites inhérentes à la constitution d'un principe de diversité	506
A- La prévalence de problématiques juridiques résultant d'un principe de diversité	507
B- L'emblématique problématique de la mesure de la diversité	508
1- La récurrence du problème de la mesure de la diversité en France	
2- Post-racialité versus mesure de la diversité aux Etats-Unis	
§2- Le dépassement partiel des limites par une soft law de la diversité?	514
A- Diversité, soft Law du droit français et du droit américain	515
B- Une soft Law de la diversité, une manifestation insatisfaisante	519
CHAPITRE II- DEUX MODELES POUR LA REDEFINITION D'UN CONTRAT SOCIAL FONDE SUR LA DIVERSITE	521
Section 1- L'option d'un contrat social fondé sur le multiculturalisme et le pluralisme	526
§1- Cadre conceptuel: multiculturalisme et pluralisme juridique	527
A- Le multiculturalisme, un concept aux frontières du droit	527
B- Le pluralisme juridique, un concept impliquant la coexistence des ordres juridique dans l'Etat	529
1- Le cœur d'un principe	
2- Vers un pluralisme juridique à la française	
3- L'ancrage d'un certain pluralisme juridique aux Etats-Unis	
a. Le pluralisme juridique américain et le statut particulier des tribus indiennes	
b. Le pluralisme juridique américain, un pluralisme d'ordre religieux.	
§2- Cadre opérationnel: différenciation égalitaire des individus et des groupes	538
A- Le multiculturalisme basé sur le principe d'égalité, régime général.	539
1- Le principe d'égalité, entre non-discrimination et différentialisme légal	
2- Le multiculturalisme impliquant une reconnaissance des spécificités culturelles collectives	
3- Pluralisme juridique dit « léger », ou « pluralisme de subordination » aménagé	
B- La gestion des minorités nationales dans le cadre du multiculturalisme: régime particulier	548
1- La reconnaissance des minorités nationales ou peuples autochtones	
2- La reconnaissance de droits collectifs	
3- L'instauration d'un pluralisme de coordination modéré	
Section II- L'option d'un contrat social fondé sur une « laïcité de la diversité »	554
§1- Tentative de définition du concept de « laïcité de la diversité »	554
A- De la nécessité de « la laïcité de la diversité » à sa pertinence	556
	630

B- Les éléments intrinsèques de la laïcité de la diversité	558
<i>1- De la liberté de conscience et de religion à la liberté de choix de sa référence identitaire.</i>	
<i>2- De l'égalité en droit des opinions spirituelles et religieuses à l'égalité en droit des références-revendications identitaires.</i>	
<i>3- De la neutralité du pouvoir politique face à la religion et à la neutralité face à l'identité ethnoculturelle.</i>	
<i>4- De la séparation des Eglises et de l'Etat à la reconnaissance d'un vouloir vivre ensemble dans une nation transcendante</i>	

§2- Le cadre opératoire de la « diversité de la laïcité » **561**

A- La dialectique sphère publique et sphère privée revisitée	562
B- Un accommodement raisonnable de la diversité	564
<i>1-Le concept d'accommodement raisonnable</i>	
<i>2-L'aménagement raisonnable aux États-Unis</i>	
<i>3-L'accommodement raisonnable en droit européen et en droit français</i>	
C- Rénovation du cadre social	571

CONCLUSION GENERALE **575**

INDEX

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

Tome II: ANNEXES

UNIVERSITE PAUL CEZANNE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE
Institut d'Etudes Humanitaires Internationales/UMR 7318

Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit public
Soutenue le mardi 4 décembre 2012

EDITH KOLO FAVOREU

La nation à l'épreuve de la diversité ethnoculturelle
Etude comparative France/ États-Unis

Tome 2- Annexes

Sous la direction de Madame le Professeur Marie-José Domestici Met

Membres du Jury

- Doyen Jean-Marie Rainaud, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis
- Professeur Jean-Pierre Massias, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
- Professeur Guy Scoffoni, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
- Professeur Marie-José Domestici Met, Directrice de la recherche, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille et Directrice de l'Institut d'Etudes humanitaires internationales.

LISTE DES ANNEXES

- 1- Constitution française du 4 octobre 1958
- 2- Constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787 et ses amendements
- 3- Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789
- 4- La diversité d'un point de vue ethnoculturel en France
- 5- *Overview of Race and Hispanic Origin: 2010*
- 6- La diversité linguistique en France
- 7- La diversité linguistique aux Etats-Unis
- 8- La diversité du point de vue des croyances et religions en France
- 9- La diversité du point de vue des croyances et religions aux Etats-Unis
- 10- Evolution de la part des populations étrangères et immigrées en France
- 11- Acquisition de la nationalité française en 2010
- 12- Contrat d'accueil et d'intégration France
- 13- *Naturalization Oath Ceremony- United-States*
- 14- C.C., n°91-290 DC du 9 mai 1991 « Statut de la Corse »
- 15- Accords de Nouméa du 5 mai 1998
- 16- C.S. *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).
- 17- Justice John Marshall Harlan: Excerpts from the Dissenting Opinion in *Plessy v. Ferguson* (1896)
- 18- C.S. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
- 19- C.S. *Brown, v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

ANNEXE 1

Constitution française du 4 octobre 1958

http://www.unc.edu/depts/europe/francophone/constitution_fr.pdf

ANNEXE 2

Constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787 et ses amendements

<http://www.usconstitution.net/const.pdf>

ANNEXE 3

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen.

Article premier - Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Article 2 - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

Article 3 - Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Article 4 - La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Article 5 - La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Article 6 - La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Article 7 - Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance.

Article 8 - La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul

ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Article 9 - Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

Article 10 - Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

Article 11 - La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

Article 12 - La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée.

Article 13 - Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés.

Article 14 - Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Article 15 - La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.

Article 16 - Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Article 17 - La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

ANNEXE 4

Le contexte sociologique de la diversité:

La diversité d'un point de vue ethnoculturel en France

On trouvera ici une esquisse des grands groupes ethnoculturels présents sur le territoire national, principalement en fonction de leurs origines nationales, auxquelles se rattachent des référents culturels généraux. Nous sommes conscients qu'une telle approche ne peut être qu'incomplète et outrageusement généralisant.

En vertu du portrait social esquissé par l'INEE²⁵⁴², la France comptait en 2007 11,5 millions de personnes immigrées ou enfants ayant au moins un parent direct immigré, qui résident en France. Cela représente 19 % de la population totale recensée qui se répartie comme suit :

□ 5,25 millions d'immigrés vivent en France dont 3,6 millions d'étrangers (2 millions originaires d'Europe, 2,2 millions originaires d'Afrique)

□ 6,5 millions d'enfants directs d'un immigré, dont 3,1 millions nés en France. Parmi ces descendants d'immigrés, 1,5 millions ont un parent immigré né en Europe et 1,2 millions un parent immigré né en Afrique.

Parmi le groupe des nationaux, nous trouvons en premier lieu ceux que l'on nomme communément les « français d'origine » ou encore les « français de souche »²⁵⁴³. Ils représentent ce que nous pourrions qualifier « la majorité », entendue tant d'un point de vue numérique qu'au plan de l'influence et de la domination culturelle, sociale, politique et économique exercée tout au long de l'histoire. Cette « majorité » qui se défend de l'être, n'est en rien homogène et encore moins uniforme. En outre, ces nationaux qui revendiquent leurs ascendances françaises ne peuvent prétendre avec certitude n'avoir un quelconque sang « d'ailleurs ». Toutefois, en tant que nationaux, ils se trouvent dans une situation statutaire privilégiée au regard des étrangers. De plus, en tant que majoritairement perçus comme « blanc de peau » ils jouissent d'une situation sociale favorable appréhendée en termes d'opinion majoritaire²⁵⁴⁴.

Les français d'origine étrangère se présentent comme une seconde grande catégorie. Ils se distinguent des français d'« origine » en ce sens qu'ils ont au moins un de leur ascendant direct qui est d'origine étrangère. Nationaux ou étrangers, ce sont des personnes issues de l'immigration qu'elles soient de la première, deuxième ou troisième génération. Notons cependant que dans le sentiment collectif²⁵⁴⁵, les immigrés européens ne seront souvent plus perçus comme des français d'origine étrangère lors de la seconde génération alors que les immigrés des ex-colonies pourront l'être bien au-delà. Parmi les personnes issues de l'immigration, on pourrait opérer une nouvelle distinction basée sur l'origine géographique des personnes, éminemment corrélée au rapport historique de la France avec le pays dont elles sont originaires. Ainsi donc, pourraient être différenciés les immigrés européens, traditionnels

²⁵⁴² France, *portrait social*, INSEE Edition 2010, p217. <http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/sommaire.asp?id=260&nivgeo=0>, Consulté le 12.07.2012.

²⁵⁴³ Ces mentions ne sont guère satisfaisantes. Pour approfondir les termes de la problématique, voir notamment FASSIN, D., *Nommer et interpréter. Le sens commun de la question raciale*, dans FASSIN, D., et FASSIN, E., (dir.), *De la question sociale à la question raciale ?*, op.cit., 2006, pp.19-36, p.27.

²⁵⁴⁴ Une analyse complète conduirait à appréhender cette catégorie de la population en termes de classes sociales.

²⁵⁴⁵ Entendu dans le sens de l'opinion dominante.

ou récents, des immigrés des anciennes colonies, et enfin des immigrés des autres régions du monde.

Au niveau des personnes immigrées européennes, deux contextes peuvent être mentionnés. On trouve en premier lieu les immigrés qui se sont installés en France avant la construction européenne et surtout la création d'une citoyenneté européenne, que nous nommerons immigrés des pays européens. En second lieu, il y a les immigrés communautaires, qui depuis le traité de Maastricht se sont vu reconnaître un certain nombre de garanties. En ce qui concerne les premiers, il s'agissait principalement des ressortissants des pays limitrophes ou proches comme les portugais, les polonais, les espagnols ou les italiens. Ils se caractérisaient par une arrivée échelonnée dans le temps avant 1992 ainsi que par une bonne intégration en dépit d'une forte attache à leurs origines nationales. Aujourd'hui, ce groupe se caractérise par les immigrés de pays extracommunautaires et principalement de l'Europe de l'Est.

Les immigrés communautaires, c'est-à-dire les personnes qui jouissent depuis 1992 de la liberté d'aller et venir dans le cadre des frontières de l'Europe ne sont plus, depuis le traité de Maastricht, des étrangers en tant que tels mais des citoyens européens. Dans ce cadre, ils se voient conférer de nombreux attributs attachés à leur citoyenneté, ce qui les place dans des situations similaires avec les nationaux français dans de nombreux domaines. Notons que 35% des immigrés d'aujourd'hui, soit 2,7 % de la population totale, sont originaires d'un pays de l'Union Européenne²⁵⁴⁶.

Considérant les immigrés des ex-colonies, il convient là encore d'opérer certaines distinctions. En raison des liens historiques particuliers entretenus avec les anciennes colonies françaises, il est en effet important de différencier selon que l'on parle des personnes issues du Maghreb, des personnes de l'Afrique « noire » et notamment de celles de l'Afrique de l'Ouest ou encore des personnes originaires des régions pacifiques et australes. Aujourd'hui, les résidents d'origine maghrébine représenteraient 5% de la population métropolitaine. La situation des personnes ainsi que les caractéristiques des migrations en provenance du Maghreb diffèrent grandement étant donné que ces pays n'ont ni la même situation économique, politique ou sociale, ni les mêmes rapports avec la France. Notons que ces nationaux ou étrangers immigrés de l'Afrique du Nord sont souvent stéréotypés par la majorité susmentionnée et stigmatisés en raison de leur patronyme et/ou de leur couleur de peau ou encore de leurs référents culturels et/ou culturels. En outre, ils sont fréquemment réputés être musulmans²⁵⁴⁷ et parfois amalgamés à l'islamisme et même à l'islamisme intégriste, et ce, quelle que soit leur confession réelle²⁵⁴⁸.

Les résidents d'origine africaine se trouvent dans une situation proche des personnes originaires du Maghreb présentant des spécificités notamment liées à une stigmatisation accrue en raison de la couleur de peau. Cette migration en provenance de l'Afrique Subsaharienne a démarré à l'issue de la première guerre mondiale et n'a cessé dès lors de se développer. Elle devient véritablement visible dès 1981 à la suite de trois éléments principaux dont les deux premiers sont interdépendants : des régularisations massives d'abord ; ensuite un flux important d'arrivée qui leur sont conséquentes ; et enfin, une forte natalité. Notons que dans le cadre de l'immigration actuelle, deux Africains sur trois proviennent des anciennes colonies françaises.

²⁵⁴⁶ Chiffres de l'INSEE à la mi-2004, http://www.insee.fr/fr/ffc/chifcle_fiche.asp?, Consulté le 01.10.2009

²⁵⁴⁷ Les personnes originaires du Maghreb

²⁵⁴⁸ Notons à ce titre que dans l'opinion publique une personne issue du Maghreb sera appréhendée comme de religion musulmane alors que les pays du Maghreb comptent avec des catholiques, des juifs. . .

Les immigrés des autres régions du monde viennent principalement de l'Asie. Représentant 17% des immigrés et 1,3% de la population²⁵⁴⁹, ils sont de plus en plus nombreux à s'installer en France. Les immigrés en provenance d'Amérique et d'Océanie représentent la plus faible part même si leur présence est loin d'être insignifiante²⁵⁵⁰.

Françaises, les personnes venant des collectivités territoriales d'Outre-mer doivent être envisagées de manière spécifique, étant considérées comme des migrants lorsqu'elles arrivent en métropole. Parfois assimilées à des immigrants étrangers, ces français connaissent en outre de nombreuses discriminations, notamment en raison de leur couleur de peau.²⁵⁵¹ Les populations d'Outre-mer, ainsi dénommées dans l'article 72-3 alinéa 1^{er} depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, jouissent d'un statut particulier, statut à la fois légal et dit « sur mesure » au sein des collectivités territoriales d'origine et statut social spécifique dans le cadre de leur installation en métropole.

Une autre approche aurait pu être privilégiée pour cette présentation sommaire. Au lieu de s'intéresser à l'origine des personnes, elle aurait pu apprécier leur facteur mélanique. Ainsi par exemple, on aurait pu parler des noirs de France en lieu et place des personnes venant des DOM-TOM et des personnes immigrants de l'Afrique Sub Saharienne. Dans ce sens, on aurait alors parlé de condition noire comme le fait le sociologue Pap Ndiaye²⁵⁵², désignant « la description dans la durée de cette expérience sociale minoritaire »²⁵⁵³. Dans cette acception, la minorité renvoie à l'expérience sociale d'être généralement considérée comme noire. Elle se fonde sur une identité dite « fine »²⁵⁵⁴ qui se forge sur des expériences et des intérêts communs²⁵⁵⁵. Cela permettrait de résoudre en partie la difficulté d'appréhender les personnes noires dans la même catégorie en dépit de leurs différences mélaniques²⁵⁵⁶, culturelles, linguistiques, religieuses, sociales et d'origines nationales²⁵⁵⁷. Dans ce sens, et en vertu d'un recensement de TNS Sofres²⁵⁵⁸, 3,86 % de la population française se déclare noires ou métis avec des ascendants noirs²⁵⁵⁹.

²⁵⁴⁹ Chiffres de l'INSEE à la mi-2004, http://www.insee.fr/fr/ffc/chifcle_fiche.asp?.

²⁵⁵⁰ Ainsi par exemple, en 2004, sur 210 075 nouveaux arrivants, 15 545 provenaient d'Amérique et d'Océanie. *Ibid.*

²⁵⁵¹ Soulignons que leur venue en France métropolitaine a été traditionnellement organisée par le BUMIDOM, Bureau pour le développement des migrations dans les départements d'Outre-mer, créé en 1963 par M. Debré. Remplacé en 1982 par l'Agence nationale pour l'insertion et la promotion des travailleurs d'Outre-mer, ces institutions ont pratiqué une politique d'accueil des migrants, peu différentes des agences gérant l'immigration.

²⁵⁵² NDIAYE, P., *La condition noire, Essai sur une minorité française*, Calmann-Lévy, Paris, 2008, p.24.

²⁵⁵³ *Ibid.*, p.24.

²⁵⁵⁴ C'est le sociologue américain Tommie Shelby qui a théorisé le concept d'identité noire épaisse et identité noire fine. L'identité épaisse se fonde alors sur une culture, une histoire, des références communes, une langue qui marquent une différence nette entre ceux qui en sont porteurs et les autres. L'identité fine repose par contre sur le partage de l'expérience d'une identité prescrite.

²⁵⁵⁵ Elle s'oppose à l'identité dite épaisse basée sur les origines et les cultures. *Ibid.*

²⁵⁵⁶ On aurait aussi pu parler de colorisme/*colorism* pour apprécier les nuances dans la couleur de peau et leur perception sociale. Sur le colorisme, sous-produit du racisme, voir NDIAYE, P., *La Condition noire*, op.cit.p. 73 et. Sur le colorisme aux Antilles, voir par exemple BONNIOL, J-L., *La couleur comme maléfice. Une illustration créole de la généalogie des « blancs » et des « noirs »*, Paris, Albin Michel, 1992, 304p.

²⁵⁵⁷ La catégorie noire est donc d'abord une hétéro-identification s'appuyant sur la perception des alliances phénoménales variables dans le temps et l'espace (pigmentation de la peau, apparence corporelle e vestimentaire, langue, accent, etc...). NDIAYE, P., *La condition noire*, op.cit., p.38

²⁵⁵⁸ Baromètre des discriminations à l'encontre des populations noires, janvier 2007, TNS-Sofres/Cran.

²⁵⁵⁹ A noter que le dernier recensement de la population noire de France date de 1807. Vor NDIAYE, P., *La condition noire*, op.cit., p.64.

ANNEXE 5

Le contexte sociologique de la diversité:

La diversité d'un point de vue ethno-racial aux Etats-Unis

5.1.

<http://www.census.gov/prod/cen2010/briefs/c2010br-02.pdf>

5.2.

On trouvera ici une esquisse de la diversité ethno raciale aux Etats-Unis. Aux Etats-Unis, la diversité des personnes s'apprécie d'abord en fonction de critères raciaux entendus comme la résultante d'une interprétation sociale. Ces classifications raciales ont évolué tout au long de l'histoire des Etats-Unis, définies et structurées d'abord par rapport à une catégorie, celle des blancs. Comme nous l'avons mentionné, aucune définition préalable n'existait du blanc. Pour autant, le droit a opéré au cas par cas une différenciation entre les blancs et les non-blancs, aboutissant à la construction progressive des autres catégories raciales.

Selon les résultats du recensement de 2000²⁵⁶⁰, la population américaine qui atteint 281 421 906 personnes est décomptée sur la base de l'auto-identification des personnes à une ou plusieurs races et à l'appartenance ou non à un critère ethnique²⁵⁶¹. On compte 97,6 % des personnes ayant choisi la référence à une seule race et parmi eux, 75,1% s'identifient comme « blancs », 12,3% comme « noir/africain américain », 0,9% comme « amérindiens/natif d'Alaska », 3,6% comme « asiatique » et 0,1 % comme « natif de Hawaï et d'autres îles du Pacifique ». De plus, 5,5 % des personnes ont opté pour la catégorie « Autre race » et 2,4 % de la population a choisi la catégorie « deux races ou plus », arborant leur métissage²⁵⁶².

Dans ce cadre²⁵⁶³, sont définis comme *American Indian* ou *Alaska native* toute personne « ayant des origines parmi un ou plusieurs des peuples autochtones d'Amérique du Nord ou du Sud (incluant l'Amérique centrale), et qui maintient une affiliation tribale ou des liens communautaires ». Cette catégorie combine à la fois une revendication d'une ascendance et une manifestation d'appartenance à un groupe. Les *Asian American* représentent toute personne « ayant des origines parmi un ou plusieurs des peuples autochtones de l'Extrême-Orient, de l'Asie du Sud-Est ou du sous-continent Indien, incluant par exemple le Cambodge, la Chine, l'Inde, le Japon, la Corée, la Malaisie, le Pakistan, les îles des Philippines, la Thaïlande et le Viêt-Nam. ». De plus, est considérée comme *black* ou *African American* « une personne ayant des origines parmi un ou plusieurs des groupes raciaux noirs d'Afrique ». Des termes tels que « Haïtiens » (*Haitian*) ou « *Negro* » peuvent être utilisés en conjonction avec celui de « Noir ou afro-américain ». Est *Native Hawaiian* ou *Other Pacific Islander* toute

²⁵⁶⁰ Cf. GIRECO, E., et CASSIDY, R., *Census 2000 Brief*, « Overview of Race and Hispanic Origin », U.S. Department of Commerce, Census bureau, (United States Census 2000), mars 2001 dans Denis Lacorne (dir.), *Les Etats-Unis*, Fayard-Ceri, Paris, 2006, 672p., p.17.

²⁵⁶¹ Nous développerons ces thématiques de critères de recensement dans le point « la délicate question de la mesure », p..

²⁵⁶² Une analyse du résultat du recensement de 2010 sera intéressante pour apprécier la tendance à la baisse ou à la hausse de ces chiffres.

²⁵⁶³ <http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html>., Consulté le 01.01.2011.

personne « ayant des origines parmi un ou plusieurs des peuples autochtones d'Hawaii, de Guam, de Samoa ou d'autres îles océaniques ». L'inclusion de cette nouvelle catégorie résulte de la scission entre la catégorie antérieure « Asian or Pacific Islander ». Enfin, est *White* « une personne ayant des origines parmi l'un des peuples autochtones d'Europe, du Moyen-Orient ou d'Afrique du Nord ». Le terme *Some other races* regroupe quant à lui toutes les personnes qui ne se sentent pas relever de l'une ou de l'autre des cinq catégories sus mentionnées. Dans ce cadre, sont incluses les personnes qui ont noté *multiracial, mixed, interracial* ou la référence à un groupe latino. Enfin, la catégorie « *more than one race* »²⁵⁶⁴ regroupe les personnes qui ont expressément coché cette case ou ceux qui ont coché plus d'une case.

Si l'on s'en réfère à présent au critère ethnique qui offre deux possibilités de réponses : Spanish /Hispanique/Latino et Non Spanish /Hispanique /Latino, 12,5 % ont opté pour la première et 87,5 % pour la seconde. Est considérée comme *Hispanic or Latino* une personne qui se définit « d'origine cubaine, mexicaine, portoricaine, sud ou latino-américaine, ou d'une autre culture ou origine espagnole, sans considération raciale ». Le terme d'« origine espagnole » (*Spanish origin*) peut être utilisé en conjonction de « Hispanique ou Latino ». Notons que la question de l'ethnie est posée au préalable dans le cadre des questionnaires d'auto-identification des personnes, lesquels dissocient la question de l'ethnicité et celle de la race²⁵⁶⁵.

Pour autant, si la lecture du recensement fait apparaître la population américaine de manière classifiée, conférant un caractère statique à ces groupes, ces derniers sont loin d'être monolithiques²⁵⁶⁶. En outre, leur répartition sur le territoire américain est relativement disparate et se révèle de plus en plus dynamique.

Le groupe des blancs peut être qualifié de majorité²⁵⁶⁷. Il se réfère historiquement aux *WASP* mais inclut désormais les descendants européens, blancs, à la fois catholiques, juifs et protestants. La population blanche n'échappe donc pas à la diversité étant donné que les américains dont les ancêtres sont allemands ou irlandais supplantent ceux qui attestent d'une origine anglaise, soit respectivement 42,8%, 30,5% et 9,7%. Cependant, comme nous venons de le spécifier, les personnes d'Afrique du Nord et du Moyen Orient entrent aussi dans la catégorie des blancs. Il y a aussi beaucoup de musulmans qui relèvent de cette classification alors que cet état de fait est très peu énoncé.

La communauté hispanique compte près de 31 millions de personnes, sa part dans la population totale étant passée de 2,6 % en 1950 à plus de 12 % en 2000. Comptant avec un taux de croissance annuelle sept fois supérieur à celui des blancs, les Latinos représentent aujourd'hui un nouveau ménage sur six et la première « minorité » du pays. Les Latinos ou Hispaniques sont historiquement concentrés dans les Etats du Sud-Ouest, la Californie, l'Arizona, le Nouveau-Mexique, mais aussi dans les Etats du Sud comme la Floride ou le Texas. Le dernier recensement fait état d'une concentration récente assez forte dans de nouvelles régions de l'Ouest et notamment dans le Nevada, le Colorado, l'Etat de Washington et l'Oregon ce qui traduit une implantation nationale de la communauté latino jusque là

²⁵⁶⁴ Une race et plus (Notre traduction).

²⁵⁶⁵ <http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html>, op.cit. Consulté le 1^{er} janvier 2011.

²⁵⁶⁶ Voir par exemple WILCOX, D.M., « American Core Values and Questions of Diversity », in NAYLOR, L.L., *Problems and Issues of Diversity in the United States*, USA, 1999, 215p., pp.19-54, p. 26. L'auteur souligne la diversité en termes d'origine, de position économique, de religion, de langue et de culture au sein même de ces différents groupes de population.

²⁵⁶⁷ Les chiffres présentés dans les développements suivant résultent des résultats du recensement de 2000. Voir U.S. Bureau of the census, *Statistical Abstract of the U.S.*, 2002, Current Population reports, 2002.

circonscrite à des régions d'attache historique ou des grands centres urbains d'immigration comme New York²⁵⁶⁸.

Le groupe hispanique est lui-même fortement hétérogène puisque parmi ces personnes, 58,5% viennent du Mexique, 9,6 % de Porto Rico, 4,8 % d'Amérique Centrale, 3,8% d'Amérique du Sud, 3,5 % de Cuba, 2,2 % de République Dominicaine, 0,3 % d'Espagne et 17,3 % d'autres pays. Cette hétérogénéité du groupe des Latinos se traduit donc par les différentes nationalités. Elle résulte aussi de la diversité des cultures même si, au contraire des Asiatiques, une langue commune, une histoire partagée (notamment la colonisation et dans une certaine mesure aussi la domination américaine) et une culture religieuse véhiculée par le catholicisme lui-même superposé aux religions traditionnelles, scelle une certaine cohésion de cette communauté. Néanmoins, même si le catholicisme fédère encore près de 64% des Hispaniques²⁵⁶⁹, les Latinos seraient près de 60 000 par an à s'affilier à des églises évangéliques et parmi elles, au Pentecôtisme.

Les Hispaniques constituent à l'heure actuelle la minorité la plus importante au point que le modèle ternaire traditionnel (Blanc-Noir-Indien) se trouve substitué par une autre trilogie Blanc-Noir-Hispanique. Cette tendance va continuer à s'accroître dans les prochaines décennies en raison à la fois des flux migratoires abondants qui continuent d'arriver sur le territoire américain et du taux de natalité élevé des communautés hispaniques installées. Notons que parmi les Latinos, les personnes choisissent leur affiliation à différentes races : noire, asiatique, amérindien ou blanc. Outre le fait que beaucoup sont incertains quant à leur origine, un grand nombre souhaiterait s'afficher comme métissés. C'est ce que démontre le choix dans le recensement de 2000 pour la catégorie « autres races », laquelle révèle que 80% répondent *latino*. Lorsqu'ils ne se reconnaissent dans aucun choix racial, ils sont plus de 40 % à cocher la case « autre ».

Les Asiatiques représentent un groupe en constante augmentation qui se caractérise également par une forte hétérogénéité. D'après le recensement, est asiatique toute personne qui s'identifie comme telle et qui a son origine en Asie du Sud-Est, dans le sous-continent indien ou encore en Asie Orientale. Ce sont donc des personnes qui ont à la fois une origine nationale diverse, mais aussi des cultures fortes différentes, de même que des religions et des langues distinctes. La population asiatique se répartit essentiellement à l'Est et à l'Ouest du territoire américain mais tend à se dissiper de plus en plus dans de nombreux Etats. Augmentant en proportion, les asiatiques contribuent à la diversité religieuse du pays avec notamment le développement de l'Hindouisme, de l'Islam et du Bouddhisme.

La population noire représente plus de 12 % de la population totale soit 35, 4 millions de personnes. Plus grande minorité ethnique historique, son augmentation certes corrélativement moins importante que pour la communauté latino reste toutefois évidente. Les *African American* demeurent largement concentrés dans les Etats du sud. Il faut toutefois noter que dans près de la moitié des Etats leur proportion dépasse les 5% de la population totale. Les villes de New York, Chicago, Detroit, Philadelphie, Baltimore et de Washington D.C. continuent d'être des pôles de concentration de la population noire²⁵⁷⁰. Les noirs des Etats-Unis sont de plus en plus hétérogènes puisqu'aux noirs américains descendants d'esclaves se

²⁵⁶⁸ LACORNE, D., *Les Etats-Unis*, op.cit, p.21.

²⁵⁶⁹ GHORRA GOBIN, C., *Villes et religions aux Etats-Unis : entre instrumentalisation politique et héritage historique*, http://fig-st-die-education.fr/actes/actes_2002/ghorra/article.htm, p.2. Consulté le 01.01.2010.

²⁵⁷⁰ Il est intéressant de souligner que les américains qui déclarent l'identification à une origine afro-américaine sont aujourd'hui numériquement plus importants que les descendants revendiqués d'anglais. Nombreux, ils ne bénéficient toutefois pas toujours de la reconnaissance sociale attachée à la population blanche.

sont joint les personnes venues des caraïbes et les migrants africains, de plus en plus nombreux²⁵⁷¹. Les Africains Américains se caractérisent en outre par une certaine homogénéité religieuse puisque 77 % sont protestants²⁵⁷² et parmi eux 52 % sont baptistes. Les Amérindiens, ou autochtones, ont vu leur nombre décliner au fur et à mesure du temps. Les chiffres les dénombrent varient d'une source à l'autre et leur accroissement (250 000 dénombrés en 1900 et plus de 2 millions en 1990) témoignent d'avantage d'un processus de revalorisation de leur identité que d'un taux de fécondité extraordinaire²⁵⁷³. La moitié des amérindiens est concentrée dans cinq Etats : la Californie, l'Oklahoma, l'Arizona, le Nouveau-Mexique et la Caroline du Nord. Cette fierté culturelle qui suscite une revendication des origines chez de nombreuses personnes ne peut être corrélée avec une amélioration de leur situation sociale²⁵⁷⁴.

En outre, comme nous l'avons évoqué la mention « autre race » ou la mention « une ou plusieurs races » introduites dans le référendum de 2000 (7 millions d'Américains l'ont choisi) ou enfin la mention « américain » (7,2%) dans le questionnaire relatif aux origines ethniques permettent d'afficher des appartenances multiples ou au contraire d'opposer un refus de toute appartenance spécifique. La population multiraciale se situe majoritairement dans les grandes régions d'immigration récente du Sud, du Nord-est et de la côte Ouest²⁵⁷⁵. Notons à ce titre que les personnes ayant coché la mention « autre race » ont à plus de 80 % mentionné que cette race autre était la race hispanique ou latino. Cet élément nous conduit à nous interroger sur la pertinence du maintien de la catégorie ethnique latino.

Par conséquent, si l'on se réfère aux projections²⁵⁷⁶ réalisées pour 2050, on peut postuler que l'Amérique sera composée majoritairement par les « minorités » hispaniques, Noires et Métisses, le groupe des « blancs » devenant minoritaire d'un point de vue quantitatif. Cette situation de « Mestizo America »²⁵⁷⁷ déjà observable pour les Américains d'origine anglo-saxonne depuis les années 1930, ne sera pas sans soulever d'importantes questions et certainement des conséquences juridiques. Les projections pour les années 2030 et 2050 font en effet apparaître une nette dominance du groupe hispanique (133,106 millions en 2050), des noirs (71,863 millions en 2050). Ensuite il y a les blancs non-hispaniques (50, 3 millions en 2050), les Asiatiques (47,498 millions) et les Amérindiens (4,295 millions)²⁵⁷⁸.

²⁵⁷¹ NDIAYE, P., *La condition noire*, op.cit., p.52.

²⁵⁷² GHORRA GOBIN, C., *Villes et religions aux Etats-Unis : entre instrumentalisation politique et héritage historique*, http://fig-st-die-education.fr/actes/actes_2002/ghorra/article.htm, p.2. Consulté le 01.01.2010.

²⁵⁷³ MYERS, J., P., *Dominant-minority relations in America, Convergence in the New World*, 2nd éd., (2003), Pearson Education, Inc., 2007, 610 p., pp. 170-172.

²⁵⁷⁴ Notons que si le Navajo est la langue amérindienne la plus parlée puisqu'elle compte 142 886 locuteurs, seules trois autres langues comptent plus de 10 000 locuteurs : le dakota ou sioux, l'apache ou encore le pima. Les autres langues déclinent et certaines sont en voie d'extinction.

²⁵⁷⁵ U.S.Census Bureau. Census 2000. Redistricting Data (PL 94-171). Summary File.

²⁵⁷⁶ U.S. Bureau of the census, Statistical Abstract of the U.S., 2002, Current Population reports, 2002.

²⁵⁷⁷ STEINBERG, S., « *For Immigrants-but not blacks* », in Tamar Jacoby (dir.), *Reinventing the melting pot. The New Immigrants and what it means to Be American*, New York, Basic Books, 2003, p.212.

²⁵⁷⁸ U.S. Bureau of the Census, Statistical Abstract of the U.S., 2002; Current Population Report.

ANNEXE 6

Le contexte sociologique de la diversité:

La diversité linguistique en France

On trouvera ici une esquisse de la diversité linguistique en France. En France, la question de la diversité linguistique entendue d'un point de vue juridique reste relative puisque la langue française est l'idiome officiel en vertu de l'article 2 de la Constitution de 1958 qui stipule que « la langue de la République est le français ». Cette idée fut réaffirmée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999²⁵⁷⁹ laquelle établit que la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires est contraire à la Constitution. En effet, cette dernière, pourtant signée par la France le 7 mai 1999, contreviendrait aux principes républicains d'indivisibilité, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français en conférant des droits spécifiques aux utilisateurs des langues minoritaires et régionales en plus de se révéler contraire à la disposition de l'article 2 susmentionné. Signée mais non encore ratifiée, la charte n'a fait l'objet d'acceptation par la France que sur 39 engagements alors qu'elle en compte 98. De son côté, le Conseil d'Etat a reconnu qu'au moins 35 d'entre eux seraient conformes au droit constitutionnel français. Ne liant pas à ce jour l'Etat français, la charte polarise pourtant la vie politique opposant ceux qui préconisent de modifier l'article 2 de la Constitution à ceux qui la décrivent comme un danger pour la République. Ainsi, la position institutionnelle laisse penser que la France ne connaît pas de diversité linguistique.

Pour autant, si l'on s'en tient aux travaux de B. Cerquiglini réalisés en 1999 à la demande du ministère de la Culture et de l'Education nationale²⁵⁸⁰, il y aurait en France 75 langues dites régionales ou minoritaires aux termes de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires²⁵⁸¹. Parmi elles, 24 seraient considérées comme des langues régionales de la France métropolitaine et des DOM-TOM c'est-à-dire celles qui ont un ancrage géographique spécifique. Les langues dites minoritaires sont en vertu de la charte celles « pratiquées par des ressortissants de l'Etat qui sont différentes de la (des) langue (s) pratiquée (s) par le reste de la population de l'Etat mais qui bien que traditionnellement pratiquées sur le territoire de l'Etat, ne peuvent être rattachées à une aire géographique particulière de celui-ci ». Il existerait aussi en France des langues minoritaires dites sans territoire que sont le berbère, l'arabe dialectal, le yiddish, le romani chib et l'arménien occidental. Tous ces idiomes, qui comme nous l'avons suggéré n'incluent pas les dialectes, ne jouissent pas d'un même statut²⁵⁸².

²⁵⁷⁹ Conseil constitutionnel, n° 99-412 DC du 15 juin 1999.

²⁵⁸⁰ Directeur de l'Institut national de la langue française au CNRS, Bernard Cerquiglini a remis un rapport au ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie ainsi qu'au ministre de la Culture et de la communication en vue de la ratification de la Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires. Voir CERQUIGLINI, B., « les langues de la France », http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/lang-reg/rapport_cerquiglini/langues-france.html.

²⁵⁸¹ La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires définit dans son article 1 a) de telles langues comme étant « 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 ; et différentes de la (des) langue (s) officielle (s) de cet Etat; elle n'inclut ni les dialectes de la (des) langue (s) officielle (s) de l'Etat ni les langues des migrants ».

²⁵⁸² Ainsi, à côté de la langue officielle, il y a les langues localement reconnues (le corse, le tahitien, les langues Kanak), celles sans statut ni reconnaissance officielle (par exemple le créole de la réunion, le flamand occidental...), les langues et parlers en voie très avancée d'extinction (le calvais, le yéniche...), les langues proposées à la reconnaissance comme c'est le cas de la langue des signes (Proposition formulée en 2000 par le

ANNEXE 7

Le contexte sociologique de la diversité :

La diversité linguistique aux Etats-Unis

On trouvera ici une esquisse de la diversité linguistique aux Etats-Unis. Aux Etats-Unis, il n'existe pas de langue officielle. Même si l'anglais s'est imposé dans les faits, son utilisation n'est pas constitutionalisée au niveau fédéral. Pourtant, l'idée des constituants n'était pas de reconnaître la diversité linguistique en soi, mais plutôt de s'abstenir de légiférer afin que l'anglais s'impose par lui-même²⁵⁸³. Etait recherchée l'évidence plutôt que la rationalité juridique. En effet, cette dernière peut se trouver contestée à tout moment par une norme de même valeur ou de valeur supérieure dans la hiérarchie des normes. En ce sens, elle est donc perçue comme plus fragile qu'une norme sociale communément acceptée puisque envisagée comme « une vérité », un « acquis », une donnée *a priori* intangible.

Ainsi, comme nous l'avons précédemment évoqué, en vertu de la clause de compétence de l'article 10 de la Constitution les pouvoirs qui ne sont pas expressément dévolus au gouvernement fédéral appartiennent aux Etats fédérés. Dans ce contexte, la langue fait partie des pouvoirs résiduels des Etats. C'est pourquoi, de nombreux Etats ont fait de l'anglais leur langue officielle, mention qu'ils ont inscrite dans leur Constitution. C'est le cas de vingt-neuf Etats à ce jour. Toutefois, le fait de ne pas constitutionaliser l'anglais comme langue de l'Etat ne signifie pas pour autant que lesdits Etats n'ont pas légiféré en matière linguistique, favorisant les langues minoritaires ou au contraire prenant des mesures linguistique restrictives.

Au niveau des langues parlées, le recensement de 2000 relève que 82,1% de la population totale parle l'anglais dans les foyers et que par conséquent, 17,8 % ont opté pour une autre langue de communication dans leur sphère intime. Le pourcentage des personnes utilisant l'anglais est en diminution en comparaison avec les chiffres de 1990 (86,1%). Néanmoins, cela ne signifie pas que les personnes ne s'expriment pas du tout en anglais. Selon les résultats du recensement de 2000, seules 28 % répondent à cette dynamique, ne le maîtrisant pas. Au total, 329 langues sont parlées aux Etats-Unis si l'on se réfère aux résultats du dernier recensement. L'espagnol est la seconde langue la plus parlée (10,71 %), loin devant le chinois (0,77%), le français, l'allemand, le philippin, le vietnamien, l'italien, le coréen ou le russe²⁵⁸⁴.

Sénat, voir <http://www.senat.fr/leg/pp199-407.html>) et enfin les langues principales de l'immigration (l'arabe, le bambara, le chinois, etc...).

²⁵⁸³ Lors de l'établissement des Etats-Unis, tous les documents devaient être imprimés en Anglais, Allemand et Français en fonction du lieu où ils devaient être distribués, et ce, en raison de considérations pratiques. WILCOX, D.M., « American Core Values and Questions of Diversity », in NAYLOR, L.L., *Problems and Issues of Diversity in the United States*, pp.19-54, p. 24.

²⁵⁸⁴ Notons que le recensement qui sera réalisé en 2010, a été publié en deux langues, l'anglais et l'espagnol, et était disponible sur demande en plusieurs autres langues.

ANNEXE 8

Le contexte sociologique de la diversité :

La diversité du point de vue des croyances et religions en France²⁵⁸⁵

On trouvera ici une esquisse de la diversité religieuse en France. En France, la laïcité confine la croyance et la spiritualité dans l'espace privé. Pour autant, cela ne signifie pas que la libre expression religieuse ou spirituelle soit privatisée. Une telle expression est admise et légitime dans l'espace public tout en étant soumise à certaines conditions précises. Par contre, il est certain que l'article 1^{er} de la Constitution interdit de catégoriser les personnes en raison de leur appartenance religieuse. Du fait de cette interdiction de recenser les personnes en fonction d'un critère religieux, il s'avère difficile de présenter une photographie de l'appartenance religieuse des citoyens et non-citoyens présents sur le territoire français. Les indications que nous possédons résultent de sondages effectués de manière périodique à la demande d'instituts ou de journaux. Dans ce cadre, un sondage réalisé en mars 2003 par l'institut CSA²⁵⁸⁶ révèle que : 62 % des personnes interrogées se disent appartenir à la religion catholique, 6% à la religion musulmane, 2% se proclament protestants, 1% juifs et 26 % sans religion. Il est bien entendu que nous faisons ici référence au nombre de croyants et non aux pratiquants. En outre, il y aurait en France 40 000 édifices culturels catholiques, 1 685 mosquées et salles de prières²⁵⁸⁷, 957 temples protestants et 82 synagogues²⁵⁸⁸.

La religion catholique a longtemps caractérisé l'Etat français, en tant que religion d'Etat puis religion culturelle. En effet, depuis le V^{ème} siècle et jusqu'au règne de Napoléon, la société française était dominée socialement et politiquement par l'église catholique. Ce n'est qu'au début du XX^{ème} siècle que l'Etat cesse d'être confessionnel, adoptant une législation spécifique postulant la séparation entre l'église et l'Etat ou plus exactement la neutralité de l'Etat face à la religion. Néanmoins, en dépit de cette neutralité affichée, le catholicisme a marqué tout à la fois le droit français, la culture et l'organisation même de la vie sociale française²⁵⁸⁹. Jusque dans les années 70, près de 90 % des français étaient baptisés. Ce chiffre est à présent en diminution mais l'influence du catholicisme en tant que référent culturel reste indéniable.

La religion musulmane est devenue la seconde religion du pays alors qu'elle est la plus « jeune » sur le territoire national. Selon un rapport publié par le Haut-commissariat à l'intégration²⁵⁹⁰, il y aurait 4 à 5 millions de musulmans en France²⁵⁹¹ ce qui ferait de la

²⁵⁸⁵ Par croyances on entend le fait de croire à la vérité ou à l'existence de quelque chose. Par religion on entend à la fois un ensemble de croyances et de dogmes définissant le rapport de l'homme avec le sacré et un ensemble de pratiques de rites propres à chacune de ces croyances. Le petit Larousse Illustré. 2006.

²⁵⁸⁶ Ce sondage avait pour thème « Les Français et leurs croyances » et fut commandé par le journal le Monde et l'hebdomadaire catholique « La Vie ».

²⁵⁸⁷ Ce chiffre est en constante augmentation. Ainsi par exemple les chiffres de 1999, donnés par le ministère de l'intérieur, en dénombrent 1500, ceux de 2003, 1558 et ceux de 2007, 1685.

²⁵⁸⁸ Voir, Haut-commissariat à l'intégration, *L'islam dans la République*, édité par la documentation française, novembre 2000.

²⁵⁸⁹ Le repos dominical ou encore à la majorité des jours fériés.

²⁵⁹⁰ Haut-commissariat à l'intégration, *L'islam dans la République*, op.cit.

²⁵⁹¹ De nombreuses divergences existent au sujet des chiffres allant de 3,7 millions selon la démographe Michèle Tribalat à 7 millions selon Jean Paul Gourévitch. GOUREVITCH, j.p., *Les migrations en Europe*, op.cit, p.362.

France le premier pays musulman d'Europe. Le chiffre de 4 155 000 musulmans avancé fait état de 2 900 000 qui seraient originaires du Maghreb (respectivement 1 550 000 d'Algérie, 1 000 000 du Maroc et 350 000 de Tunisie), 100 000 du Moyen-Orient, 315 000 de Turquie, 250 000 d'Afrique Noire, 100 000 d'Asie, 350 000 demandeurs d'asile et clandestins et 40 000 seraient des français « d'origine » convertis. Selon ces estimations, la moitié des musulmans présents sur le territoire français auraient la citoyenneté française. La pratique religieuse varie fortement d'un groupe à l'autre, les Tunisiens, les Turcs et les Marocains étant majoritairement considérés comme les plus pratiquants²⁵⁹². Au niveau institutionnel, on recense six fédérations, l'Union des Organisations Islamiques de France (UOIF)²⁵⁹³, La Grande Mosquée de Paris²⁵⁹⁴, la Fédération nationale des musulmans de France (FNMF)²⁵⁹⁵, le Tabligh²⁵⁹⁶, le Comité musulman des Turcs français (CMTF)²⁵⁹⁷ et enfin la Fédération française des associations islamiques d'Afrique, des Comores et des Antilles (FFAIACA)²⁵⁹⁸. Si le gouvernement français se refuse à enfermer officiellement les personnes dans des catégories ethniques et religieuses, ce dernier a toutefois créé le 3 mai 2003 le Conseil français du culte musulman (CFCM). Bien qu'il demeure une association sans statut légal particulier, il dispose néanmoins d'une certaine représentativité de la communauté musulmane de France. En fait, le CFCM a des conseils régionaux du culte musulman, les CRCM, lesquels s'imposent comme de véritables interlocuteurs face aux préfetures et aux élus locaux sur les questions relatives aux intérêts du culte musulman de France, à leur représentation mais également à la promotion du dialogue entre les religions.

Les protestants en France représentent 1 million de personnes soit environ 2, 2 % de la population française. Inégalement répartis sur le territoire national, on note toutefois une implantation dominante dans les régions d'Alsace et du Languedoc. Essentiellement partagés entre les Eglises luthériennes, les Eglises réformées, les Eglises évangéliques et les Eglises pentecôtistes, ces croyants sont regroupés au sein de deux fédérations : la fédération protestante de France et l'Alliance évangélique française.

Le judaïsme en France représente 1% des français alors même qu'il jouit d'une grande visibilité, notamment médiatique²⁵⁹⁹. Notons que le judaïsme est, proportionnellement à la population, en net recul puisqu'au début du siècle la France rassemblait encore la première communauté juive d'Europe occidentale. Si l'ensemble des Français de confession d'origine ou de tradition juive est aujourd'hui estimé à 700 000, ils ne seraient que 100 000 à faire partie de la communauté organisée juive.

Le bouddhisme représenterait 600 000 personnes. Ce chiffre est en forte augmentation à tel point que certains annoncent même que 2 millions de personnes pratiqueraient la méditation ou suivraient les principes bouddhistes²⁶⁰⁰.

²⁵⁹² SANCHEZ, M., *L'islam de France: 2ème religion de France*, article du 25 octobre, 2002 publié dans Fides journal.com, <http://fides.ifrance.com/fides/html/islam1.html?3&weborama=3>.

²⁵⁹³ L'UOIF est proche de l'organisation égyptienne des frères musulmans créée par Hassan Al Banna en 1928. Elle prône un islam fondamentaliste qui s'intègre à la laïcité. Elle regroupe plus de 300 associations.

²⁵⁹⁴ La Grande Mosquée de Paris est la plus ancienne institution musulmane de France. Liée à la communauté algérienne, elle prône un islam moderne et ouvert.

²⁵⁹⁵ La FNMF entretient des liens étroits avec le Maroc et postule un Islam modéré.

²⁵⁹⁶ Le Tabligh est le plus grand mouvement missionnaire de l'Islam qui joue un rôle important dans la réislamisation des immigrés. Il a été créé en Inde en 1927.

²⁵⁹⁷ Le CMTF est rattaché à la Turquie.

²⁵⁹⁸ La FFAIACA n'a pas beaucoup de visibilité. La plupart des imams qui s'y rattache officie—dans des mosquées situées au cœur de foyers de travailleurs.

²⁵⁹⁹ AZRIA, R., *L'image du judaïsme en France*, Hors-série Sciences Humaines, n° 41 Juin –Juillet– Août 2003.

²⁶⁰⁰ LENOIR, F., *France : La vague bouddhiste*, l'Express dans Ensemble : Culture et Société, 1999.

Le contexte sociologique de la diversité :

La diversité religieuse aux Etats-Unis

On trouvera ici une esquisse de la diversité religieuse aux Etats-Unis. Aux Etats-Unis, la diversité religieuse est différente et différemment appréhendée. Cela résulte de la tradition religieuse des Etats-Unis qui contrairement à la France ne s'est pas bâtie autour d'une religion ensuite détachée de l'Etat mais par rapport à une tradition de tolérance religieuse. Il convient en effet de rappeler que dès le XVII^{ème} siècle, des milliers de migrants sont venus trouver asile dans certaines colonies anglaises, fuyant les persécutions en Angleterre et en Hollande. Ce fut notamment le cas des puritains qui arrivèrent dans le Massachusetts dès 1620. L'intolérance religieuse fut également présente chez les nouveaux arrivants. Ainsi, l'attitude des puritains de la Nouvelle Angleterre suscita la fuite de nombreux immigrants récemment arrivés et la fondation consubstantielle de nouvelles colonies telles que le Rhode-Island ou encore le Connecticut. De même, le Maryland accueille des catholiques anglais persécutés dans leur pays d'origine. Les villes portuaires de New York, de Philadelphie et de Charleston virent aussi l'affluence de Huguenots français après la révocation de l'édit de Nantes en 1685.

Ainsi donc, les différentes premières vagues d'immigration ont rimé avec une dimension religieuse liée à la fuite de l'intolérance en vigueur dans les pays européens. Cette arrivée aux Etats-Unis s'est alors manifestée par la formation d'une colonie ou à défaut, d'un îlot communautaire, tous deux garantissant une pratique libre de la foi et la sécurité qui lui est attenante. Par conséquent, même si le protestantisme s'est imposé en tant que référent culturel de par la majorité numérique et politique qui le pratique, la multitude des mouvements religieux est une réalité intrinsèque à l'histoire américaine²⁶⁰¹.

Aujourd'hui, environ 80 % des Américains se disent croyants et plus de la moitié sont pratiquants²⁶⁰². Les chrétiens sont donc les plus nombreux, comptant avec 79,8 % des personnes qui s'en réclament selon le recensement de 2000. Ce chiffre, en baisse en comparaison avec les chiffres de 1990, doit être apprécié comme la somme des catholiques romains qui représentent 25,9% du total et des autres chrétiens, à savoir les protestants, qui sont 54%. Ces mutations et le fait que les catholiques romains ont progressé en valeur absolue²⁶⁰³ s'expliquent par l'affluence d'immigrés latino-américains majoritairement catholiques romains. Si les protestants sont répartis sur l'ensemble du territoire, les catholiques se concentrent d'avantage dans les villes de New-York, Boston et de Philadelphie au Nord-est, de Chicago et Milwaukee dans le Middle West, de Los Angeles et San Francisco sur la Côte ouest ainsi qu'en Nouvelle-Orléans, Miami ou encore à San Antonio.

²⁶⁰¹ D'un point de vue sémantique, notons qu'aux Etats-Unis la chrétienté est rattachée en premier lieu au protestantisme. Dans ce contexte, le catholicisme bénéficie d'une appellation spécifique. Néanmoins, les protestants sont souvent eux-mêmes désignés par des dénominations particulières telles que les Baptistes, les anglicans, les luthériens, etc.

²⁶⁰² Voir recensement 2000. Bureau du recensement américain, <http://www.census.gov/prod/www/religion.htm>. Consulté le 10.01.2011.

²⁶⁰³ *Ibid.*

Il est important de souligner que les sectes ne sont pas interdites aux Etats-Unis, et moins encadrées qu'elles ne le sont en France²⁶⁰⁴. Les Mormons sont ainsi majoritairement concentrés dans l'Etat de l'Utah où 70% de la population est affiliée à l'église Mormone, tout comme 100 % du clergé, 80 % des juges et 90 % de la législature²⁶⁰⁵. Cette dernière compte plus de 5 millions de personnes et selon le recensement de 2000 représente un pourcentage aussi important que les juifs (1,5%) et bien plus que les musulmans, les bouddhistes ou les hindous.

Parmi les autres religions, on trouve les juifs qui représentent 1,4 % des personnes. La diaspora juive s'est principalement constituée à l'issue des pogroms de Russie en 1881. Les persécutions antisémites en Europe durant la première moitié du XX^{ème} siècle constituent un second pôle d'immigration juive. En comparaison avec la décennie précédente, le judaïsme semble décliner. Les communautés juives les plus importantes sont établies à New-York, Los Angeles et Washington.

En outre, 1,3 % des personnes qui définissent leur appartenance religieuse ne se rattache pas une dénomination particulière. Ces personnes qui manifestent leur spiritualité et ne se considèrent pour autant d'aucune religion particulière sont de plus en plus nombreuses en référence à 1990²⁶⁰⁶.

Les Musulmans représentent 0,6% des personnes selon le recensement de 2000. Ce chiffre est en progression. La plupart des musulmans installés aux Etats-Unis ne viennent pas de pays arabes mais plutôt de l'Asie et notamment de l'Indonésie et du Pakistan. Toutefois, parmi ces 5 millions de musulmans, on dénombre de plus en plus de convertis notamment au sein de la communauté afro- américaine.

Les Bouddhistes, en nette augmentation, représentent 0,5 % des personnes affichant leur appartenance religieuse. Les Hindous sont également en nette augmentation avec 0,4 %. Ce rattachement de plus en plus manifeste aux religions orientales s'explique en grande partie par l'importance de l'immigration asiatique.

Enfin, 15 % des personnes contre 8,4% en 1990 se disent sans religion, athées ou agnostiques. Cette croissance s'inscrit dans un mouvement de sécularisation perceptible en Occident.

Ainsi, l'Amérique contemporaine ressemble à une « mosaïque de communautés distinctes »²⁶⁰⁷. Au niveau religieux une nouvelle triade musulmans- bouddhistes- hindous rejoint la trinité traditionnelle protestants- catholiques- juifs.

²⁶⁰⁴ En France, les sectes ne sont pas interdites en tant que telles. La loi française n° 2001-504 du 12 juin 2001, dite loi About-Picard, « tend à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires, portant atteinte aux Droits de l'Homme et aux libertés fondamentales ».

²⁶⁰⁵ GHORRA GOBIN, C., *Villes et religions aux Etats-Unis : entre instrumentalisation politique et héritage historique*, op.cit., p.2.

²⁶⁰⁶ Le pourcentage de personnes qui se manifeste-comme telles passé de 0,1% en 1990 à 1,3 % en 2000.

²⁶⁰⁷ *Etats Unis, peuples et cultures*, l'Etat du Monde, Paris, La Découverte, Poche, 2004, 224p.

ANNEXE 10

Evolution de la part des populations étrangères et immigrées en France

Évolution de la part des populations étrangères et immigrées en 2008									
	Part dans la population totale								
	Population (en milliers)	Français de naissance (en milliers)	Français de naissance (en %)	Français par acquisition (en milliers)	Français par acquisition (en %)	Étrangers (en milliers)	Étrangers (en %)	Immigrés (en milliers)	Immigrés (en %)
1921	38'798	37'011	95.4	254	0.7	1'532	3.9	1'429	3.7
1926	40'228	37'570	93.4	249	0.6	2'409	6.0	2'288	5.7
1931	41'228	38'153	92.5	361	0.9	2'715	6.6	2'729	6.6
1936	41'183	38'468	93.4	517	1.3	2'198	5.3	2'326	5.6
1946	39'848	37'251	93.5	853	2.1	1'744	4.4	1'986	5.0
1954	42'781	39'948	93.4	1'068	2.5	1'765	4.1	2'293	5.4
1962	46'459	43'038	92.6	1'267	2.8	2'151	4.7	2'861	6.2
1968	49'655	45'775	92.1	1'316	2.7	2'664	5.3	3'281	6.6
1975	52'599	47'765	90.8	1'392	2.6	3'442	6.5	3'887	7.4
1982	54'296	49'160	90.5	1'422	2.6	3'714	6.8	4'037	7.4
1990	56'652	51'275	90.5	1'780	3.1	3'597	6.3	4'166	7.4
1999	58'521	52'902	90.4	2'355	4.0	3'263	5.6	4'309	7.4
Au 1er janvier 2008	62'135	55'808	89.8	2'723	4.4	3'603	5.8	5'237	8.4

Champ : France métropolitaine.
Source : Insee, recensements de la population.

Source : http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATTEF02131

Consulté le 01.07.2012

ANNEXE 11

Acquisition de la nationalité française en 2010

Acquisitions de la nationalité française en 2010													
	1995	1996	1997	1998	1999	2000 (r)	2001	2002	2003	2004	2005 (r)	2006 (r)	2007
Acquisitions par décret	40'867	58'098	60'485	58'123	67'569	77'478	64'595	64'086	77'111	99'387	101'785	87'878	70'095
par naturalisation	36'280	50'730	53'189	51'303	59'836	68'750	57'627	58'374	69'281	89'739	89'100	77'655	64'046
par réintégration	4'587	7'368	7'296	6'820	7'733	8'728	6'968	5'712	7'830	9'648	12'685	10'223	6'049
Acquisitions par déclaration anticipée	///	///	///	12'300	42'433	35'883	31'071	30'282	29'419	29'872	27'258	26'881	26'945
Acquisitions par mariage	18'121	19'381	20'969	22'145	24'091	26'056	23'994	26'351	30'922	34'440	21'527	29'276	30'989
Autres déclarations d'acquisition et de réintégration	2'896	2'499	2'222	1'644	2'342	2'038	1'971	2'120	2'487	1'441	1'291	1'280	1'397
Acquisitions sans formalités	///	///	///	(e) 4'000	11'087	8'570	5'917	5'258	4'710	3'705	2'966	2'553	2'576
Total des acquisitions	92'410	109'823	116'194	(e) 123'761	147'522	150'025	127'548	128'097	144'649	168'845	154'827	147'868	132'002
e : donnée estimée.													
r : données révisées.													
/// : données non disponibles.													
Champ : France.													

Source : http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATTEF02161
 Consulté le 01.07.2012

ANNEXE 12

Contrat d'accueil et d'intégration

http://www.ambafrance-ml.org/IMG/pdf/Contrat_CAI.pdf

ANNEXE 13

Naturalization Oath Ceremony- United-States

http://cliniclegal.org/sites/default/files/231718_CLINIC_09.pdf

ANNEXE 14

Décision n° 91-290 DC du 09 mai 1991 « Statut de la Corse »

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1991/91-290-dc/decision-n-91-290-dc-du-09-mai-1991.8758.html>

- Saisine complémentaire par 60 députés
- Saisine par 60 députés
- Saisine par 60 sénateurs
- Saisine par Président du Sénat

Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 12 avril 1991, par MM Pierre Mazeaud, Jacques Chirac, Bernard Pons, Robert Pandraud, Franck Borotra, Henri Cuq, Alain Jonemann, Jean-Louis Goasduff, Lucien Guichon, Michel Terrot, Roland Vuillaume, Bernard Debré, Emmanuel Aubert, René Couveinhes, Etienne Pinte, Georges Gorse, Philippe Séguin, Edouard Balladur, Claude Barate, Nicolas Sarkozy, Michel Giraud, Jean Falala, Mme Françoise de Panafieu, MM Robert Poujade, Dominique Perben, Charles Paccou, Gabriel Kaspereit, Mme Martine Daugreilh, MM Eric Raoult, Richard Cazenave, Jean-Louis Masson, Mme Lucette Michaux-Chevry, MM Michel Péricard, Antoine Rufenacht, Jean-Louis Debré, Gérard Léonard, Jacques Toubon, Jean-Michel Couve, Patrick Ollier, Jean Valleix, Claude Dhinnin, François Fillon, Patrick Devedjian, Alain Cousin, Jean Kiffer, Christian Estrosi, Jean-Pierre Delalande, Pierre-Rémy Houssin, Roland Nungesser, Jean-Yves Chamard, Jean Tiberi, Georges Tranchant, Jean-Paul de Rocca Serra, Jacques Masdeu-Arus, Jean-Claude Mignon, Olivier Dassault, Guy Drut, Olivier Guichard, Pierre Pasquini, Arthur Dehaine, Robert-André Vivien, Robert Galley, Arnaud Lepercq, François Grussenmeyer, Henri de Gastines, René Galy-Dejean, Serge Charles, Didier Julia, Charles Millon, Mme Louise Moreau, MM Raymond Marcellin, Jean-Marie Caro, Jean Brocard, Francisque Perrut, Henri Bayard, Jean-Luc Preel, Marc Reymann, François Léotard, Jean-François Mattei, Jean Bregault, Georges Mesmin, Maurice Ligot, Jean-Guy Branger, Jean Rigaud, Philippe de Villiers, Claude Gatignol, René Garrec, Francis Delattre, Arthur Paecht, Georges Colombier, Charles Fèvre, André Rossinot, Claude Gaillard, Jean-Pierre Philibert, Jean-François Deniau, Mme Yann Piat, MM Gilles de Robien, Willy Diméglio, Roland Blum, Hubert Falco, Gérard Longuet, Ladislas Poniatowski, Philippe Vasseur, Jean Desanlis, Charles Ehrmann, Jean-Yves Haby, Pierre-André Wiltzer, Bernard Bosson, Jean-Pierre Foucher, Francis Geng, Pierre Méhaignerie, Georges Chavanes, Michel Jacquemin, Edouard Landrain, Jean-Paul Virapoullé, Mme Monique Papon, M Jacques Barrot, députés, et le 15 avril 1991, d'une part, par M Alain Poher, président du Sénat, et, d'autre part, par MM François Giacobbi, Charles Ornano, Charles Pasqua, Marcel Lucotte, Daniel Hoeffel, Ernest Cartigny, Etienne Dailly, Michel Alloncle, Michel Amelin, Hubert d'Andigné, Honoré Bailet, Henri Belcour, Jacques Bérard, Amédée Bouquerel, Yvon Bourges, Jean-Eric Bousch, Jacques Braconnier, Mme Paulette Brisepierre, MM Camille Cabana, Michel Caldaguès, Robert Calmejane, Jean-Pierre Camoin, Gérard César, Jean Chamant, Michel Chauty, Jean Chérioux, Henri Collette, Maurice Couve de Murville, Charles de Cuttoli, Désiré Debavelaere, Luc Dejoie, Jacques Delong, Charles Descours, Michel Doublet, Alain Dufaut, Pierre Dumas, Marcel Fortier, Philippe François, Philippe de Gaulle, Alain Gérard, François Gerbaud, Charles Ginesy, Mme Marie-Fanny Gournay, MM Adrien Gouteyron, Georges Gruillot, Yves Guéna, Hubert Haenel, Emmanuel Hamel, Mme Nicole de Hauteclocque, MM Bernard Hugo, Roger Husson, André Jarrot, André Jourdain, Paul Kauss, Christian de La Malène, Lucien Lanier, Gérard Larcher, René-Georges Laurin, Marc Lauriol, Jean-François Le Grand, Maurice Lombard, Paul Masson, Michel Maurice-Bokanowski, Jacques de Menou, Mme Hélène Missoffe, MM Geoffroy de

Montalembert, Paul Moreau, Arthur Moulin, Lucien Neuwirth, Paul d'Ornano, Jacques Oudin, Soséfo Makapé Papilio, Alain Pluchet, Christian Poncelet, Claude Prouvoyeur, Jean-Jacques Robert, Mme Nelly Rodi, MM Josselin de Rohan, Michel Rufin, Maurice Schumann, Jean Simonin, Jacques Sourdille, Martial Taugourdeau, Jacques Valade, Serge Vinçon, André-Georges Voisin, Philippe de Bourgoing, Christian Bonnet, André Bettencourt, Michel Miroudot, Henri de Raincourt, Serge Mathieu, Jacques Larché, Michel Poniatowski, Jean-Claude Gaudin, Guy Cabanel, Pierre-Christian Taittinger, Ambroise Dupont, Louis Boyer, Bernard Seillier, Jean Puech, Michel d'Aillières, Richard Pouille, Roger Chinaud, Jean-Pierre Tizon, Jean-Paul Chambriard, Jean Dumont, Roland du Luart, Henri Revol, Jean-Paul Bataille, Charles-Henri de Cossé-Brissac, Hubert Martin, Pierre Croze, François Trucy, Jean Delaneau, Jean Boyer, Maurice Arreckx, Michel Crucis, Jean Clouet, René Travert, Albert Voilquin, André Pourny, Jean-Paul Emin, Yves Goussebaire-Dupin, Pierre Louvot, Roger Boileau, Paul Caron, Auguste Chupin, Marcel Daunay, André Dagnac, André Egu, Jean Faure, Bernard Guyomard, Rémi Herment, Jean Huchon, Jean Lecanuet, Edouard Le Jeune, François Mathieu, Jacques Moutet, Roger Poudonson, Guy Robert, Paul Séramy, Michel Souplet, Albert Vecten, Xavier de Villepin, Pierre Laffitte, Max Lejeune, Jacques Bimbenet, Georges Berchet, Paul Girod, Raymond Soucaret, Jean Roger, Bernard Legrand, François Abadie, François Lesein, Henri Collard, Yvon Collin, André Boyer, Charles-Edmond Lenglet, Louis Brives, Jean François-Poncet, Hubert Durand-Chastel, François Delga, Jacques Habert, Philippe Adnot, Jean Grandon, sénateurs, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse ;

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 modifiée portant loi organique relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 modifiée portant création et organisation des régions ;

Vu la loi n° 75-536 du 15 mai 1975 portant réorganisation de la Corse ;

Vu la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

Vu la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, modifiée notamment par la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 ;

Vu la loi n° 87-10 du 3 janvier 1987 relative à l'organisation régionale du tourisme ;

Vu la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en oeuvre du droit au logement ;

Vu le mémoire complémentaire présenté par les députés auteurs de la première saisine, enregistré au secrétariat général du Conseil constitutionnel le 15 avril 1991 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les saisines défèrent au Conseil constitutionnel la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse ; que les auteurs de la première saisine contestent la régularité de la procédure suivie pour son adoption ; que les députés et les sénateurs, auteurs respectivement des première et troisième saisines critiquent, pour d'autres motifs, la constitutionnalité de plusieurs articles de la loi ;
- SUR LA PROCEDURE LEGISLATIVE :

2. Considérant que les auteurs de la première saisine soutiennent que la loi a été adoptée en méconnaissance des dispositions de l'article 44, alinéa 1, de la Constitution, relatives au droit d'amendement ; que, selon eux, l'exercice de ce droit permettait aux députés, lorsque l'Assemblée nationale a été appelée à statuer définitivement sur le texte en discussion, de déposer des amendements que le Sénat avait adoptés lors de son examen en première lecture ; que l'irrecevabilité opposée à de semblables amendements repose sur une fausse application des dispositions de l'article 45 de la Constitution ;

3. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 45 "tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique" ; que les deuxième et troisième alinéas du même article définissent la procédure législative applicable selon qu'il y a ou non création d'une commission mixte paritaire puis mise en discussion et

adoption éventuelle du texte élaboré par elle ; que, dans cette dernière éventualité, aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement ; qu'en vertu du quatrième alinéa de l'article 45, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par chaque assemblée, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement soit sur le texte élaboré par la commission mixte, soit sur le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat ;

4. Considérant que si le droit d'amendement, qui est le corollaire de l'initiative législative, peut s'exercer à chaque stade de la procédure, il est soumis à des limitations particulières quand est mis en discussion le texte élaboré par la commission mixte paritaire ou lorsque le Gouvernement invite l'Assemblée nationale, sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 45 de la Constitution, à statuer définitivement ; que, dans l'hypothèse où l'Assemblée est appelée à se prononcer sur le dernier texte voté par elle, ne peuvent être adoptés que les amendements votés par le Sénat lors de la dernière lecture par lui du texte en discussion ;

5. Considérant qu'à la suite de l'échec de la procédure de la commission mixte paritaire, le Sénat, appelé à débattre en nouvelle lecture du projet de loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, a adopté la question préalable ; qu'il a ainsi renoncé à l'amender à ce stade de la procédure ; que le Gouvernement a alors demandé à l'Assemblée nationale de se prononcer définitivement ; que, dans ces circonstances, c'est par une exacte application des dispositions du quatrième alinéa de l'article 45 de la Constitution qu'ont été déclarés irrecevables, lors de la lecture définitive du texte par l'Assemblée nationale, les amendements qui se proposaient de reprendre ceux qui avaient été adoptés en première lecture par le Sénat ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure législative doit être écarté ;

- SUR LES AUTRES MOYENS D'INCONSTITUTIONNALITE INVOQUES :

7. Considérant que les auteurs de la première saisine comme ceux de la troisième saisine demandent au Conseil constitutionnel de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 1er de la loi en ce qu'elles comportent la reconnaissance du "peuple corse" ; que, selon les auteurs de la première saisine, l'inconstitutionnalité de l'article 1er entraîne, par voie de conséquence, celle de l'intégralité du texte de la loi dans la mesure où l'article 1er fonde la spécificité du statut de la collectivité territoriale de Corse ; que les première et troisième saisines critiquent les dispositions de la loi qui dotent la collectivité territoriale de Corse d'une "organisation particulière" ainsi que le texte de l'article 85 relatif à la refonte de la liste électorale de chaque commune de Corse ;

8. Considérant que les auteurs de la première saisine font valoir, en outre, que sont contraires à la Constitution les modalités retenues par les articles 10 à 14 de la loi en vue d'assurer la représentation au Sénat de la collectivité territoriale de Corse ; qu'il en va de même des dispositions qui définissent les attributions de cette collectivité car elles ont pour effet de priver les deux départements de Corse de compétences substantielles ;

9. Considérant que les auteurs de la troisième saisine contestent également les dispositions de l'article 7 en tant qu'elles édictent une incompatibilité spécifique aux élus de Corse ainsi que celles de l'article 53 en ce qu'elles prévoient l'insertion de l'enseignement de la langue et de la culture corses dans le temps scolaire des établissements situés dans la collectivité territoriale de Corse ;

En ce qui concerne l'article 1er :

10. Considérant que l'article 1er de la loi est 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." ;

11. Considérant que cet article est critiqué en ce qu'il consacre juridiquement l'existence au sein du peuple français d'une composante "le peuple corse" ; qu'il est soutenu par les auteurs de la première saisine que cette reconnaissance n'est conforme ni au préambule de la Constitution de 1958 qui postule l'unicité du "peuple français", ni à son article 2 qui consacre l'indivisibilité de la République, ni à son article 3 qui désigne le peuple comme seul détenteur de la souveraineté nationale ; qu'au demeurant, l'article 53 de la Constitution se réfère aux "populations intéressées" d'un territoire et non pas au concept de peuple ; que les sénateurs auteurs de la troisième saisine font valoir qu'il résulte des dispositions de la Déclaration des droits de 1789, de plusieurs alinéas du préambule de la Constitution de 1946, de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, du préambule de la Constitution de 1958 comme de ses articles 2, 3 et 91, que l'expression "le peuple", lorsqu'elle s'applique au peuple français, doit être considérée comme une catégorie unitaire insusceptible de toute subdivision en vertu de la loi ;

12. Considérant qu'aux termes du premier alinéa du préambule de la Constitution de 1958 "le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946" ; que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle il est ainsi fait référence émanait des représentants "du peuple français" ; que le préambule de la Constitution de 1946, réaffirmé par le préambule de la Constitution de 1958, énonce que "le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; que la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination ; que la référence faite au "peuple français" figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels ; qu'ainsi le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle ;

13. Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ;

14. Considérant en conséquence que l'article 1er de la loi n'est pas conforme à la Constitution ; que toutefois il ne ressort pas du texte de cet article, tel qu'il a été rédigé et adopté, que ses dispositions soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil constitutionnel ;

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que la collectivité territoriale de Corse serait dotée d'une "organisation particulière" en méconnaissance des articles 72 et 74 de la Constitution :

15. Considérant que l'article 2 de la loi énonce dans son premier alinéa que la Corse constitue une collectivité territoriale de la République au sens de l'article 72 de la Constitution, qui s'administre librement dans les conditions fixées par la loi présentement soumise à l'examen du Conseil constitutionnel et par les dispositions non contraires des lois n° 72-619 du 5 juillet 1972 et n° 82-213 du 2 mars 1982 ; qu'aux termes du second alinéa de l'article 2 "les organes de la collectivité territoriale de Corse comprennent l'Assemblée de Corse et son président, le Conseil exécutif de Corse et son président assistés du conseil économique, social et culturel de Corse" ; qu'en vertu de l'article 7 les conseillers à l'Assemblée de Corse sont élus dans une circonscription unique suivant un scrutin de liste à un ou deux tours ; qu'il est spécifié à l'article 28 que le Conseil exécutif de Corse dirige l'action de la collectivité territoriale de Corse, dans les conditions et limites fixées par la loi ; que selon l'article 36 le président du Conseil exécutif peut, par arrêté délibéré au sein dudit Conseil, prendre toute mesure tendant à préciser les modalités d'application des délibérations de l'Assemblée ou fixant les règles d'organisation et de fonctionnement des services de la collectivité territoriale de Corse ; que d'après l'article 38, l'Assemblée de Corse peut mettre en cause la responsabilité du Conseil exécutif ;

16. Considérant que pour les auteurs de la première saisine, en créant une collectivité territoriale de Corse administrée par des organes spécifiques et en instituant un régime électoral original, le législateur a méconnu les dispositions combinées des articles 72 et 74 de la Constitution ; que les sénateurs auteurs de la troisième saisine développent une argumentation analogue en soulignant notamment que l'organisation institutionnelle prévue par la loi confère à la Corse un statut qui n'a rien de commun avec celui des collectivités territoriales métropolitaines et qui s'apparente à une "organisation particulière" que l'article 74 de la Constitution réserve aux territoires d'outre-mer ;

17. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe "les règles concernant le régime électoral des assemblées locales" et détermine "les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources" ; que l'article 72 de la Constitution énonce dans son premier alinéa que "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." ; que le deuxième alinéa du même article prescrit que "ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi" ; qu'enfin, aux termes du troisième alinéa de l'article 72, "dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois" ;

18. Considérant que la consécration par les articles 74 et 76 de la Constitution du particularisme de la situation des territoires d'outre-mer, si elle a notamment pour effet de limiter à ces territoires la possibilité pour le législateur de déroger aux règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement, ne fait pas obstacle à ce que le législateur, agissant sur le fondement des dispositions précitées des articles 34 et 72 de la Constitution, crée une nouvelle catégorie de collectivité territoriale, même ne comprenant qu'une unité, et la dote d'un statut spécifique ;

19. Considérant cependant que, dans l'exercice de sa compétence, le législateur doit se conformer aux règles et principes de valeur constitutionnelle et notamment au principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé au deuxième alinéa de l'article 72 ; qu'il doit également assurer le respect des prérogatives de l'État comme l'exige le troisième alinéa du même article ;

20. Considérant que l'Assemblée de Corse, élue au suffrage universel direct, est investie du pouvoir de régler par ses délibérations les affaires de la collectivité territoriale de Corse ; que si la loi institue un Conseil exécutif doté de pouvoirs propres, ce conseil est élu par l'Assemblée de Corse en son sein et est responsable devant elle ; que le représentant de l'État dans la collectivité territoriale de Corse conserve la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et du contrôle administratif ; qu'enfin, ni l'Assemblée de Corse ni le Conseil exécutif, ne se voient attribuer des compétences ressortissant au domaine de la loi ; qu'ainsi cette organisation spécifique à caractère administratif de la collectivité territoriale de Corse ne méconnaît pas l'article 72 de la Constitution ;

En ce qui concerne l'édiction par l'article 7 de la loi d'une incompatibilité spécifique aux élus de Corse :

21. Considérant que l'article 7 de la loi a notamment pour objet d'ajouter au code électoral un article L. 369 bis ; que cet article énonce dans son premier alinéa que "nul ne peut être conseiller à l'Assemblée de Corse et conseiller général" ; qu'il définit, dans son second alinéa, les modalités d'application de l'incompatibilité ainsi édictée ;

22. Considérant que pour les auteurs de la troisième saisine une telle incompatibilité, qui est sans équivalent dans aucune autre collectivité territoriale de la République, est contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi électorale ; qu'en effet, des élus investis d'un mandat de même nature, comme les conseillers régionaux et les conseillers à l'Assemblée de Corse, se trouvent soumis à un régime discriminatoire quant à la possibilité d'exercer le mandat de conseiller général ;

23. Considérant que l'article L. 46-1 ajouté au code électoral par la loi n° 85-1406 du 30 décembre 1985 limite la possibilité pour une même personne de cumuler plus de deux des mandats électoraux ou fonctions électives qu'il énumère ; qu'au nombre des mandats pris en compte pour l'application de cette législation de portée générale figurent notamment le mandat de conseiller général et celui de conseiller régional ; que l'article 8 de la loi présentement soumise à l'examen du Conseil constitutionnel place sur le même plan au regard de la réglementation générale des cumuls le mandat de conseiller à l'Assemblée de Corse et celui de conseiller régional ; que dès lors qu'il entendait procéder à une semblable assimilation, le législateur ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, interdire aux conseillers à l'Assemblée de Corse de cumuler ce mandat avec celui de conseiller général alors qu'un tel cumul est autorisé sur l'ensemble du territoire de la République et qu'aucune justification tirée de la spécificité de la collectivité territoriale de Corse ne fonde une telle interdiction ;

24. Considérant qu'il y a lieu par suite pour le Conseil constitutionnel de déclarer contraire à la Constitution l'article L. 369 bis ajouté au code électoral par l'article 7 de la loi déferée ;

En ce qui concerne les conditions de représentation au Sénat de la collectivité territoriale de Corse :

25. Considérant que l'article 10 de la loi dispose que dans les deux départements de Corse sont substitués aux conseillers régionaux en qualité de membres du collège électoral sénatorial des conseillers à l'Assemblée de Corse désignés dans les conditions définies par les articles 11 à 14 ; qu'il est prévu à cet effet que l'Assemblée de Corse, une fois son effectif réparti proportionnellement à la population de chacun des deux départements de Corse, procède à la désignation de ceux de ses membres appelés à la représenter au sein du collège électoral du département le plus peuplé ; que les conseillers à l'Assemblée non désignés à ce titre font partie de plein droit du collège électoral du département le moins peuplé ;

26. Considérant que les auteurs de la première saisine formulent deux griefs à l'encontre de ces dispositions ; que, d'une part, il est soutenu que leur entrée en vigueur aurait dû être subordonnée à l'adoption préalable d'une loi organique modifiant les dispositions relatives au nombre de sénateurs et à l'assise territoriale de leurs sièges ; que, d'autre part, ces dispositions introduiraient une discrimination entre les sénateurs car ceux d'entre eux élus en Corse représenteraient non pas seulement une collectivité territoriale mais à la fois le département et la collectivité territoriale nouvellement créée ;

27. Considérant que le troisième alinéa de l'article 24 de la Constitution dispose que "le Sénat est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République. Les Français établis hors de France sont représentés au Sénat" ; que, selon le premier alinéa de l'article 25 de la Constitution, la loi organique fixe le nombre des membres de chaque assemblée parlementaire ; que la création d'une nouvelle catégorie de collectivité territoriale relève d'une loi comme le prescrit le

premier alinéa de l'article 72 de la Constitution ; que ressortit également à la compétence du législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, la fixation des règles concernant le régime électoral des assemblées parlementaires ;

28. Considérant qu'il résulte de ces diverses dispositions que l'entrée en vigueur d'une loi instituant une nouvelle catégorie de collectivités territoriales n'est pas subordonnée à l'adoption préalable d'une loi organique ; que si l'article 24 de la Constitution impose que les différentes collectivités territoriales soient représentées au Sénat, il n'exige pas que chaque catégorie de collectivités dispose d'une représentation propre ; que l'article L.O. 274 du code électoral, dans sa rédaction issue de l'article 3 de la loi organique n° 86-957 du 13 août 1986, en disposant que "le nombre de sénateurs élus dans les départements est de 304" implique seulement que, sous réserve d'exceptions prévues par d'autres textes ayant valeur de loi organique, les sénateurs soient élus dans le cadre du département ; qu'il ne fait pas obstacle à ce que les dispositions législatives relatives au régime électoral du Sénat organisent la participation au collège électoral sénatorial de délégués de collectivités territoriales autres que le département ;

29. Considérant dans ces conditions, que les articles 10 à 14 de la loi, en prévoyant que dans les deux départements de Corse, des conseillers à l'Assemblée de Corse sont substitués aux conseillers régionaux au sein des collèges électoraux sénatoriaux, n'ont ni empiété sur la compétence réservée à la loi organique par la Constitution ni introduit de différence de traitement inconstitutionnelle entre les sénateurs élus dans les départements de Corse et les autres sénateurs ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'atteinte portée aux compétences des deux départements de Corse :

30. Considérant que les auteurs de la première saisine estiment que la loi déferée aboutit à enlever un nombre substantiel d'attributions aux deux départements de Corse, notamment en matière d'enseignement, de transport et d'habitat ; qu'ils en déduisent qu'il est porté atteinte aux exigences de la Constitution selon lesquelles toute collectivité territoriale doit exercer des compétences effectives ;

31. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution la loi "détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources" ; que relèvent par suite du domaine de la loi la détermination des transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales, de même que la répartition entre plusieurs catégories de collectivités territoriales de leurs attributions respectives ;

32. Considérant que, dans son premier alinéa, l'article 72 de la Constitution consacre l'existence des catégories de collectivités territoriales que sont les communes, les départements et les territoires d'outre-mer, tout en réservant à la loi la possibilité de créer de nouvelles catégories de collectivités territoriales ; que le deuxième alinéa du même article implique que pour s'administrer librement, toute collectivité territoriale doit disposer d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives ;

33. Considérant qu'en érigeant la Corse en collectivité territoriale à statut particulier et en la substituant à la région de Corse, sans pour autant mettre en cause l'existence des deux départements créés par la loi n° 75-356 du 15 mai 1975 sur le territoire de Corse, le législateur a entendu prendre en compte les caractères spécifiques de ce dernier ; qu'à cet effet, dans son titre III, intitulé "De l'identité culturelle de la Corse", ainsi que dans son titre IV, intitulé "Du développement économique de la Corse", la loi confère à la collectivité territoriale de Corse des compétences plus étendues que celles confiées en règle générale aux régions en vertu de l'article 59 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 et de la législation subséquente ; qu'en effet la nouvelle collectivité territoriale se voit dotée, en sus des compétences de la région de Corse, d'attributions qui lui sont transférées par l'État ;

34. Considérant ainsi que la définition par le législateur des compétences de la collectivité territoriale de Corse n'a pas pour conséquence d'affecter de façon substantielle les attributions des deux départements de Corse ; qu'il suit de là que la définition des compétences de la collectivité territoriale de Corse ne porte pas atteinte aux dispositions de l'article 72 de la Constitution ;

En ce qui concerne l'article 53, alinéa 2, relatif à l'insertion de la langue et de la culture corses dans le temps scolaire :

35. Considérant qu'en vertu de l'article 53, alinéa 2, de la loi, l'Assemblée de Corse adopte, sur proposition du Conseil exécutif, qui recueille l'avis du conseil économique, social et culturel de Corse, "un plan de développement de l'enseignement de la langue et de la culture corses, prévoyant notamment les modalités d'insertion de cet enseignement dans le temps scolaire" ; qu'il est précisé que "ces modalités font l'objet d'une convention conclue entre la collectivité territoriale de Corse et l'État" ;

36. Considérant que les auteurs de la troisième saisine soutiennent que faire figurer sans motif justifié par l'intérêt général l'enseignement d'une langue régionale, quelle qu'elle soit, dans le temps scolaire

des établissements situés sur le territoire de la collectivité territoriale concernée et d'elle seule, est contraire au principe d'égalité ;

37. Considérant que l'article 53 prévoit l'insertion dans le temps scolaire de l'enseignement de la langue et de la culture corses ; que cet enseignement n'est pas contraire au principe d'égalité dès lors qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire ; qu'il n'a pas davantage pour objet de soustraire les élèves scolarisés dans les établissements de la collectivité territoriale de Corse aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci ; que, par suite, le fait pour le législateur d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à promouvoir l'enseignement de la langue et de la culture corses, ne saurait être regardé comme portant atteinte à aucun principe de valeur constitutionnelle ;

En ce qui concerne l'article 85 relatif à la refonte des listes électorales :

38. Considérant que l'article 85 de la loi comporte quatre alinéas ; que le premier alinéa énonce qu'il sera procédé dans chaque commune de Corse à la refonte complète de la liste électorale avant la première élection de l'Assemblée de Corse et prescrit que pour être inscrit sur cette liste les électeurs remplissant les conditions prévues aux articles L. 11 à L. 14 du code électoral devront présenter leur demande entre la date de publication de la présente loi et le 31 décembre 1991 ; que le deuxième alinéa de l'article 85 rend applicables à ces opérations celles des dispositions du code électoral régissant l'établissement et la révision des listes électorales ; qu'il précise, en outre, que la liste se substitue à la liste précédente le 1er mars 1992 ; que les troisième et quatrième alinéas de l'article 85 prévoient que les opérations de refonte sont contrôlées par une commission composée paritairement de membres du Conseil d'État et de magistrats de l'ordre judiciaire ;

39. Considérant que les auteurs des première et troisième saisines font valoir que la limitation de la refonte des listes électorales aux seules communes de Corse est contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi ; que les auteurs de la première saisine ajoutent que la mise en oeuvre des dispositions de l'article 85 peut conduire à priver momentanément un citoyen du droit de vote ;

Quant au moyen tiré de la violation du principe d'égalité :

40. Considérant que le principe constitutionnel d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ;

41. Considérant que la législation électorale ne confère pas aux citoyens une totale liberté de choix de leur lieu d'inscription sur les listes électorales ; que, sous réserve des dispositions régissant la situation particulière des Français établis hors de France, des militaires et des marinières, l'inscription sur les listes d'une commune est subordonnée, soit à une condition de domicile réel ou légal ou encore de résidence, soit à la circonstance que les intéressés figurent pour la cinquième fois sans interruption au rôle d'une des contributions directes communales ; que, conformément au principe constitutionnel de l'égalité du suffrage, l'article L. 10 du code électoral énonce que "nul ne peut être inscrit sur plusieurs listes électorales" ;

42. Considérant que la situation des listes électorales des communes de Corse, telle qu'elle ressort des informations fournies lors des débats parlementaires, présente des particularités qui autorisent le législateur, dans le cadre de la réorganisation administrative de la Corse, à arrêter des modalités spécifiques de refonte des listes électorales, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi ;

Quant au moyen tiré de la privation du droit de suffrage :

43. Considérant que la refonte des listes électorales des communes des départements de Corse ne produira son plein effet qu'à compter du 1er mars 1992 ; qu'indépendamment de cette refonte il sera procédé dans les autres communes françaises à la révision annuelle des listes électorales ; que, dans le cadre de cette révision, il est loisible aux personnes qui ne satisfont pas dans les communes des départements de Corse aux conditions posées par les articles L. 11 à L. 14 du code électoral de solliciter leur inscription sur les listes d'une autre commune ; qu'il suit de là que si l'article 85 de la loi est susceptible d'affecter le lieu d'exercice du droit de vote il n'affecte pas cet exercice lui-même ;

44. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les moyens dirigés contre l'article 85 de la loi ne peuvent être accueillis ;

- SUR L'ARTICLE 26 DE LA LOI RELATIF A LA CONSULTATION DE L'ASSEMBLEE DE CORSE, A LA DEVOLUTION A SON PROFIT D'UN POUVOIR DE PROPOSITION ET A LA CREATION D'UNE PROCEDURE D'INJONCTION :

45. Considérant que d'après le premier alinéa de l'article 26, "l'Assemblée de Corse est consultée sur les projets de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse." ; qu'aux termes du

deuxième alinéa "les parlementaires élus dans les départements de Corse en sont informés et reçoivent communication des projets du Gouvernement et des avis de l'Assemblée de Corse" ; que le troisième alinéa fixe le délai imparti à l'Assemblée pour rendre son avis en distinguant selon qu'il y a ou non urgence ;

46. Considérant que le quatrième alinéa de l'article 26 confère à l'Assemblée de Corse un pouvoir de proposition en matière législative et réglementaire dans les domaines touchant à l'organisation administrative de la Corse ou concernant son développement économique, social ou culturel ; qu'il est spécifié au cinquième alinéa que les propositions sont adressées au président du Conseil exécutif qui les transmet au Premier ministre ; que le sixième alinéa de l'article 26 dispose que "les parlementaires élus dans les départements de Corse en sont informés et reçoivent communication des propositions adressées au Premier ministre" ; que le septième alinéa de l'article 26 énonce que "lorsque le Premier ministre est saisi dans les conditions fixées au cinquième alinéa, il accuse réception dans les quinze jours et fixe le délai dans lequel il apportera une réponse au fond avant le début de la session ordinaire suivante de l'Assemblée" ;

47. Considérant que l'article 26 de la loi tend ainsi à prévoir la consultation de l'Assemblée de Corse sur certains textes, à lui attribuer un pouvoir de proposition au Premier ministre et à enjoindre à celui-ci d'y donner suite ; qu'il confère dans le cadre de ces procédures des prérogatives aux parlementaires élus dans les départements de Corse ;

En ce qui concerne la dévolution à l'Assemblée de Corse d'un pouvoir de consultation en matière législative :

48. Considérant que le fait de prévoir la consultation de l'Assemblée de Corse sur les projets de loi comportant des dispositions spécifiques à la Corse ne saurait avoir une quelconque incidence sur la régularité de la procédure législative laquelle relève de la Constitution et des lois organiques prises pour son application ; qu'ainsi la consultation prévue par l'alinéa 1er de l'article 26 de la loi ne saurait en rien limiter le droit d'initiative du Gouvernement en matière législative ;

En ce qui concerne la dévolution à l'Assemblée de Corse d'un pouvoir de proposition et l'injonction faite au Premier ministre d'y donner suite :

49. Considérant que les dispositions des quatrième et cinquième alinéas de l'article 26 de la loi, qui confèrent à l'Assemblée de Corse un pouvoir de proposition dans des domaines qui ne sont pas sans lien avec ses compétences, ne sont pas en elles-mêmes contraires à la Constitution ;

50. Considérant toutefois que la Constitution attribue au Gouvernement, d'une part, et au Parlement, d'autre part, des compétences qui leur sont propres ; que le législateur ne saurait, sans excéder la limite de ses pouvoirs, enjoindre au Premier ministre de donner une réponse dans un délai déterminé à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation, émanant de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ;

51. Considérant en conséquence que le septième alinéa de l'article 26 de la loi, qui fait obligation au Premier ministre de se justifier sur la suite à donner à une proposition de modification de la législation ou de la réglementation émanant de l'Assemblée de Corse, doit être déclaré contraire à la Constitution ;

En ce qui concerne la situation des parlementaires élus dans les départements de Corse :

52. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" ; que l'article 24 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que le Parlement comprend l'Assemblée nationale et le Sénat, prescrit dans son deuxième alinéa que les députés sont élus au suffrage direct et énonce, en son troisième alinéa, que le Sénat est élu au suffrage indirect ; que, conformément au premier alinéa de l'article 27 de la Constitution, "tout mandat impératif est nul" ; que selon le premier alinéa de l'article 34 "la loi est votée par le Parlement" ;

53. Considérant qu'il ressort de ces dispositions que les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple ; qu'à ce titre ils sont appelés à voter la loi dans les conditions fixées par la Constitution et les dispositions ayant valeur de loi organique prises pour son application ; qu'en conséquence, il n'appartient pas au législateur de faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi ;

54. Considérant que ces exigences constitutionnelles sont méconnues par les dispositions des alinéas 2 et 6 de l'article 26 de la loi en ce qu'elles organisent au profit des parlementaires élus dans les départements de Corse une information particulière concernant les projets de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse ainsi que les propositions de modification de la législation émanant de cette

Assemblée ;

55. Considérant par suite qu'il y a lieu pour le Conseil constitutionnel de déclarer contraires à la Constitution tant l'alinéa 2 que l'alinéa 6 de l'article 26 de la loi soumise à son examen ;

- SUR L'ARTICLE 78 DE LA LOI RELATIF AUX RESSOURCES DE LA COLLECTIVITE TERRITORIALE DE CORSE ET A LA COMPENSATION DES CHARGES FINANCIERES RESULTANT DES COMPETENCES QUI LUI SONT TRANSFEREES :

56. Considérant que l'article 78 de la loi détermine, dans son paragraphe I, les ressources de la collectivité territoriale de Corse et précise, dans un paragraphe II, la manière dont sont compensées les charges financières résultant pour cette collectivité territoriale des compétences qui lui sont transférées en application de la loi ; qu'il est spécifié que les charges sont compensées par "le transfert d'impôts d'État" et par l'attribution de ressources budgétaires ; qu'aux termes du paragraphe III "il est créé sur un chapitre unique du budget de l'État une dotation générale de décentralisation de la collectivité territoriale de Corse qui regroupe les ressources budgétaires mentionnées aux I et II du présent article ; elle comprend en outre la dotation prévue au V du présent article, ainsi que les crédits visés au deuxième alinéa de l'article 68" ; que, de ce dernier chef, sont visés les crédits de subvention versés par l'État à l'office du développement agricole et rural de la Corse et à l'office d'équipement hydraulique de la Corse ; que le paragraphe IV de l'article 78 a trait à la compensation des charges résultant pour la collectivité territoriale de l'exercice de ses compétences en matière de formation professionnelle ; que le paragraphe V institue une "dotation de continuité territoriale" au sein de la dotation générale de décentralisation de la collectivité territoriale de Corse ; que, selon le paragraphe VI, "un document, publié chaque année en annexe au projet de loi de finances, retrace l'évolution du montant des ressources spécifiques attribuées à la collectivité territoriale de Corse. Ce document précise en outre le montant prévu, au titre de la dotation mentionnée au III, pour la compensation de chacune des charges transférées à la collectivité territoriale de Corse" ;

57. Considérant qu'en vertu du cinquième alinéa de l'article 34 de la Constitution "les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique" ; que le premier alinéa de l'article 47 de la Constitution dispose que "le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique" ;

58. Considérant que l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances réserve, dans son article 1er, alinéa 2, à un texte de loi de finances l'édiction des "dispositions législatives destinées à organiser l'information et le contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques" ; que ces exigences sont méconnues par les dispositions précitées des paragraphes III et VI de l'article 78 de la loi déférée qui fixent des règles ayant pour objet d'organiser l'information du Parlement sur la gestion des finances publiques ;

59. Considérant dès lors que les paragraphes III et VI de l'article 78 de la loi, qui empiètent sur le domaine exclusif d'intervention des lois de finances, doivent être déclarés contraires à la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Ne sont pas conformes à la Constitution les dispositions suivantes de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse :

l'article 1er ;

dans le texte de l'article 7, l'article L 369 bis ajouté au code électoral ;

dans le texte de l'article 26, les alinéas 2, 6 et 7 ;

dans le texte de l'article 78, les paragraphes III et VI.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 14 mai 1991, p. 6350

Recueil, p. 50

ANNEXE 15

Accords de Nouméa du 5 mai 1998

<http://www.unesco.org/culture/fr/indigenous/Dvd/pj/KANAK/NOUMEA.pdf>

ANNEXE 16

C.S. Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (1896).

Plessy v. Ferguson (No. 210)

Syllabus	Opinion [Brown]	Dissent [Harlan]
-----------------	-----------------------------	------------------------------

[HTML version](#)
[PDF version](#)

[HTML version](#)
[PDF version](#)

[HTML version](#)
[PDF version](#)

Syllabus

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

163 U.S. 537

Plessy v. Ferguson

ERROR TO THE SUPREME COURT OF THE STATE OF LOUISIANA

No. 210 Argued: April 18, 1896 --- Decided: May 18, 1896

The statute of Louisiana, acts of 1890, c. 111, requiring railway companies carrying passengers in their coaches in that State, to provide equal, but separate, accommodations for the white and colored races, by providing two or more passenger coaches for each passenger train, or by dividing the passenger coaches by a partition so as to secure separate accommodations; and providing that no person shall be permitted to occupy seats in coaches other than the ones assigned to them, on account [p538] of the race they belong to; and requiring the officer of the passenger train to assign each passenger to the coach or compartment assigned for the race to which he or she belong; and imposing fines or imprisonment upon passengers insisting on going into a coach or compartment other than the one set aside for the race to which he or she belongs; and conferring upon officers of the train power to refuse to carry on the train passengers refusing to occupy the coach or compartment assigned to them, and exempting the railway company from liability for such refusal, are not in conflict with the provisions either of the [Thirteenth Amendment](#) or of the [Fourteenth Amendment](#) to the Constitution of the United States.

This was a petition for writs of prohibition and certiorari, originally filed in the Supreme Court of the State by Plessy, the plaintiff in error, against the Hon. John H. Ferguson, judge of the

criminal District Court for the parish of Orleans, and setting forth in substance the following facts:

That petitioner was a citizen of the United States and a resident of the State of Louisiana, of mixed descent, in the proportion of seven eighths Caucasian and one eighth African blood; that the mixture of colored blood was not discernible in him, and that he was entitled to every recognition, right, privilege and immunity secured to the citizens of the United States of the white race by its Constitution and laws; that, on June 7, 1892, he engaged and paid for a first class passage on the East Louisiana Railway from New Orleans to Covington, in the same State, and thereupon entered a passenger train, and took possession of a vacant seat in a coach where passengers of the white race were accommodated; that such railroad company was incorporated by the laws of Louisiana as a common carrier, and was not authorized to distinguish between citizens according to their race. But, notwithstanding this, petitioner was required by the conductor, under penalty of ejection from said train and imprisonment, to vacate said coach and occupy another seat in a coach assigned by said company for persons not of the white race, and for no other reason than that petitioner was of the colored race; that, upon petitioner's refusal to comply with such order, he was, with the aid of a police officer, forcibly ejected from said coach and hurried off to and imprisoned in the parish jail of [p539] New Orleans, and there held to answer a charge made by such officer to the effect that he was guilty of having criminally violated an act of the General Assembly of the State, approved July 10, 1890, in such case made and provided.

That petitioner was subsequently brought before the recorder of the city for preliminary examination and committed for trial to the criminal District Court for the parish of Orleans, where an information was filed against him in the matter above set forth, for a violation of the above act, which act the petitioner affirmed to be null and void, because in conflict with the Constitution of the United States; that petitioner interposed a plea to such information based upon the unconstitutionality of the act of the General Assembly, to which the district attorney, on behalf of the State, filed a demurrer; that, upon issue being joined upon such demurrer and plea, the court sustained the demurrer, overruled the plea, and ordered petitioner to plead over to the facts set forth in the information, and that, unless the judge of the said court be enjoined by a writ of prohibition from further proceeding in such case, the court will proceed to fine and sentence petitioner to imprisonment, and thus deprive him of his constitutional rights set forth in his said plea, notwithstanding the unconstitutionality of the act under which he was being prosecuted; that no appeal lay from such sentence, and petitioner was without relief or remedy except by writs of prohibition and certiorari. Copies of the information and other proceedings in the criminal District Court were annexed to the petition as an exhibit.

Upon the filing of this petition, an order was issued upon the respondent to show cause why a writ of prohibition should not issue and be made perpetual, and a further order that the record of the proceedings had in the criminal cause be certified and transmitted to the Supreme Court.

To this order the respondent made answer, transmitting a certified copy of the proceedings, asserting the constitutionality of the law, and averring that, instead of pleading or admitting that he belonged to the colored race, the said Plessy declined and refused, either by pleading or otherwise, to admit [p540] that he was in any sense or in any proportion a colored man.

The case coming on for a hearing before the Supreme Court, that court was of opinion that the law under which the prosecution was had was constitutional, and denied the relief prayed for by the petitioner. *Ex parte Plessy*, 45 La. Ann. 80. Whereupon petitioner prayed for a writ of error from this court, which was allowed by the Chief Justice of the Supreme Court of Louisiana.

ANNEXE 17

Justice John Marshall Harlan: Excerpts from the Dissenting Opinion in Plessy v. Ferguson (1896)

Justice John Marshall Harlan: Excerpts from the Dissenting Opinion in Plessy v. Ferguson (1896)

Web version: http://www.landmarkcases.org/plessy/excerpts_min.html

While there may be in Louisiana persons of different races who are not citizens of the United States, the words in the act 'white and colored races' necessarily include all citizens of the United States of both races residing in that state. So that we have before us a state enactment that compels, under penalties, the separation of the two races in railroad passenger coaches, and makes it a crime for a citizen of either race to enter a coach that has been assigned to citizens of the other race. Thus, the state regulates the use of a public highway by citizens of the United States solely upon the basis of race.

• • •

However apparent the injustice of such legislation may be, we have only to consider whether it is consistent with the constitution of the United States.

The thirteenth amendment does not permit the withholding or the deprivation of any right necessarily inhering in freedom. It not only struck down the institution of slavery as previously existing in the United States, but it prevents the imposition of any burdens or disabilities that constitute badges of slavery or servitude. . . . But, that amendment having been found inadequate to the protection of the rights of those who had been in slavery, it was followed by the fourteenth amendment . . . declaring that 'all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside,' and that 'no state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty or property without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.' These two amendments [Thirteenth and Fourteenth], if enforced according to their true intent and meaning, will protect all the civil rights that pertain to freedom and citizenship.

• • •

The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is, in prestige, in achievements, in education, in wealth, and in power. So, I doubt not, it will continue to be for all time, if it remains true to its great heritage, and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law.

• • •

. . . The present decision, it may well be apprehended, will not only stimulate aggressions, more or less brutal and irritating, upon the admitted rights of colored citizens, but will encourage the belief that it is possible, by means of state enactments, to defeat the beneficent purposes which the people of the United States had in view when they adopted the recent amendments of the constitution, by one of which the blacks of this country were made citizens of the United States and of the states in which they respectively reside, and whose privileges and immunities, as citizens, the states are forbidden to abridge. Sixty millions of whites are in no danger from the presence here of eight millions of blacks. The destinies of the two races, in this country, are indissolubly linked together, and the interests of both require that the common government of all shall not permit the seeds of race hate to be planted under the sanction of law. What can more certainly arouse race hate, what more certainly create and perpetuate a feeling of distrust between these races, than state enactments which, in fact, proceed on the ground that colored citizens are so inferior and degraded that they cannot be allowed to sit in public coaches occupied by white citizens? That, as all will admit, is the real meaning of such legislation as was enacted in Louisiana.

ANNEXE 18

C.S. Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Regents of the University of California v. Bakke (No. 7811) 18 Cal.3d 34, 553 P.2d 1152, affirmed in part and reversed in part.						
Syllabus	Opinion [Powell]	CDInPart []	Separate [White]	Separate [Marshall]	Separate [Blackmun]	CDInPart [Stevens]
HTML version PDF version	HTML version PDF version	HTML version PDF version	HTML version PDF version	HTML version PDF version	HTML version PDF version	HTML version PDF version

Syllabus

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

438 U.S. 265

Regents of the University of California v. Bakke

No. 7811 Argued: October 12, 1977 --- Decided: June 28, 1978

The Medical School of the University of California at Davis (hereinafter Davis) had two admissions programs for the entering class of 100 students -- the regular admissions program and the special admissions program. Under the regular procedure, candidates whose overall undergraduate grade point averages fell below 2.5 on a scale of 4.0 were summarily rejected. About one out of six applicants was then given an interview, following which he was rated on a scale of 1 to 100 by each of the committee members (five in 1973 and six in 1974), his rating being based on the interviewers' summaries, his overall grade point average, his science courses grade point average, his Medical College Admissions Test (MCAT) scores, letters of recommendation, extracurricular activities, and other biographical data, all of which resulted in a total "benchmark score." The full admissions committee then made offers of admission on the basis of their review of the applicant's file and his score, considering and acting upon applications as they were received. The committee chairman was responsible for placing names on the waiting list and had discretion to include persons with "special skills." A separate committee, a majority of whom were members of minority groups, operated the special admissions program. The 1973 and 1974 application forms, respectively, asked candidates whether they wished to be considered as "economically and/or educationally disadvantaged" applicants and members of a

"minority group" (blacks, Chicanos, Asians, American Indians). If an applicant of a minority group was found to be "disadvantaged," he would be rated in a manner similar to the one employed by the general admissions committee. Special candidates, however, did not have to meet the 2.5 grade point cutoff and were not ranked against candidates in the general admissions process. About one-fifth of the special applicants were invited for interviews in 1973 and 1974, following which they were given benchmark scores, and the top choices were then given to the general admissions committee, which could reject special candidates for failure to meet course requirements or other specific deficiencies. The special committee continued to recommend candidates until 16 special admission selections had been made. During a four-year period, 63 minority [p266] students were admitted to Davis under the special program and 44 under the general program. No disadvantaged whites were admitted under the special program, though many applied. Respondent, a white male, applied to Davis in 1973 and 1974, in both years being considered only under the general admissions program. Though he had a 468 out of 500 score in 1973, he was rejected, since no general applicants with scores less than 470 were being accepted after respondent's application, which was filed late in the year, had been processed and completed. At that time, four special admission slots were still unfilled. In 1974 respondent applied early, and though he had a total score of 549 out of 600, he was again rejected. In neither year was his name placed on the discretionary waiting list. In both years, special applicants were admitted with significantly lower scores than respondent's. After his second rejection, respondent filed this action in state court for mandatory, injunctive, and declaratory relief to compel his admission to Davis, alleging that the special admissions program operated to exclude him on the basis of his race in violation of the Equal Protection Clause of the [Fourteenth Amendment](#), a provision of the California Constitution, and § 601 of Title VI of the Civil Rights Act of 1964, which provides, *inter alia*, that no person shall on the ground of race or color be excluded from participating in any program receiving federal financial assistance. Petitioner cross-claimed for a declaration that its special admissions program was lawful. The trial court found that the special program operated as a racial quota, because minority applicants in that program were rated only against one another, and 16 places in the class of 100 were reserved for them. Declaring that petitioner could not take race into account in making admissions decisions, the program was held to violate the Federal and State Constitutions and Title VI. Respondent's admission was not ordered, however, for lack of proof that he would have been admitted but for the special program. The California Supreme Court, applying a strict scrutiny standard, concluded that the special admissions program was not the least intrusive means of achieving the goals of the admittedly compelling state interests of integrating the medical profession and increasing the number of doctors willing to serve minority patients. Without passing on the state constitutional or federal statutory grounds, the court held that petitioner's special admissions program violated the Equal Protection Clause. Since petitioner could not satisfy its burden of demonstrating that respondent, absent the special program, would not have been admitted, the court ordered his admission to Davis.

Held: The judgment below is affirmed insofar as it orders respondent's admission to Davis and invalidates petitioner's special admissions program, [p267] but is reversed insofar as it prohibits petitioner from taking race into account as a factor in its future admissions decisions.

MR. JUSTICE POWELL concluded:

1. Title VI proscribes only those racial classifications that would violate the Equal Protection Clause if employed by a State or its agencies. Pp. 281-287.
2. Racial and ethnic classifications of any sort are inherently suspect and call for the most exacting judicial scrutiny. While the goal of achieving a diverse student body is sufficiently compelling to justify consideration of race in admissions decisions under some circumstances, petitioner's special admissions program, which forecloses consideration to persons like respondent, is unnecessary to the achievement of this compelling goal, and therefore invalid under the Equal Protection Clause. Pp. 287-320.
3. Since petitioner could not satisfy its burden of proving that respondent would not have been admitted even if there had been no special admissions program, he must be admitted. P. 320.

MR. JUSTICE BRENNAN, MR. JUSTICE WHITE, MR. JUSTICE MARSHALL, and MR. JUSTICE BLACKMUN concluded:

1. Title VI proscribes only those racial classifications that would violate the Equal Protection Clause if employed by a State or its agencies. Pp. 328-355.
2. Racial classifications call for strict judicial scrutiny. Nonetheless, the purpose of overcoming substantial, chronic minority underrepresentation in the medical profession is sufficiently important to justify petitioner's remedial use of race. Thus, the judgment below must be reversed in that it prohibits race from being used as a factor in university admissions. Pp. 355-379.

MR. JUSTICE STEVENS, joined by THE CHIEF JUSTICE, MR. JUSTICE STEWART, and MR. JUSTICE REHNQUIST, being of the view that whether race can ever be a factor in an admissions policy is not an issue here; that Title VI applies; and that respondent was excluded from Davis in violation of Title VI, concurs in the Court's judgment insofar as it affirms the judgment of the court below ordering respondent admitted to Davis. Pp. 408-421.

POWELL, J., announced the Court's judgment and filed an opinion expressing his views of the case, in Parts I, III-A, and V-C of which WHITE, J., joined; and in Parts I and V-C of which BRENNAN, MARSHALL, and BLACKMUN, JJ., joined. BRENNAN, WHITE, MARSHALL, and BLACKMUN, [p268] JJ., filed an opinion concurring in the judgment in part and dissenting in part, *post*, p. 324. WHITE, J., *post*, p. 379, MARSHALL, J., *post*, p. 387, and BLACKMUN, J., *post*, p. 402, filed separate opinions. STEVENS, J., filed an opinion concurring in the judgment in part and dissenting

in part, in which BURGER, C.J., and STEWART and REHNQUIST, JJ., joined, *post*, p. 408. [\[p269\]](#)

ANNEXE 19

C.S. Brown, v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

Brown v. Board of Education of Topeka (No. 1.)

Syllabus	Opinion [Warren]
-----------------	------------------------------

[HTML version](#)
[PDF version](#)

[HTML version](#)
[PDF version](#)

WARREN, C.J., Opinion of the Court

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

347 U.S. 483

Brown v. Board of Education of Topeka

APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF KANSAS

No. 1. Argued: Argued December 9, 1952Reargued December 8, 1953 --- Decided:
Decided May 17, 1954

[p*486] MR. CHIEF JUSTICE WARREN delivered the opinion of the Court.

These cases come to us from the States of Kansas, South Carolina, Virginia, and Delaware. They are premised on different facts and different local conditions, but a common legal question justifies their consideration together in this consolidated opinion.^[n1][p487]

In each of the cases, minors of the Negro race, through their legal representatives, seek the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their community on a nonsegregated basis. In each instance, [p488] they had been denied admission to schools attended by white children under laws requiring or permitting segregation according to race. This segregation was alleged to deprive the plaintiffs of the equal protection of the laws under the [Fourteenth Amendment](#). In each of the cases other than the Delaware case, a three-judge federal district court denied relief to the plaintiffs on the so-called "separate but equal" doctrine announced by this Court in *Plessy v. Ferguson*, [163 U.S. 537](#). Under that doctrine, equality of treatment is accorded when

the races are provided substantially equal facilities, even though these facilities be separate. In the Delaware case, the Supreme Court of Delaware adhered to that doctrine, but ordered that the plaintiffs be admitted to the white schools because of their superiority to the Negro schools.

The plaintiffs contend that segregated public schools are not "equal" and cannot be made "equal," and that hence they are deprived of the equal protection of the laws. Because of the obvious importance of the question presented, the Court took jurisdiction.^[n2] Argument was heard in the 1952 Term, and reargument was heard this Term on certain questions propounded by the Court.^[n3][p489]

Reargument was largely devoted to the circumstances surrounding the adoption of the [Fourteenth Amendment](#) in 1868. It covered exhaustively consideration of the Amendment in Congress, ratification by the states, then-existing practices in racial segregation, and the views of proponents and opponents of the Amendment. This discussion and our own investigation convince us that, although these sources cast some light, it is not enough to resolve the problem with which we are faced. At best, they are inconclusive. The most avid proponents of the post-War Amendments undoubtedly intended them to remove all legal distinctions among "all persons born or naturalized in the United States." Their opponents, just as certainly, were antagonistic to both the letter and the spirit of the Amendments and wished them to have the most limited effect. What others in Congress and the state legislatures had in mind cannot be determined with any degree of certainty.

An additional reason for the inconclusive nature of the Amendment's history with respect to segregated schools is the status of public education at that time.^[n4] In the South, the movement toward free common schools, supported[p490] by general taxation, had not yet taken hold. Education of white children was largely in the hands of private groups. Education of Negroes was almost nonexistent, and practically all of the race were illiterate. In fact, any education of Negroes was forbidden by law in some states. Today, in contrast, many Negroes have achieved outstanding success in the arts and sciences, as well as in the business and professional world. It is true that public school education at the time of the Amendment had advanced further in the North, but the effect of the Amendment on Northern States was generally ignored in the congressional debates. Even in the North, the conditions of public education did not approximate those existing today. The curriculum was usually rudimentary; ungraded schools were common in rural areas; the school term was but three months a year in many states, and compulsory school attendance was virtually unknown. As a consequence, it is not surprising that there should be so little in the history of the [Fourteenth Amendment](#) relating to its intended effect on public education.

In the first cases in this Court construing the [Fourteenth Amendment](#), decided shortly after its adoption, the Court interpreted it as proscribing all state-imposed discriminations against the Negro race.^[n5] The doctrine of[p491] "separate but equal" did not make its appearance in this Court until 1896 in the

case of *Plessy v. Ferguson*, *supra*, involving not education but transportation.^[n6] American courts have since labored with the doctrine for over half a century. In this Court, there have been six cases involving the "separate but equal" doctrine in the field of public education.^[n7] In *Cumming v. County Board of Education*, [175 U.S. 528](#), and *Gong Lum v. Rice*, [275 U.S. 78](#), the validity of the doctrine itself was not challenged.^[n8] In more recent cases, all on the graduate school[p492] level, inequality was found in that specific benefits enjoyed by white students were denied to Negro students of the same educational qualifications. *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, [305 U.S. 337](#); *Sipuel v. Oklahoma*, [332 U.S. 631](#); *Sweatt v. Painter*, [339 U.S. 629](#); *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, [339 U.S. 637](#). In none of these cases was it necessary to reexamine the doctrine to grant relief to the Negro plaintiff. And in *Sweatt v. Painter*, *supra*, the Court expressly reserved decision on the question whether *Plessy v. Ferguson* should be held inapplicable to public education.

In the instant cases, that question is directly presented. Here, unlike *Sweatt v. Painter*, there are findings below that the Negro and white schools involved have been equalized, or are being equalized, with respect to buildings, curricula, qualifications and salaries of teachers, and other "tangible" factors.^[n9] Our decision, therefore, cannot turn on merely a comparison of these tangible factors in the Negro and white schools involved in each of the cases. We must look instead to the effect of segregation itself on public education.

In approaching this problem, we cannot turn the clock back to 1868, when the Amendment was adopted, or even to 1896, when *Plessy v. Ferguson* was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life throughout[p493] the Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws.

Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms.

We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does.

In *Sweatt v. Painter*, *supra*, in finding that a segregated law school for Negroes could not provide them equal educational

opportunities, this Court relied in large part on "those qualities which are incapable of objective measurement but which make for greatness in a law school." In *McLaurin v. Oklahoma State Regents, supra*, the Court, in requiring that a Negro admitted to a white graduate school be treated like all other students, again resorted to intangible considerations: ". . . his ability to study, to engage in discussions and exchange views with other students, and, in general, to learn his profession." [p*494] Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs: Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system.^[n10] Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority.^[n11] Any language [p495] in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected.

We conclude that, in the field of public education, the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the [Fourteenth Amendment](#). This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the [Fourteenth Amendment](#).^[n12]

Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question -- the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term.^[n13] The Attorney General [p496] of the United States is again invited to participate. The Attorneys General of the states requiring or permitting segregation in public education will also be permitted to appear as *amici curiae* upon request to do so by September 15, 1954, and submission of briefs by October 1, 1954.^[n14]

It is so ordered.

² Together with No. 2, *Briggs et al. v. Elliott et al.*, on appeal from the United States District Court for the Eastern District of South Carolina, argued December 9-10, 1952, reargued December 7-8, 1953; No. 4, *Davis et al. v. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al.*, on appeal from the United States District Court for the Eastern District of Virginia, argued December 10, 1952, reargued December 7-8, 1953, and No. 10, *Gebhart et al. v. Belton et al.*, on certiorari to the Supreme Court of Delaware, argued December 11, 1952, reargued December 9, 1953.

¹ In the Kansas case, *Brown v. Board of Education*, the plaintiffs are Negro children of elementary school age residing in Topeka. They brought this action in the United States District Court for the District of Kansas to enjoin enforcement of a Kansas statute which permits, but does not require, cities of more than 15,000 population to maintain separate school facilities for Negro and white students. Kan.Gen.Stat. § 72-1724 (1949). Pursuant to that authority, the Topeka Board of Education elected to establish segregated elementary schools. Other public schools in the community, however, are operated on a nonsegregated basis. The three-judge District Court, convened under 28 U.S.C. §§ 2281 and 2284, found that segregation in public education has a detrimental effect upon Negro children, but denied relief on the ground that the Negro and white schools were substantially equal with respect to buildings, transportation, curricula, and educational qualifications of teachers. 98 F.Supp. 797. The case is here on direct appeal under 28 U.S.C. § 1253.

In the South Carolina case, *Briggs v. Elliott*, the plaintiffs are Negro children of both elementary and high school age residing in Clarendon County. They brought this action in the United States District Court for the Eastern District of South Carolina to enjoin enforcement of provisions in the state constitution and statutory code which require the segregation of Negroes and whites in public schools. S.C.Const., Art. XI, § 7; S.C.Code § 5377 (1942). The three-judge District Court, convened under [28 U.S.C. §§ 2281](#) and 2284, denied the requested relief. The court found that the Negro schools were inferior to the white schools, and ordered the defendants to begin immediately to equalize the facilities. But the court sustained the validity of the contested provisions and denied the plaintiffs admission to the white schools during the equalization program. 98 F.Supp. 529. This Court vacated the District Court's judgment and remanded the case for the purpose of obtaining the court's views on a report filed by the defendants concerning the progress made in the equalization program. [342 U.S. 350](#). On remand, the District Court found that substantial equality had been achieved except for buildings and that the defendants were proceeding to rectify this inequality as well. 103 F.Supp. 920. The case is again here on direct appeal under [28 U.S.C. § 1253](#).

In the Virginia case, *Davis v. County School Board*, the plaintiffs are Negro children of high school age residing in Prince Edward County. They brought this action in the United States District Court for the Eastern District of Virginia to enjoin enforcement of provisions in the state constitution and statutory code which require the segregation of Negroes and whites in public schools.

Va.Const., § 140; Va.Code § 22-221 (1950). The three-judge District Court, convened under [28 U.S.C. §§ 2281](#) and 2284, denied the requested relief. The court found the Negro school inferior in physical plant, curricula, and transportation, and ordered the defendants forthwith to provide substantially equal curricula and transportation and to "proceed with all reasonable diligence and dispatch to remove" the inequality in physical plant. But, as in the South Carolina case, the court sustained the validity of the contested provisions and denied the plaintiffs admission to the white schools during the equalization program. 103 F.Supp. 337. The case is here on direct appeal under [28 U.S.C. § 1253](#).

In the Delaware case, *Gebhart v. Belton*, the plaintiffs are Negro children of both elementary and high school age residing in New Castle County. They brought this action in the Delaware Court of Chancery to enjoin enforcement of provisions in the state constitution and statutory code which require the segregation of Negroes and whites in public schools. Del.Const., Art. X, § 2; Del.Rev.Code § 2631 (1935). The Chancellor gave judgment for the plaintiffs and ordered their immediate admission to schools previously attended only by white children, on the ground that the Negro schools were inferior with respect to teacher training, pupil-teacher ratio, extracurricular activities, physical plant, and time and distance involved in travel. 87 A.2d 862. The Chancellor also found that segregation itself results in an inferior education for Negro children (*see* note 10, *infra*), but did not rest his decision on that ground. *Id.* at 865. The Chancellor's decree was affirmed by the Supreme Court of Delaware, which intimated, however, that the defendants might be able to obtain a modification of the decree after equalization of the Negro and white schools had been accomplished. 91 A.2d 137, 152. The defendants, contending only that the Delaware courts had erred in ordering the immediate admission of the Negro plaintiffs to the white schools, applied to this Court for certiorari. The writ was granted, [344 U.S. 891](#). The plaintiffs, who were successful below, did not submit a cross-petition.

² 344 U.S. 1, 141, 891.

³ 345 U.S. 972. The Attorney General of the United States participated both Terms as amicus curiae.

⁴ For a general study of the development of public education prior to the Amendment, see Butts and Cremin, *A History of Education in American Culture* (1953), Pts. I, II; Cubberley, *Public Education in the United States* (1934 ed.), cc. II-XII. School practices current at the time of the adoption of the Fourteenth Amendment are described in Butts and Cremin, *supra*, at 269-275; Cubberley, *supra*, at 288-339, 408-431; Knight, *Public Education in the South* (1922), cc. VIII, IX. See also H. Ex.Doc. No. 315, 41st Cong., 2d Sess. (1871). Although the demand for free public schools followed substantially the same pattern in both the North and the South, the development in the South did not begin to gain momentum until about 1850, some twenty years after that in the North. The reasons for the somewhat slower development in the South (e.g., the rural character of the South and the different regional attitudes toward state assistance) are well explained in Cubberley, *supra*, at 408-423. In the country as a whole, but particularly in the South, the War virtually stopped all progress in

public education. *Id.* at 427-428. The low status of Negro education in all sections of the country, both before and immediately after the War, is described in Beale, *A History of Freedom of Teaching in American Schools* (1941), 112-132, 175-195. Compulsory school attendance laws were not generally adopted until after the ratification of the Fourteenth Amendment, and it was not until 1918 that such laws were in force in all the states. Cubberley, *supra*, at 563-565.

⁵ *Slaughter-House Cases*, 16 Wall. 36, 67-72 (1873); *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 307-308 (1880): It ordains that no State shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, or deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. What is this but declaring that the law in the States shall be the same for the black as for the white; that all persons, whether colored or white, shall stand equal before the laws of the States, and, in regard to the colored race, for whose protection the amendment was primarily designed, that no discrimination shall be made against them by law because of their color? The words of the amendment, it is true, are prohibitory, but they contain a necessary implication of a positive immunity, or right, most valuable to the colored race -- the right to exemption from unfriendly legislation against them distinctively as colored -- exemption from legal discriminations, implying inferiority in civil society, lessening the security of their enjoyment of the rights which others enjoy, and discriminations which are steps towards reducing them to the condition of a subject race. See also *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313, 318 (1880); *Ex parte Virginia*, 100 U.S. 339, 344-345 (1880).

⁶ The doctrine apparently originated in *Roberts v. City of Boston*, 59 Mass. 198, 206 (1850), upholding school segregation against attack as being violative of a state constitutional guarantee of equality. Segregation in Boston public schools was eliminated in 1855. Mass. Acts 1855, c. 256. But elsewhere in the North, segregation in public education has persisted in some communities until recent years. It is apparent that such segregation has long been a nationwide problem, not merely one of sectional concern.

⁷ See also *Berea College v. Kentucky*, 211 U.S. 45 (1908).

⁸ In the *Cummin* case, Negro taxpayers sought an injunction requiring the defendant school board to discontinue the operation of a high school for white children until the board resumed operation of a high school for Negro children. Similarly, in the *Gong Lum* case, the plaintiff, a child of Chinese descent, contended only that state authorities had misapplied the doctrine by classifying him with Negro children and requiring him to attend a Negro school.

⁹ In the *Kansas* case, the court below found substantial equality as to all such factors. 98 F.Supp. 797, 798. In the *South Carolina* case, the court below found that the defendants were proceeding "promptly and in good faith to comply with the court's decree." 103 F.Supp. 920, 921. In the *Virginia* case, the court below noted that the equalization program was already "afoot and progressing" (103 F.Supp. 337, 341); since then, we have been advised, in the *Virginia Attorney General's* brief on reargument, that the program has now been completed. In the *Delaware* case, the court below

similarly noted that the state's equalization program was well under way. 91 A.2d 137, 149.

^{10.} A similar finding was made in the Delaware case: I conclude from the testimony that, in our Delaware society, State-imposed segregation in education itself results in the Negro children, as a class, receiving educational opportunities which are substantially inferior to those available to white children otherwise similarly situated. 87 A.2d 862, 865.

^{11.} K.B. Clark, *Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development* (Mid-century White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, *Personality in the Making* (1952), c. VI; Deutscher and Chein, *The Psychological Effects of Enforced Segregation A Survey of Social Science Opinion*, 26 *J. Psychol.* 259 (1948); Chein, *What are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?*, 3 *Int. J. Opinion and Attitude Res.* 229 (1949); Brameld, *Educational Costs*, in *Discrimination and National Welfare* (Maclver, ed., 1949), 44-48; Frazier, *The Negro in the United States* (1949), 674-681. And see generally Myrdal, *An American Dilemma* (1944).

^{12.} See *Bolling v. Sharpe*, post, p. 497, concerning the Due Process Clause of the Fifth Amendment.

^{13.} 4. Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or (b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions? 5. On the assumption on which questions 4(a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4(b), (a) should this Court formulate detailed decrees in these cases; (b) if so, what specific issues should the decrees reach; (c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees; (d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases and, if so, what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?

^{14.} See Rule 42, Revised Rules of this Court (effective July 1, 1954).

RESUME

**La nation à l'épreuve de la diversité ethnoculturelle.
Etude comparative France/Etats-Unis**

Quelle nation se cache derrière les nations française et américaine ? Aux prises avec la diversité ethnoculturelle de leurs populations, ces deux entités nationales semblent à la fois fortifiées et fragilisées par cette hétérogénéité intrinsèque. Dans ce cadre, la place du droit, source et objet de gestion, se pose avec acuité, ambitionnant l'articulation entre le développement de la nation en tant qu'unité de référence et le respect de la diversité en tant que reconnaissance des identités différenciées.

La France et les Etats-Unis, Etats-nations républicains, sont souvent présentés comme deux archétypes ayant engendré des modèles sociaux, politiques et juridiques antagoniques ou en tout cas différents. Toutefois, on peut considérer que loin d'être opposables, les deux pays ont développé une approche juridique similaire de la diversité ethnoculturelle dans le cadre national.

L'histoire de la construction nationale dans les deux cadres de référence montre le développement empirique de ces nations avec et par la diversité. Ainsi, en France comme aux Etats-Unis, l'appréhension des différenciations des origines et des statuts des personnes a induit une prise en considération normative, consacrant un ancrage de la diversité dans le système juridique. L'articulation des principes républicains fondateurs des deux nations couplé à la diversité, a généré un système complexe oscillant entre différentialisme et aveuglement aux différences. Néanmoins, l'analyse des référentiels français et américain questionne la nécessité d'une reconnaissance juridique accrue de la diversité ethnoculturelle en tant que condition de l'unité nationale. Si un principe de diversité explicitement reconnu fait défaut, une réflexion doit être conduite afin de développer une construction normative en faveur de sociétés post-raciales, respectueuses des différences. Cette analyse nous conduira à envisager deux modèles de gestion de la diversité: un premier basé sur le multiculturalisme, le second sur une « laïcité de la diversité ». Tous deux tendent à la redéfinition d'un contrat social porteur d'une « re-nation ».

ABSTRACT

**Nation facing ethnocultural diversity.
A comparative study between France and United-Sates.**

On observing France and the USA, a question arises: what kind of nation lies behind each? For both, inherent heterogeneousness leads to ethnic and cultural issues which are sources of strength but also of weakness. Here, the law both as a source and a tool appears to accurately link together the nations' development and the respect of diversity. Therefore, when analyzing the French and American models it is necessary to acknowledge within the extents and constraints of the law the ethnocultural diversity as a condition of national unity.

France and the USA, who are both nations and republics, are often presented as examples of two specific nations that have created two opposite or at least different models of societies, politics and legal systems. Nevertheless, they do not appear as different when considering their legal models since they have created similar approaches to ethnocultural diversity within a national system.

The French and American legal models referring to ethnic and cultural diversity lead us to consider the development of these two nations with and through diversity. The difference of origins and status has led to setting a standard of diversity in the law system. Even if diversity is not a stated constitutional principle, it had become an implicit canon. As one result, the founding republican principles of these two nations have been integrated over the last decade into a complex legal system vacillating between considering and refusing differences. In this sense, we can argue that taking into account diversity helps the improvement of a nation's unity by redefining the social contract. Two legal models of diversity arise: on the one hand, a model of multiculturalism based on the principle of equality; on the other hand, a model of "laicity of diversity". These two components invite us to define a "renation" through diversity.

