

Les contentieux de l'appartenance

Mise en forme typographique :

Sarl « Les mots Passants », 25 rue Massillon, 83400 Hyères.

Tel : 04.94.33.75.84.

© L'HARMATTAN, 2006

5-7, rue de l'École-Polytechnique ; 75005 Paris

L'HARMATTAN, ITALIA s.r.l.

Via Degli Artisti 15 ; 10124 Torino

L'HARMATTAN HONGRIE

Könyvesbolt ; Kossuth L. u. 14-16 ; 1053 Budapest

L'HARMATTAN BURKINA FASO

1200 logements villa 96 ; 12B2260 ; Ouagadougou 12

ESPACE L'HARMATTAN KINSHASA

Faculté des Sciences Sociales, Politiques et Administratives

BP243, KIN XI ; Université de Kinshasa – RDC

<http://www.librairieharmattan.com>

harmattan1@wanadoo.fr

ISBN : 2-296-00669-8

EAN : 9782296006690

Université de Toulon et du Var

CHAMPS LIBRES

Études interdisciplinaires

5

Les contentieux de l'appartenance

Journées d'études des 19 et 20 décembre 2002

Centre d'Études et de Recherches sur les Contentieux

5. Les contentieux de l'appartenance

J.-J. SUEUR :

Avant-propos

p. 7

Première partie :

Conflits identitaires

M. MIAILLE :

Les conflits d'appartenance à l'école publique

p. 17

G. FARGAT :

Contrat et dépendance

p. 33

G. VACHET :

L'appartenance à l'entreprise

p. 49

J.-P. LABORDE :

L'affiliation comme figure d'appartenance en droit de la sécurité sociale

p. 61

M. REYDELLET :

« Etre étranger ». Les étrangers en France et les conflits d'appartenance

p. 75

G. KOUBI :

Contentieux de l'appartenance et mesures de faveur. A propos de la naturalisation et de la réintégration dans la nationalité française

p. 107

C. DEROBERT :

L'intégration réussie des israélites à Aix-en-provence de la Révolution à l'aube de la IIIe République

p. 131

J.-C. CAREGHI :

Conflits identitaires en Alsace (1681-1789)

p. 167

Deuxième partie :

Questions ouvertes

A. HEYMANN-DOAT :

Les contentieux de la citoyenneté **p. 187**

P. RICHARD :

Appartenance et transitivity ou le vertige de Procruste **p. 193**

M. REVERT :

Le deni d'appartenance **p. 211**

D. ROMAN :

Pauvreté et exclusion : un nouveau contentieux de l'appartenance sociale **p. 235**

S. TORCOL :

L'appartenance au « Patrimoine constitutionnel européen » **p. 253**

S. PEREZ :

A la recherche de la citoyenneté européenne **p. 281**

E. PAILLET :

L'enfant incestueux : Enfant-clone **p. 307**

F. LINDITCH:

Appartenance et intercommunalité **p. 323**

Ont collaboré à ce numéro :

Jean-Christophe CAREGHI, Docteur en Droit. ATER à l'Université du Sud Toulon-Var

Christiane DEROBERT, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon-Var

Gérard FARJAT, Professeur émérite à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Arlette HEYMANN-DOAT, Professeur à l'Université de Paris XI

Geneviève KOUBI, Professeur à l'Université Cergy-Pontoise

Jean-Pierre LABORDE, Professeur à l'Université de Bordeaux IV

Florian LINDITCH, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Michel MIAILLE, Professeur de Science Politique à l'Université de Montpellier 1

Elisabeth PAILLET, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Sophie PEREZ, Maître de Conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Michaël REVERT, Allocataire de recherche à l'Université du Sud Toulon-Var

Michel REYDELLET, Maître de Conférences à l'Université du Sud Toulon-Var

Pascal RICHARD, Maître de Conférences à l'Université du Sud Toulon-Var

Diane ROMAN, Professeure à l'Université de Tours

Sylvie TORCOL, Chargée d'enseignements à l'Université du Sud Toulon-Var

Gérard VACHET, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Coordination :

Jean-Jacques SUEUR, Professeur à l'Université Sud Toulon-Var, Directeur du C.E.R.C. (Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux)

AVANT PROPOS

Les sociétés occidentales sont traversées par un double mouvement apparemment contradictoire de repli sur soi du sujet, avatar de l'individualisme décrit par Louis Dumont et de « montée en puissance » des groupes, communautés, etc. servant de points d'appui pour de nouvelles revendications. Ces appartenances – sentiment de n' « être » que parce que l'on est dans ou avec – sont de plusieurs sortes et toutes ne sont pas nouvelles : famille, Etat, religion... De même, l'individu s'est-il toujours défini en référence à plusieurs appartenances à la fois. Durkheim l'a dit après Aristote, apportant la caution d'un savant à ce qui n'était encore qu'une vérité philosophique : l'homme est social ou il n'est pas. Les collectifs constituent au sens propre le sujet ; ils signalent l'apparition de la « solidarité organique par opposition aux juxtapositions mécaniques de similitudes qui font masse »¹. C'est dans cette multi-appartenance reconnue et acceptée que la subjectivité occidentale et le concept moderne de personne puisent leur spécificité essentielle.

Le droit exprime la quintessence de cette sorte de solidarité, mais n'est qu'une des composantes de la culture politique nationale, il intervient sur plusieurs plans, à ce titre – principes, règles – et son rôle est rarement déterminant. C'est ainsi que la France (avec la Grèce ?) fait très largement et encore une fois exception en Europe, en faisant prévaloir l'uni-appartenance de droit sur la multiplicité des « faits normatifs »² : la qualité de citoyen est et demeure « étroitement associée, en droit public français, au concept de Nation » comme l'écrit D. Schnapper³. Nation et démocratie ne font qu'un, dans cette perspective doctrinale, dont l'inventeur n'est autre que Sieyes qui, cependant, n'était pas lui-même un parangon de la démocratie.

C'est donner beaucoup trop d'importance, cependant, à cette tradition française légitimiste que d'opposer, comme le fait didactiquement Dominique Schnapper, le citoyen « à l'anglaise » et le citoyen « à la française »⁴. Rousseau contre Montesquieu (ou Locke) – le penseur de l'unité contre celui de la diversité : ce schéma-là est un peu trop usé pour être

¹ Cf. R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale, chronique du salariat*. Folio, essais 1995, p. 445 et s.

² Selon la formule « sociologisante » de G. Gurvitch.

³ Cf. D. Schnapper : La conception de la Nation, *Cahiers français* n° 97.

⁴ D. Schnapper (avec Ch. Bachelier) : *Qu'est-ce que la citoyenneté ?* Folio actuel 2000, p. 39 et s.

encore opérationnel. La thèse unitaire n'a pas plus de consistance, du point de vue analytique, que l'interprétation en termes de « guerre des chefs » de la pensée politique pré-révolutionnaire. L'Etat, quel qu'il soit, n'est jamais neutre en matière culturelle, écrit Alain Dieckhoff, ne serait-ce que parce qu'il est lui-même, en très grande partie, une construction culturelle¹ : dans bien des pays occidentaux « le jour de repos légal reste le dimanche et de nombreux jours fériés sont des fêtes chrétiennes »². Le culturel (au sens large) étant conflictuel par nature, la fonction de l'Etat est bien d'arbitrage et de mise en ordre du pluralisme, pour paraphraser M. Delmas-Marty. La survie du groupe présuppose entre les différents sous-groupes qui le composent une hiérarchie jugée globalement légitime et la primauté reconnue à un sur-groupe qui les surplombe sans les détruire. C'est ce que Durkheim voulait dire en faisant de l'Etat l'expression juridico-politique de la solidarité sociale un « cerveau » disait-il.

A la manière de Durkheim, et dans le style d'une époque encore éprise de scientisme, c'est bien une critique radicale de l'idéologie nationale identitaire qui est formulée là. La métaphore mise à part, c'est peut-être la voie à suivre : dénationaliser l'Etat pour dédramatiser cette question des « appartenances ». C'est en tout cas l'hypothèse de travail qui sera retenue.

- I -

Il est relativement aisé de « déconstruire »³ le mythe de l'Etat national si l'on a recours à l'histoire. Tout commence comme un conte de fées : il était une fois Sieyès et sa conception legaliste abstraite de la Nation⁴ : Nation et démocratie ne font qu'un, mais c'est de démocratie représentative qu'il s'agit, pas plus. L'"uni-appartenance" prend alors valeur d'une construction légitimatrice de l'Etat. L'homme nouveau est un citoyen dont la qualité première est de disposer très exactement des mêmes droits et des mêmes devoirs que tous les autres. Il est l'égal de l'autre et la citoyenneté est

¹ Introduction. Nouvelles perspectives sur le nationalisme in *La Constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme*. Presses de Sciences Po, 2004, p. 27.

² *ibid.*

³ A chaque époque ses façons de dire et d'écrire. Le succès de ce thème de la déconstruction et les abus auxquels il a pu donner lieu n'interdisent pas d'y avoir recours, semble-t-il. Tentative de définition : faire parler les mots pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire des signes qui font système pour celui qui les a posés comme pour celui qui les lit.

⁴ « Un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentée par un même législateur » dit SIEYÈS (Cité par D. SCHNAPPER : *La conception de la Nation, op. cit. loc. cit.*).

l'autre nom donné à l'égalité. Tout se tient, dans ce schème général individualiste qui exclut le libéralisme en partie et le pluralisme à coup sûr¹. Le libéralisme est celui de l'« équilibre des pouvoirs » : les individus contre l'Etat² ; le pluralisme ou l'« hypothèse pluraliste », selon la prudente formule de J. Carbonnier est cette invention de la sociologie et de la sociologie juridique de l'entre-deux-guerres qui entend contester le monopole étatique de la production des règles juridiques³. Cependant, cette « préférence pour l'unité » n'a rien d'universel comme l'a montré depuis longtemps l'étude des phénomènes dits de « réception » du droit (le droit islamique en Afrique, le droit romain dans l'Europe du XIII^{ème} siècle, etc.)⁴. Michel Foucault, qui n'était certes pas sociologue, a établi par ailleurs tout ce que ces oppositions peuvent avoir de trompeur, en enfermant la pensée dans des dualismes réducteurs. C'est ainsi que l'idée de nation a dès l'origine – c'est-à-dire dès le XVII^{ème} siècle – quelque chose de particulier (pluraliste ?) qui n'a rien à voir avec la belle unité dont elle sera parée plus tard : pour les historiens du tournant du siècle (Boulin-Villiers, du Buat-Nançay), elle est un groupe d'hommes qui se définit en s'opposant ; « la noblesse, c'est une nation, écrit Foucault, en face de bien d'autres nations qui circulent dans l'Etat et qui s'opposent les unes aux autres »⁵. Ce qui change, en apparence, avec Sieyès, c'est que la Noblesse est disqualifiée au profit du Tiers Etat, dans cette capacité à assumer l'« universel abstrait ». Assimilé au peuple, il devient une sorte de sur-groupe national, une « nation complète » dit Foucault en citant l'auteur de « Qu'est-ce que le Tiers Etat ? »⁶ Autrement dit, un groupe se substitue à un autre, avec comme lui la prétention de « faire corps » avec l'Etat.

A partir de là une mythologie unitaire voit le jour, malgré ou à cause de l'instabilité constitutionnelle et politique : mis à part les régimes autoritaires pour lesquels la question de la légitimité demeure toujours par définition à l'arrière-plan, l'idée nationale sert de substitut au constitutionnalisme défaillant. La Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 est le moment fondateur de ce processus de construction que parachèvera la III^{ème} République⁷. La « vision républicaine » de la nation se

¹ A. DIECKHOFF, *op. cit.*, p. 17.

² D. Schnapper : *Qu'est-ce que la citoyenneté ?* *op. cit.* p. 48.

³ Cf. notamment *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. LGDJ 1971, 2^{ème} éd., p. 12.

⁴ cf. N. Rouland. *Anthropologie juridique*, PUF Coll. Droit fondamental 1988, p. 74 et s.

⁵ M. Foucault : Il faut défendre la société. *Cours au Collège de France*, 1976, Hautes Etudes, Gallimard Seuil, p. 115.

⁶ *ibid.*, p. 198.

⁷ Cf. G. Noirel : *Etat, nation et immigration. Vers une histoire du pouvoir*, Belin 2001, p. 141.

met en place à ce moment-là, en France. C'est aussi le cas aux Etats-Unis : « Notre Constitution est aveugle à la couleur » dit le juge Harland de la Cour suprême, en 1896¹. Il n'y a pas de Nations(s) dans la Nation.

On sait ce qu'il est advenu de cette utopie individualiste: pervertie et fourvoyée, elle débouche après le chaos des années de plomb sur une sorte de « no man's land » théorique et pratique générant, à plus long terme (c'est-à-dire aujourd'hui) une « redécouverte » de la République universelle².

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 illustre d'une certaine manière cette position charnière, entre deux mondes, comme le laissait prévoir la teneur critique du débat constituant : l'appartenance à la Nation conditionne encore la reconnaissance à tous ses ressortissants des droits subjectifs contenus dans le Préambule, mais le mot nation n'a plus tout à fait le même sens désormais, comme le souligne J. Chevallier³. Celle-ci ne se distingue plus du peuple, et d'autres acteurs - actants dit J. Chevallier – sont invoqués dans un ordre qui ne peut pas avoir été laissé au hasard : la collectivité, la République, la France, la loi. C'est au nom du Peuple que sont proclamés les « principes » tandis qu'il revient aux autres acteurs de les mettre en œuvre, de leur donner forme juridique. L'idée de nation ressemble alors à une directive générale s'imposant aux pouvoirs publics dans le cadre de ce processus de mise en œuvre. Elle devient le substitut du principe de non-discrimination (« sans distinction de race, de religion ni de croyance »). Peut-être n'est-elle plus que cela.

- II -

Y a-t-il une spécificité du conflit culturel ou « ethnique » ? Assurément pas, si l'on se place à un certain niveau de généralité. Qu'il s'agisse des langues régionales ou minoritaires ou des revendications identitaires émanant de telle ou telle population, il y a toujours, dans un conflit de cette nature, porté à son point d'incandescence, la rencontre de plusieurs éléments indissociables, si l'on en croit J Freund⁴ : une crise – rupture d'équilibre ou « perte de sens » – et une opposition d'intérêts plus ou

¹ Dans son opinion dissidente sur l'arrêt rendu par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Plessy v. Ferguson de 1896 et rapporté par P. Bouretz : La démocratie au risque du monde in *La démocratie en France* (Marc Sadoun dir.) Gallimard, 2000, t I, p. 53.

² « Retour » à Kant...

³ Essai d'analyse structurale du Préambule in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*. CURAPP, PUF 1996, p. 13.

⁴ *Sociologie du conflit*, PUF 1983, p. 65.

moins durable opposant deux personnes ou deux groupes de personnes. Que l'Etat – tout l'Etat – suppose entre ses ressortissants l'existence (pré-existence ?) d'un sentiment d'appartenance qui leur permet de se re-connaître en le reconnaissant lui, l'Etat, comme fédérateur en dernière instance des "appartenances" multiples et que cette équation – Etat = communauté d'appartenance – soit aujourd'hui en crise, voilà qui ne fait guère de doute.

La nouveauté (qui remonte vraisemblablement aux années 1970) tient au fait que ces multi-appartenances se déclarent désormais pour ce qu'elles sont et qu'elles le font dans un ordre ou une hiérarchie qui ne sont plus universellement acceptées. Ce dévoilement des contradictions (centre/périphérie, universalisme/particularisme) allant de pair avec un décalage croissant entre l'appartenance revendiquée et la hiérarchie socialement tolérée sont évidemment sources de multiples tensions et conflits comme l'ont montré les débats soulevés en France par l'enseignement des langues régionales ou la reconnaissance d'une entité corse au sein de la République. En présence de contradictions de cette nature, il est bien connu que le droit est toujours en retard. Le droit mais aussi ses agents : c'est ainsi que le juge constitutionnel français, confronté à de tels conflits de normes décide en général qu'il n'y a pas lieu de trancher le nœud gordien et s'en tient à concilier de manière pragmatique des normativités contradictoires (« exigences de valeur constitutionnelle »). Rappel : la référence faite par le législateur au « peuple corse, composante du peuple français » est contraire à la Constitution qui reconnaît et ne reconnaît que le peuple français composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »¹ ou encore : la Constitution et les « principes fondateurs de l'ordre juridique républicain » (G. Calves) s'opposent « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit définis par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »².

Ce qui revient à dire que ces contentieux ne sont tout de même pas exactement comme les autres, parce qu'ils sont politiques par nature. L'Etat républicain n'ignore pas les groupes – quelle qu'en soit la dénomination – ni même ce mot étrange d'appartenance³. Mais l'identité Droit-Etat, figée dans le marbre par le positivisme d'inspiration kelsénienne ne permet pas d'aller au-delà. Ou très difficilement : une chose est d'admettre en la labellisant la

¹ Conseil Constitutionnel, déc. n° 91-290 DC 9 Mai 1991 : Statut de la Corse.

² Conseil Constitutionnel, déc. n° 99.412 DC, Charte européenne des langues régionales et minoritaires.

³ Présent, par exemple, dans le domaine des délits de presse.

diversité (« pluralité » dit R. Debbasch) des groupes, sociétés ou communautés à l'intérieur de l'entité étatique – le droit sans le droit dirait Carbonnier –, c'en est une autre de voir dans ces groupes aux statuts divers des foyers de production d'un « droit social » spécial. Or ce qui est en cause, à bien y réfléchir, ce n'est pas l'Etat en soi, mais... cet Etat-là, le nôtre et cette nation ethnico-culturelle qui lui sert de substrat depuis la Révolution française. Ce qu'exprime parfaitement J. Habermas dans sa vaste tentative pour penser l'Etat par-delà le concept de Nation « à la Renan » : non pas à proprement parler un dépassement de l'Etat-Nation, mais « une redéfinition de la nationalité » en des termes abstraits devant permettre de penser le politique dans le contexte de la mondialisation, comme l'écrit P. Savidan¹. L'idée de République s'impose alors à l'esprit, pour désigner cette solidarité « fondée sur le droit » dit Habermas, « entre personnes qui sont des étrangers les uns pour les autres »².

Cela peut aussi s'analyser dialectiquement : après les appartenances subies ou héritées auxquelles il a bien fallu que l'homme des lumières s'arrache par la politique, comme l'écrit suggestivement P. Bouretz³, voici celles qu'il construit de ses mains pour servir d'horizon à une « culture politique commune »⁴. Mais pour l'heure, rien n'est joué et nous nous trouvons typiquement dans cette situation de l'« entre-deux » où les mots ne recouvrent pas encore exactement ce qu'on veut leur faire dire. La notion de droit fondamental apparaît alors comme un substitut heureux de l'idéologie nationale, le fondement d'une légitimation « post-nationale » du politique.

Le colloque dont on va lire les actes⁵ n'avait d'autre ambition que d'éclairer autant que faire se peut ces écarts de vocabulaire. Les communications ont été regroupées en fonction de leur objet. Il est, en effet, des conflits de type identitaire qu'on peut appeler historiques parce que, à défaut d'être résolus, ils sont relativement réparables et assez bien circonscrits (le cercle d'appartenance – famille, école etc. – précède et

¹ La constellation post-nationale et l'avenir de l'Etat libéral, in *La constellation des appartenances...*, op. cit., p. 96.

² J. Habermas : *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*. Fayard 1998, p. 155. Autrement dit, inversons les termes de la question posée et au lieu de déplorer la non résolution des conflits dans le cadre du type d'Etat-Nation hérité du XIX^{ème} siècle, essayons maintenant d'inventer un autre schéma conceptuel pouvant permettre la résolution de ces contradictions nouvelles.

³ *La démocratie...*, op. cit., loc. cit.

⁴ cf. J. Habermas : *L'intégration républicaine...*, op. cit., p. 85.

⁵ Ce colloque a été organisé par le Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux, à la Faculté de Droit de Toulon les 19 et 20 décembre 2002.

conditionne la revendication dont il est le soutien). Mais nous voyons aussi apparaître et se développer, en marge de ces conflits identitaires des tensions ou aspirations qui semblent moins faciles à définir parce que leurs contours sont plus flous quand ils ne constituent pas purement et simplement une remise en cause de l'idée même d'appartenance. Le juriste, c'est bien connu, a horreur du « flou », mais ces conflits-là ne s'en imposent pas moins au regard de l'observateur comme autant de conflits « ouverts », des conflits dans le conflit en somme.

Jean-Jacques SUEUR

Professeur à l'Université Sud Toulon-Var,

Directeur du C.E.R.C.

(Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux)

PREMIERE PARTIE :

Conflits identitaires

LES CONFLITS D'APPARTENANCE A L'ECOLE PUBLIQUE

«Ah ! Monsieur est persan. Mais comment peut-on être persan ? » Cette interrogation dans les salons parisiens de la Régence résume assez bien, sous la plume alerte de Montesquieu, à la fois la naïveté et la suffisance qui régnait en France, en ce début du XVIII^e siècle à l'égard de tout ce qui n'était pas français, donc normal et civilisé.

N'est-ce qu'une anecdote historique ? Et y a-t-il encore aujourd'hui des étonnements de ce genre sur l'appartenance d'une personne à une autre société, à une autre culture ? Cette phrase aurait-elle encore quelque actualité ?

Poser la question, c'est déjà y répondre car l'appartenance, c'est-à-dire l'identité d'un sujet, continue de poser problème dans notre société. Pour tenter d'aller plus avant dans l'investigation, il faut certainement éclairer ce thème de l'identité et également justifier le champ d'observation qui est l'école publique.

1 - Appartenance et identité.

L'appartenance est la situation de partage d'un certain nombre de qualités spécifiques à un groupe : c'est donc fonder l'identité d'un sujet qui se réclame de ce groupe et revendique dès lors son appartenance.

Pourtant cette définition mérite tout de suite d'être corrigée de deux manières qui ont des conséquences tout à fait déterminantes pour notre sujet.

- D'abord, l'appartenance peut provenir du sujet lui-même qui manifeste, plus ou moins volontairement, son identité. Mais elle peut aussi être le fait des individus hors de cette appartenance, qui attribuent une identité, réelle ou imaginaire, à l'individu en cause : on dira qu'il s'agit plutôt ici d'une identification. Ainsi, autant l'identité peut se rattacher à un vécu, quelquefois même difficilement exprimable, autant l'identité affectée – l'identification – apparaît comme un marquage du collectif à l'égard de certains individus, assignés à une appartenance qui sert de classification ou de modèle de classement, pour des raisons qui peuvent être très différentes.

Ainsi pourrait-on dire, les premiers – et les plus constants conflits qui puissent exister, sont ceux qui résultent de l'opposition entre identité et identification. C'est l'un des nœuds de cette question que de faire apparaître les intérêts et les pratiques qui divisent les modes d'identité choisis ou

intériorisés et les procédures d'identification, plus ou moins acceptées ou imposées mais qui peuvent, dans les deux cas, constituer des ressources pour les stratégies des individus et des groupes. Se dénommer ou être identifié de telle ou telle manière constitue un argument ou un moyen dans les pratiques de positionnement social. Bien évidemment, les situations ne sont pas symétriques et varient suivant les lieux et les moments, comme nous aurons l'occasion de le voir.

L'autre réserve quant à la définition initiale réside dans le fait qu'elle objective la situation d'identité et d'appartenance mais court le risque de la fixer, de la réifier, bref de la transformer en un objet non seulement stable, mais durable et de le naturaliser. Si ce qui fait un groupe ou un individu, c'est la possession de qualités spécifiques, le danger est grand de donner à ces qualités une continuité, voire une permanence qui occulte une réalité qu'il ne faut jamais oublier : l'identité est un construit social et donc évolutif et adaptable.

Loin d'une identité qui ne changerait pas pour mériter sa définition, ce qui ne serait qu'une illusion au sens de J.F. Bayart, l'identité et l'appartenance sont historiques donc mobiles¹. Cela signifie que les conflits d'identité ne répètent pas, à l'infini, les mêmes combats : chrétiens contre musulmans, gens du Nord contre gens du Sud et ainsi de suite. Ces conflits sont toujours datés et liés à des conjonctures précises².

Dès lors, la question de l'appartenance doit sans cesse se défaire de ce qui la menace : une définition hors de l'histoire et hors des structures sociales³.

2 - Et l'école ? Il est clair que, parmi toutes les institutions sociales, elle est celle qui, par sa fonction et par l'évolution qu'elle connaît aujourd'hui, doit résoudre sans cesse des problèmes d'identité et d'appartenance.

L'école publique en France est créée, à la fin du XIXe siècle concernant les classes primaires, avec un objectif politique clair : donner une identité nationale et patriotique aux enfants en les attachant au régime encore fragile de la République. Aussi, l'histoire de l'école française est-elle directement liée au problème d'une commune appartenance dont « nos Ancêtres les Gaulois » ne sont qu'une illustration à peine caricaturale. On

¹ J.F. Bayart, *L'illusion identitaire*, Paris, Fayard, 1996.

² A. Dieckhoff (dir.) *La constellation des appartenances*, Paris Presses de Science Po, 2004.

³ H. Zeghib, Identité et nationalité, les ambivalences du droit in H. Zeghib (dir.) *Etre étranger en Europe du Sud*, Edisud, 2005.

sait, et de nombreux travaux se sont attachés à le montrer, comment cette école républicaine a réprimé les autres modalités d'appartenance régionale notamment en fixant la norme d'une appartenance nationale quasi-exclusive. D'autres travaux plus nuancés, comme la thèse de H. Pérès, ont montré que le jeu avait été plus subtil en intégrant le régional dans le national : ainsi le conflit d'appartenance pouvait-il se résoudre à la fois dans une hiérarchisation des identités, et avec un certain refoulement de l'appartenance locale dans la sphère privée vite folklorisée, au contraire de l'appartenance à la Nation, valorisée et située ostensiblement dans la sphère publique.

Mais la question n'est plus seulement historique : elle a pris un tour de grande actualité depuis quelques années sous l'effet de plusieurs facteurs. Aussi assiste-t-on aujourd'hui au retour de la question des appartenances à l'école publique, avec souvent une violence inattendue. Les conflits ont rapidement montré l'ampleur du problème : appartenances religieuses, ethniques, linguistiques, régionalistes constituent actuellement la trame d'un réseau complexe d'identités où les règles anciennes, tant en droit que dans les pratiques et les représentations ont du mal à tracer une logique partagée. Ce colloque en est d'ailleurs une des manifestations, qui se propose de reprendre ce problème que l'on aurait pu croire réglé – c'est-à-dire soumis à des règles – de manière stable.

Le retour de ce problème si sensible dans l'école publique rejoint ainsi l'observation faite sur le caractère jamais définitif de la constitution des identités et sur la relative fluidité ou plasticité du système des appartenances. Celui-ci comme l'appareil scolaire sont, sans cesse, sommés de se redéfinir et de constituer des modèles de rapports sociaux toujours fragiles, toujours contestés, et pourtant toujours nécessaires dans leur contribution à l'ordre politique.

C'est dans ce sens que nous voudrions proposer quelques pistes pour comprendre ce qui se joue dans les conflits d'appartenance au sein de l'école publique : d'abord, un conflit majeur, structurel en quelque sorte, lié aux transformations de l'école contemporaine ; ensuite des conflits plus spécifiques parce que liés à des déterminants particuliers et qui trouvent place dans l'école du fait même des mutations dont elle est l'objet.

I – CONFLITS STRUCTURELS D'APPARTENANCE DANS L'ÉCOLE PUBLIQUE

Il peut paraître surprenant, à première vue, que l'école soit le siège d'un conflit structurel d'appartenance. A la vérité, cette situation longtemps acceptée ou difficilement visible, n'est devenue sensible que depuis quelques décennies, sous l'effet d'un certain nombre de facteurs.

Nous tenons pour fondamentale cette situation, dans la mesure où elle met en cause à la fois le système des appartenances et le système scolaire. Car, on aurait souvent tendance à penser que les conflits sont extérieurs et que l'école ne fait que les répercuter et, si l'on est optimiste, les réduire. Or, force est de constater non seulement que l'école participe à ce conflit d'appartenance mais que, d'une certaine manière, elle contribue à le créer et à le renforcer.

A - La contribution de l'école aux conflits d'appartenance

Nous prendrons ici l'appartenance dans un sens étroitement social comme désignant la position objective de groupes définis par des caractères singuliers selon des procédures et des rituels déterminés. Souvent l'appartenance a été reliée à la possession de capital économique et social, divisant ainsi dominants et dominés dans l'inégalité de ces ressources. Ce serait oublier que le capital scolaire et culturel participe également de cette organisation des groupes sociaux et définit ainsi des appartenances fortes. On mesure alors tout de suite la place que l'école occupe dans cette fonction¹.

Cependant, pendant des décennies, celle-ci a été occultée par le fait que les modes de recrutement et de transmission dans et par l'école s'effectuaient de sorte à perpétuer des clivages sociaux non discutés. Ainsi, l'école de J. Ferry est absolument étrangère à l'idée d'une remise en cause de la hiérarchie sociale. Le système mis en place permet au cycle court du Primaire (continué par le Primaire supérieur) de se reproduire avec le même public celui des campagnes, pendant que les collèges constituent la continuation scolaire offerte à la petite bourgeoisie des villes et que l'infime minorité de la grande bourgeoisie fréquente l'Université. Tant que ce partage

¹ On ne peut pas ne pas citer ici P. Bourdieu, *Les héritiers*, Paris, Edit. de Minuit, 1964 et l'ouvrage théorique sur *La Reproduction, Eléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris : Edit. de Minuit, 1970. Tout un courant de sociologie de l'école a développé cette thématique. Ainsi Establet, *L'école primaire divisée*, Paris, Maspéro, 1975.

social du savoir fonctionne, il n'y a pas de conflits d'appartenance : chacun continue à se mouvoir dans la sphère de sa classe sociale d'origine.

En revanche, à partir de la IV^e République et surtout de la V^e République, le jeu va changer et l'idée d'un continuum de l'obligation scolaire s'impose, de sorte que la séparation qui jusque là prévalait entre des publics différents, est brouillée et que les conflits ne vont pas tarder à apparaître¹.

Désormais, et cela est particulièrement sensible, dans le tronc désormais commun du Collège, des publics de plus en plus hétérogènes vont se trouver réunis et se révéler en même temps, évidemment, de plus en plus inadaptés aux exigences qui, jusque là servaient de loi de l'enseignement. Le thème du « niveau qui baisse » traduira, en termes quantitatifs, ce qui est un phénomène qualitatif de mutation profonde du système scolaire.

La démocratisation de l'enseignement est d'abord une massification, c'est-à-dire un accès élargi aux classes sociales jusque là exclues – sans que les programmes, les formes pédagogiques et les modes de sélection aient changé. D'où un système qui exclut de plus en plus, on trie les publics on crée des sous-systèmes chargés de contenir des publics non désirables.

C'est ici qu'apparaissent les conflits d'appartenance. En effet, par une logique imparable, les élèves qui peuvent réussir dans ce système sont ceux qui sont déjà pourvus d'un capital culturel et social les rendant aptes à comprendre la logique scolaire, à en assimiler les exercices et les rituels et donc à réussir. Au contraire, les élèves inadaptés sont désormais constitués en groupes à reclasser, à réorienter, voire à exclure. La difficulté est qu'à la différence de la III^e République cette reproduction des inégalités n'est plus perçue comme naturelle et légitime et qu'elle soulève protestations et entraîne des conflits.

B - L'école comme institution conflictuelle contemporaine.

En continuant à prendre la notion d'appartenance au sens social du terme, on comprend comment s'explique aujourd'hui la forme la plus aiguë des conflits qui se manifestent dans la violence à l'école.

En effet, les catégories les plus défavorisées, aujourd'hui souvent marginales à la fois dans leur origine et leur projection dans l'univers social – « no future » - se trouvent de moins en moins aptes à comprendre puis à accepter les codes scolaires pensés et mis en œuvre par et pour de tout autres catégories sociales. D'où les formes de résistance depuis les plus passives – comme l'inattention, l'absentéisme et le désintérêt pour l'étude – jusqu'aux

¹ A. Prost, *Education, Société et politiques. Une histoire de l'enseignement de 1945 à nos jours*, Le Seuil, 1997.

formes les plus actives, voire les plus agressives : de là, la multiplication des incivilités puis, à un autre niveau des infractions. La réaction de l'institution qui a pourtant organisé la ségrégation sous des formes diverses (classes homogènes dites de niveau, filières, procédures de redoublement sans parler des sanctions) ne peut osciller qu'entre deux pôles : les enseignants sont condamnés à la démission ou à l'héroïsme.

A cet égard, les conflits scolaires révèlent un véritable malaise social qui n'ose réellement avouer sa nature de conflit d'appartenance, car ce serait reconnaître ou avouer que les provenances sociales et culturelles loin d'être diminuées, voire corrigées, sont reproduites et quelquefois accentuées par l'école. C'est à ce point que les distinctions du début sont importantes : l'identité qui fait appartenance est bien plus une identification imposée par le système qu'une qualité revendiquée par les individus scolarisés. Le « mauvais » élève ne se révèle que par le système scolaire : la plupart du temps, cette stigmatisation qui accompagne les difficultés puis l'échec scolaire vient redoubler une stigmatisation sociale, liée à l'origine des parents, au quartier de résidence, au mode de vie – même si, bien évidemment, il n'y a aucune place pour une malignité des enseignants qui se trouvent dans la situation d'appliquer de bonne foi des normes de compétence et des manières de faire objectives – véhiculée par les standards scolaires et par les contraintes de la sélection, au nom d'une certaine culture, posée comme commune.

En réponse, les élèves assignés à un statut dévalorisé vont souvent se mettre en conformité avec cette identification, quand ils ne la précèdent pas ! Leur réponse consistera à jouer le rôle qui leur est attribué : mauvais élève, toujours en retard, inattentif, voire insolent, frondeur et quelquefois, leader redoutable.

Ce conflit d'appartenance ne peut être résolu par les seuls prodiges de la patience et de l'imagination des personnels : il nécessite une véritable refonte du système prévu et organisé pour une minorité déjà cultivée socialement.

C - La solution aux conflits et le retour du droit¹

On s'aperçoit que les conflits d'appartenance, structurels ne trouvent de solution durable dans l'école que par la négociation, à défaut d'une transformation profonde du système scolaire.

¹ M. Miaille, Citoyenneté et école : de quelques malentendus, in M. Verdelhan (dir.) *Ecole, Langage et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan, 2001.

Pourtant un moyen est apparu propre à donner des solutions à ces conflits : c'est le règlement intérieur des établissements. C'est ce type de texte qui a été utilisé lors de toutes les mobilisations pour réprimer ou limiter les revendications d'identité et même pour réguler les positions et les actions dans l'école.

Observons alors que ce règlement, longtemps considéré comme un acte de l'administration ne faisant pas grief et donc insusceptible d'une critique devant le juge, a donné lieu à une interprétation opposée lors précisément, de « l'affaire du foulard ». Cela signifierait pour beaucoup l'entrée du droit dans l'école. Outre que cette conséquence rapidement tirée est inexacte car le droit existait bien avant, il faut s'interroger sur le bien fondé dans la pratique de ce type de moyen.

En effet, une étude attentive des règlements intérieurs¹ montre sur le plan formel une très grande confusion sur la nature de l'acte (unilatéral, contrat ou simple convention ?) et, sur le fond, une très grande dissymétrie entre les devoirs des élèves fort détaillés et les droits réduits à quelques principes généraux. Il y a plus, des études récentes² montrent que cette juridicisation des rapports à l'intérieur de l'école est assez inefficace et surtout mal perçue, au sens où la « communauté scolaire » attend d'autres formes d'intervention que celle qui consiste à sanctionner judiciairement des actes, à entourer les établissements de grilles et à user d'un « code de l'école » toujours à réactualiser. En réalité, les élèves ont une vision moins juridique et plus autonome de leurs rapports à l'école, sans avoir besoin de se référer à des droits. Cependant, ils attendent que soient clairement fixés les personnes et les lieux où peuvent être adressées les réclamations et les procédures selon lesquelles leur parole peut être entendue.

Ainsi, les conflits d'appartenance à l'école doivent-ils trouver une solution propre, de nature pédagogique et non judiciaire. A terme cependant, une réforme du système scolaire sera inévitable car il est impossible de demander à un système bureaucratique, hiérarchisé et centralisé, de répondre aux défis du monde contemporain, notamment en matière d'appartenance, qui suppose un autre mode de régulation³.

On peut ici mesurer le chemin parcouru : les actuels conflits révélant les inégalités d'appartenance montrent les limites des solutions mises en œuvre ; il faudra bien, sans dramatisation excessive, remettre en chantier les

¹ Le rôle du droit dans l'école a été analysé in Ch. Kourilski *Connaissance et représentations du Juridique chez les enfants et les adolescents : concepts et méthodes d'interprétation dans la recherche sur la socialisation juridique*, *Revue Droit et Société*, 1986, n°4, p.383 à 403.

² P. Merle, *Les droits des élèves. Droits formels et quotidien scolaire des élèves dans l'institution éducative*, *Rev. française de sociologie* 2001, n°1, pp 81-115.

³ M. Miaille, *Enseigner la citoyenneté ? in Mélanges en l'honneur du Prof. J.Ph. Colson, Environnements*, PUG, 2004.

formes mêmes selon lesquelles s'organise et fonctionne l'école, au sein de la société contemporaine.

C'est la seule voie, difficile parce que radicale, qui permettrait de répondre aussi, aux autres conflits d'appartenance présents dans l'école.

II - CONFLITS PARTICULIERS D'APPARTENANCE DANS L'ECOLE PUBLIQUE

Dire que ces conflits sont particuliers n'en minimise nullement l'importance et le poids aujourd'hui : aussi bien, ce sont ceux qui mobilisent l'attention par les médias interposés. Mais, cela signifie qu'ils ne doivent être pris en compte que sur la base du conflit structurel dont nous venons de mesurer l'étendue. Il ne faut pas en déduire qu'ils seraient des effets de celui-ci : ils ont, au contraire, leur propre logique et ne sont pas des « illustrations » évènementielles et secondaires d'un conflit principal. Ce sont des expressions particulières qui ne peuvent être comprises que par rapport à une crise de l'école publique et de l'autorité qui a d'autres racines.

Pour simplifier, on dira que ces conflits d'appartenance s'extériorisent à partir de deux champs sensibles : celui de la religion et celui de l'appartenance culturelle plus ou moins territorialisée.

A - Les conflits nés de l'appartenance religieuse.

Partons du signe le plus connu et qui manifeste hautement l'idée de conflit d'appartenance : l'affaire dite du foulard islamique. On sait comment le problème a été résolu dans un premier temps : pas de textes nouveaux, renvoi des décisions au niveau de chaque établissement sous le contrôle du juge administratif. On sait que les situations sont très diverses, depuis des cas isolés et négociés par les autorités des établissements jusqu'aux situations de crise, ouvrant sur des revendications d'un côté et des crispations de l'autre. Le phénomène très présent dans certains établissements reste, pourtant, à l'échelle nationale, très minoritaire. Puis le mode de traitement a radicalement changé au début des années 2000. Au nom du « flou juridique » entraîné par un traitement seulement jurisprudentiel des difficultés, l'idée d'une « loi » a été présentée comme la seule solution acceptable. Un débat, assez confus, a saisi l'ensemble du pays, au terme duquel, le Parlement a voté une loi sur l'interdiction des signes ostensibles manifestant les convictions religieuses. Quoiqu'en termes généraux, le texte vise spécialement, sans le dire, le port du « voile

islamique »¹. D'ailleurs, un an après, le rapport sur l'application de la loi ne parle que de ce vêtement.

Le calme qui a présidé à la rentrée scolaire de septembre 2004 est certes lié à la vertu symbolique de la loi comme norme (il faudrait certainement tenir compte d'autres faits)². De toute manière, les cas non résolus continueront d'être traités par la jurisprudence du Conseil d'Etat, comme autrefois, interprétant ce que signifie « un signe ostensible » pour confirmer ou annuler une mesure d'exclusion.

Pour ne pas glisser dans les imprécations ou les catastrophismes et raison garder, il faut, plus que jamais, savoir opérer des distinctions afin de mesurer exactement sur quoi porte le conflit et éventuellement en déterminer la nature et la portée.

L'objet du litige est la légitimité de la visibilité d'une appartenance religieuse dans l'espace public scolaire. Observons tout de suite, pourtant que, sociologiquement, ces revendications sont souvent de nature très différente et que l'on aurait tort de recouvrir d'une seule interprétation le port du voile : affirmation religieuse pour certaines, obligation parentale pour d'autres, technique de paix sociale pour certaines, affirmation d'identité aussi. Dès lors, le conflit qu'entraîne le port du voile n'a pas la même intensité ni les mêmes conséquences suivant les cas : si dans certains cas, le conflit tourne à l'épreuve de force, mobilisant famille et groupes, dans d'autres il se dénoue par la discussion ou des compromis sur les moments et la taille du foulard. Il faut donc se garder d'une peinture totalisante sur ce thème et, au contraire, être sensible aux différences de statut et d'usage de ce signe.

Au-delà du vêtement, ce sont les autres signes de l'appartenance qui, aujourd'hui posent question, notamment les absences pour fêtes et les interdits alimentaires – en exceptant les cas les plus radicaux comme la demande pour une jeune femme voilée de n'être interrogée que par une femme et ceci, quasiment sous le contrôle du mari. Les demandes, là encore doivent être appréciées comme des revendications d'identité plus que comme un attachement religieux : le ramadan, la fête de l'aïd et la non-consommation du porc dans les cantines permettent de définir une

¹ La loi 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, a été publiée au *JO* du 17 mars.

² Ainsi de la détention d'otages français en Irak, dont le discours des ravisseurs était l'annulation de la loi sur les signes ostensibles, obligeant moralement les représentants du culte musulman à être solidaires de la décision française et à montrer leur réprobation à l'égard de tout extrémisme religieux.

communauté plus imaginaire que réelle. D'abord, tous les enfants de famille musulmane ne sont ni nécessairement pratiquants, ni astreints par leur famille à ces codes sociaux : c'est souvent un contrôle interne à l'école, exercé par les pairs, qui aboutira à se ranger dans la moyenne pour ne pas se singulariser – comme l'a souvent été la participation au catéchisme catholique pour des générations d'élèves dont les parents n'étaient, selon l'expression, que des « catholiques sociologiques ». Les fêtes et le ramadan sont des manifestations familiales et de sociabilité retrouvée tout autant qu'un exercice pieux. Dès lors, spécialement, l'acceptation des fêtes musulmanes – comme les fêtes juives – pose la question du statut exact des fêtes chrétiennes célébrées par la République : Noël, Pâques, Pentecôte et Ascension, autant que le 15 août ont pour beaucoup perdu toute signification religieuse (des questions sur le sens et l'origine de ces fêtes en disent long sur leur dé-religiosité !) Mais elles restent un rythme symbolique de l'année, comme l'était, jusqu'il y a peu, le « jeûne » du vendredi avec poisson dans les cantines et les restaurants !

Il faut donc précisément analyser ce que représentent ces symboles d'origine religieuse dans le concret des pratiques sociales – et donc leur grande variété – afin de pouvoir utilement comprendre quelle est la nature de cet attachement et des conflits qu'il peut entraîner.

La nature du conflit peut être éclairée par les propositions de M. Gauchet¹ selon lequel l'affirmation nouvelle des identités s'accompagne d'une revendication de présence dans l'espace public de sorte que cet espace apparaît comme le seul garant de l'existence de ces identités². Jusque là, on le sait, ces marques d'appartenance avaient été confirmées dans l'espace privé selon une conception de séparation des espaces sociaux qu'exprime la notion française de laïcité, c'est donc bien la laïcité qui est en jeu – au moins dans le renouvellement de définition qu'impose cette nouvelle situation.

Le conflit, à cet égard, rappelle qu'il n'y a jamais eu et qu'il n'y aura jamais de définition consensuelle de la laïcité. Sauf à avoir la nostalgie d'un âge d'or introuvable – le temps où la laïcité était précise, claire et admise – il faut convenir que la laïcité est une notion éminemment discutable : mieux même, la discutabilité de la notion n'est pas une faiblesse, mais le premier enjeu de sa définition. De tous temps, et aujourd'hui autant qu'hier, il y a eu et il y a des groupes ou des individus persuadés que quelques principes et

¹ M. Gauchet, *La religion dans la démocratie*, Paris : Gallimard, 2001.

² Sur les différentes analyses des pratiques identitaires des groupes, on lira les contributions d'auteurs très différents in M. Wiewiorka, *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1997, 318p.

quelques valeurs sont « évidents » pour fonder la laïcité : et pourtant, ce sont ces « évidences » qui font problème !¹

Ce conflit est d'autant plus variable en intensité et en difficulté, que l'identité religieuse affirmée est, elle-même, mouvante : on aurait tort ici de réifier cette appartenance derrière quelques mots magiques (communauté, foi musulmane, loi islamique) autant de vocables qui se discutent au sein même de la communauté. Un travail récent sur une partie de la communauté « musulmane » à Montpellier² montre l'extrême complexité des usages personnels faits par des étudiants maghrébins de leur « appartenance religieuse » depuis les plus radicaux jusqu'aux plus ouverts, dans des « bricolages » compliqués et individuels. Ainsi, alors que dans certains cas le conflit sera accepté, voire même provoqué dans d'autres, il sera évité, contourné par d'autres pratiques, quelquefois même au nom d'un Islam plus compréhensif et plus authentique, y compris avec une dimension hautement individualiste (« Je suis musulman dans mon cœur et c'est ce qui compte le plus, au-delà des rituels sociaux »).

Ainsi donc, les conflits d'appartenance religieuse doivent être considérés comme plus malléables qu'il apparaît de prime abord. C'est la même logique qui prévaut, à propos des conflits d'appartenance socio-culturelle.

B - Les conflits nés de l'appartenance socio-culturelle

Un maillon servira de lien avec les propos précédents. Dans l'école publique, l'appartenance religieuse musulmane est, dans l'immense majorité des cas, liée à une appartenance socio-culturelle, « ethnique » en un mot, tant il est vrai que les musulmans sont presque toujours des maghrébins ou des africains noirs. La France n'a aucune réelle expérience d'européens musulmans, pas seulement les nouveaux convertis mais comme dans l'ex-Yougoslavie, des populations européennes. Ainsi, la revendication d'identité est toujours ambiguë comme relevant à la fois de la foi religieuse et de la nationalité ou du pays d'origine. On sait que les questionnaires sur des adultes sont éloquentes, ainsi les fiches remplies par des appelés du

¹ L'année 2005 donne matière à une avalanche de production sur la laïcité. On retiendra deux auteurs significatifs du débat. H. Pena-Ruiz, philosophe, représente le pôle « Laïcité stricte », dont les principes sont indiscutables : « Dieu et Marianne » (PUF, 2001). J. Bauberot, de l'EHESS tente d'ouvrir le débat à partir de considérations sociologiques et des pratiques « pour un nouveau pacte laïque ».

² El Janati, *La communauté marocaine à Montpellier*, mémoire DEA de Science Politique sous notre direction. Montpellier, octobre 2001. Il faut depuis citer la thèse de N. Venel, *Musulmans et citoyens*, Paris, PUF, 2004, qui confirme les résultats en construisant quatre idéal - types de relations identité-appartenance.

contingent militaire à la demande d'un aumônier, où les confusions les plus étonnantes s'expriment. A la rubrique religion, on peut voir écrit : « Français », « Français pratiquant » tout autant que « catholique non protestant », « prostitué » (vraisemblablement pour protestant !) ou « marocain » - sans compter la réponse énigmatique « oui » !¹

On a une confirmation de ce flou dans une enquête récente menée dans un collège de la région de Nîmes : le chercheur avoue l'extrême difficulté de désigner des comportements qui traduiraient sans équivoque une appartenance de groupe. Le vocable « arabe » qui est le plus usité signifie aussi bien le lien ethnique que le lien religieux² contrairement à ce que l'on pourrait penser, les attitudes franchement hostiles du fait de l'appartenance à une « ethnie » déterminée sont rares. Les désignations qui pourraient signifier l'exclusion entre élèves sont très complexes. En règle générale, le sexe et le niveau de compétence scolaire restent encore des marqueurs forts d'identité, avant même l'appartenance ethnique. Il faut donc être prudent d'autant qu'au sein du groupe maghrébin, une séparation s'opère vite en fonction de la durée du séjour de sorte que des maghrébins d'origine et même de nationalité traiteront avec condescendance les « blédards » fraîchement arrivés, qui maîtrisent mal le français et n'ont pas les codes vestimentaires du groupe majoritaire. Ainsi, l'appartenance ethnique ne suppose nullement homogénéité des comportements.

Cependant, il faut noter que plusieurs facteurs jouent pour accepter ou contrecarrer l'appartenance ethnique comme un élément acceptable (voire désirable) ou au contraire qu'il faut refuser dans l'organisation et le fonctionnement de l'école. Les classes homogènes ou à l'inverse mélangées sont l'objet de demandes contradictoires. Des élèves comme des parents d'origine maghrébine peuvent préférer les classes homogènes pendant que, la plupart du temps, d'autres parents et les équipes pédagogiques se mobilisent pour des classes mixtes. Ces conflits liés à l'origine peuvent surgir à tout moment, car une réflexion ou une sanction a fortiori, peuvent servir de détonateur à des controverses sur les raisons de ces attitudes souvent disqualifiées par l'accusation de racisme.

On voit là se multiplier, certes de manière inégale suivant les lieux scolaires, les occasions de conflit avec des effets de mise en scène, mais aussi de violence réelle touchant tous les partenaires : enseignants, personnels administratifs, parents et évidemment les élèves. Sans compter la

¹ Fiches remplies à la demande du Pasteur aumônier des armées. Informations données lors de la journée sur la Laïcité, Ecole d'Application de l'Infanterie, Montpellier, 2004.

² Ch. Maisonneuve, *L'ethnicité à l'école*, mémoire de DEA de Science politique, sous notre direction, 2001.

presse qui peut jouer un rôle très actif dans les mobilisations qu'entraîne tout conflit de ce genre.

On mesure alors comment l'école peut devenir le lieu de résonance des conflits d'appartenance dont l'origine est bien en amont : flux migratoires, politique de l'habitat, chômage et qualifications inégales des parents, histoire locale plus ou moins sensible aux phénomènes d'immigration. Il suffit que les enfants scolarisés soient convaincus d'une absence de possibilités réelles d'insertion par le diplôme pour que ce désespoir social se transforme en motivation pour trouver dans les liens primaires de l'appartenance – liens d'ailleurs plus ou moins fantasmés –, les raisons d'une réponse « communautaire » à leur situation et provoque revendications ou simplement défis à l'autorité. On sait par des travaux plus approfondis que les expériences de citoyenneté à l'école, n'ont pas nécessairement mis fin à cette situation, du fait de l'ambiguïté du thème, au sein de l'école¹.

Par rapport à ces phénomènes, les revendications de respect des cultures d'origine apparaissent d'une tout autre nature, à savoir les classes ou écoles en langue régionale. Cela touche la Bretagne, le Languedoc, le pays basque, l'Alsace et la Corse.

La difficulté est venue de deux facteurs assez différents. D'une part, la revendication d'appartenance est restée largement dans la sphère privée et la création d'écoles occitanes ou bretonnes privées les excluait dès lors de notre champ. C'est leur insertion dans le système des écoles publiques qui a posé le premier problème. Les méthodes pédagogiques dites de l'immersion – c'est-à-dire sans aucune référence au français – et leur acceptation par un ministre de l'éducation ont mis au premier plan la thèse de la légitimité de l'appartenance régionale dans l'espace public : cette situation apparaît contradictoire avec les principes de la République au point que le Conseil d'Etat a suspendu l'application de la mesure du Ministre.

D'autre part, le contexte de la construction de l'Europe avec une diminution du rôle de l'Etat a joué pour faire de ces innovations des précédents dangereux : la charte des langues régionales, le respect des minorités, et tout un discours sur les discriminations positives ont donné le sentiment qu'une situation radicalement différente était en train de se développer. Tout cela a renforcé les craintes et les stratégies de blocage à l'égard de ces manifestations d'appartenance, ouvrant ainsi la voie à des conflits plus ou moins sérieux – actuellement, peu nombreux et dont la mobilisation est finalement faible.

¹ A. Barrere et D. Martuccelli, La citoyenneté à l'école. Vers une définition d'une problématique sociologique, *Rev. française de sociologie*, 1998, n°4.

Ces conflits d'appartenance de type régionaliste, ethnique ou communautaire trouvent une partie de leur solution dans des formes administratives et judiciaires. Dans bien des cas, c'est dans une négociation avec l'administration que l'on recherchera l'issue de l'affrontement : discussions avec le personnel enseignant, ouverture du conflit sur la société civile afin d'y trouver de nouveaux partenaires et des alliés, et des ressources pour faire triompher une thèse. De-là, on changera de terrain, en attaquant les mesures devant les instances de l'école – conseil d'administration, conseil de discipline – avec une cascade ascendante des instances académiques puis nationales. Ce n'est qu'en fin de parcours que la ressource juridictionnelle sera utilisée, souvent appuyée par les médias.

Pourtant, on voit rapidement les limites de cette solution car, en amont, c'est toute l'organisation sociale qui se trouve en cause, avec les représentations qui la légitiment et qu'elle produit également.

Pour conclure, à la fois sur les conflits structurels et les conflits particuliers, il est possible de présenter l'observation suivante. Revenons au point où nous avons commencé avec le Persan de Montesquieu. L'interrogation n'est plus de savoir « comment » on peut être différent, avec le scepticisme que suggère la question. Il s'agit maintenant de savoir si cette appartenance est légitime et jusqu'où elle peut se manifester. Cette question naît de ce que les Persans ne sont plus des individus extérieurs à notre société mais que le système, notamment scolaire, produit lui-même ses Persans.

Il faut noter que l'on ne saisit les conflits d'appartenance qu'au travers du prisme des concepts et des modes d'explication qui s'imposent à un moment donné. Or, en matière d'école publique ils ont, en trente années, changé de terrain, si l'on en croit les médias et les analyses des observateurs : d'un terrain socio-économique où les oppositions relevaient de la notion de classe sociale, on est passé à l'univers des représentations religieuses et culturelles, souvent figées dans des clichés simplifiés. Il faut tenir compte de ce glissement pour comprendre comment, aujourd'hui, est pensé le système des contradictions des sociétés du début du XXI^e siècle. Ce changement de terrain n'est évidemment pas innocent : en donnant au « retour du religieux » une force indiscutée, il tente de montrer le caractère primaire et violent des conflits d'appartenance, rapportés à une opposition de « civilisations » selon le mot de Huntington.

Or, cette présentation tend à occulter ce dont elle veut parler : les conflits d'appartenance que l'on ne saurait substantialiser sans risque. Bien au contraire, ceux-ci sont la marque de « stratégies » et de « modes d'expression » émanés moins des groupes eux-mêmes, que des

« entrepreneurs d'identité » pour lesquels l'usage de ces appartenances constitue à la fois un moyen d'intervention et une légitimation de leur présence et de leur action. Pour cela, il faut se défaire d'une approche spontanée de ces phénomènes et les analyser dans leur complexité comme des phénomènes produits, construits et non donnés. Il faut donc revenir à une analyse politique de ces conflits. Alors, les conflits dans l'école s'éclairent autrement et des solutions peuvent être proposées.

Michel MIAILLE
Professeur de Science Politique
Université de Montpellier 1

CONTRAT ET DEPENDANCE

Nos raisons d'intervenir¹ sont au nombre de trois. C'est, d'abord, la volonté de *faire entendre une voix privatiste* à un colloque très majoritairement publiciste, alors qu'il y a des choses à dire en droit privé. Notre collègue Ghestin disait récemment à un colloque sur la Chine au Sénat que les publicistes et les privatistes ne se parlaient même plus et il conviait, avec raison, nos collègues chinois à éviter cette séparation. Telle qu'elle fonctionne, c'est une mutilation. Peut-être même sur le sujet qui nous occupe. Le droit privé connaît de nombreuses situations d'appartenance. La problématique sur laquelle nous travaillons mentionne la famille, il en est bien d'autres : la religion, également mentionnée, relève largement du contrat dans une société laïque ; les sectes, les partis ; et puis le marché. Et là le juriste de *droit économique* se sent particulièrement concerné. Aussi bien, nous apporterons essentiellement dans cet exposé des analyses qui ont déjà été proposées, notamment par nous², mais qui sont pour la plupart, ignorées des publicistes. Il est tout à fait remarquable que des analystes de droit privé n'hésitent pas à évoquer la *féodalité*, la vassalité, pour caractériser des situations de droit privé. Elle nous amène à notre dernière raison d'intervenir. *L'appartenance, c'est aussi la dépendance*. Il nous semble que la problématique, légère – et donc très ouverte, ce qui est bien – de ce colloque fait la part belle à l'appartenance. L'appartenance fait référence à la propriété. Or si aucun code de la planète ne reconnaît la propriété d'un homme, il s'en faut de beaucoup qu'il n'y ait plus d'homme « possédé » ! L'homme naît dépendant et il le demeure³. Les dépendances du passé se maintiennent sur une bonne partie de la planète, et d'autres sont apparues ! La dépendance économique au premier chef.

Mais aussi, les dépendances nées du contrat, qui permet le plus souvent la dépendance économique. Ou du marché, vaste ensemble de

¹ Outre la vieille amitié qui nous lie à son organisateur, qui ne relève pas de l'appartenance, car si nous avons été un temps directeur de fait de sa thèse, c'est sans doute, lui, le doctorant, qui nous a appris le plus de choses ..

² Nous nous souvenons du mépris exprimé par R. Aron en 68 à l'égard de ceux qui se citent. Mais comment faire autrement lorsque des thèses sont minoritaires ? En fait le grand penseur en voulait surtout au contenu du discours de ceux qui se citaient. Donc, toute modestie mise à part (elle s'est enfuie depuis longtemps prétendent jusqu'à mes amis), nous nous citerons (un peu).

³ Nous avons utilisé la formule dans une autre communication à un colloque proche dans l'espace et le temps de celui-ci : colloque tenu à Nice les 5 et 6 Décembre 2002, en l'honneur d'Antoine Pirovano, sur « L'ordre concurrentiel ». Notre communication concernait : la formation des hommes et l'ordre concurrentiel.

contrats ! Seulement, il faut rompre avec deux pensées dominantes qui identifient le contrat et le marché comme deux manifestations de la liberté ! Il est vrai, en revanche, que ces dépendances, comme les autres, peuvent être recherchées par les individus.

La problématique mentionne comme une tendance forte celle du : « repli sur soi » de l'individu, alors que dans le même temps, elle relève la « montée en puissance des groupes » et la « primauté reconnue » d'un « sur-groupe » qui les comprend tous sans les détruire ». Bien plus, on peut se demander si le développement d'appartenances ne se produit pas dans le prolongement du repli sur soi. Le régionalisme, pour lequel je n'ai, il est vrai, aucune sympathie, me paraît bien relever de cette tendance là. Je me demande si sa percée n'est pas due aux échecs subis par ceux qui n'ont pu s'épanouir dans l'organisation publique et la société civile nationales. Ne faut-il pas mentionner de nouvelles formes de corporatisme ? L'appartenance au milieu professionnel, au milieu social, ce sont aussi des dépendances.

Aussi bien, en parallèle au développement des appartenances et des dépendances, le phénomène de l'affaiblissement de l'Etat, son affaiblissement idéologique de l'Etat est à prendre en compte. Alors qu'on constate *la montée en influence idéologique mais aussi institutionnelle, de la société civile et du système économique*. Donc, en parallèle, du droit privé. En espérant qu'il ne s'agisse pas de ma part d'un repli sur moi, d'un repli sur la discipline à laquelle je suis censé appartenir !

Aussi bien, on a pu parler de « contractualisation de la société ». celle-ci se manifeste jusque dans l'organisation judiciaire, la procédure, le contentieux.

Avec un singulier problème. Si le système juridique dans son essence est caractérisé par l'intervention d'un « tiers impartial et désintéressé », comment peut-il fonctionner avec une réalité sociale fragmentée composée de liens d'appartenance et de dépendance ?

C'est pourquoi, nos réflexions seront consacrées successivement au *contrat en tant qu'instrument de la dépendance, à la société contractualisée et enfin aux contentieux de la dépendance privée*.

I - LE CONTRAT INSTRUMENT DE LA DÉPENDANCE

C'est une vieille histoire, on le sait, que celle du contrat et du pouvoir privé. Les Allemands, qui connaissent la concentration économique la plus intense dans l'Europe continentale, découvrent le contrat d'adhésion il y a plus d'un siècle. Sans doute ce contrat s'il marque une dépendance n'est pas nécessairement l'expression d'une appartenance. Mais il la permet.

Il a fallu bien longtemps pour que la doctrine française, se dégage, dans ses éléments éclairés, de la conception formaliste et positiviste du contrat. Celle-ci a pu recevoir les démentis les plus évidents de la vie sociale – l’adhésion plus ou moins forcée à nombre de contrats, la transformation des groupements privés en institutions comparables à celles du droit public (les pouvoirs du PDG, la loi de la majorité, etc...) – elle n’en a pas moins continué à affirmer que l’autonomie de la volonté régnait dans les situations de droit privé. Le consentement a été donné, où est le problème ?

Sans doute la théorie des contrats d’adhésion a été reçue par une partie de la doctrine (Saleilles, Josserand), mais on ne peut pas dire qu’elle ait eu la place qu’elle méritait dans l’enseignement du droit. Des analyses contemporaines de qualité reviennent heureusement sur le phénomène.

L’une d’entre elles lui donne sa véritable ampleur en distinguant dans le contrat la volonté et le consentement : « (...) par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d’une sorte de capitulation. Il y a toujours de l’aliénation dans un consentement... Par la volonté je domine ; par le consentement je me soumetts. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement (...) Par le consentement, me voilà obligé, me voilà l’obligé de l’autre. L’article 1108 du Code civil en donne l’écho, en visant « le consentement de la partie qui s’oblige ». On comprend alors que le consentement puisse être un signe de faiblesse, de *vassalité*¹, là où la volonté est signe de puissance et d’autonomie (...) » écrit M.A.Frison-Roche².

En relevant cette double nature du contrat, l’auteur ne s’indigne pas, elle a foi dans le contrat : « C’est encore user de la liberté que de me soumettre à ce que me dicte ma raison pratique ». Elle rejoint une analyse déjà ancienne, mais qui n’a pas perdu de sa pertinence, celle que faisait Claude Champaud à propos d’un processus considérable de nos sociétés modernes, celui de la concentration.³ Il écrit à propos des actionnaires détenteurs du contrôle : « ce sont eux qui constituent cette féodalité économique puissante et internationale dont l’existence est l’un des phénomènes les plus remarquables de notre époque »⁴. Il ajoutait que le terme de vassalité devait être exempt de toute intention péjorative. « Pour le juriste, il exprime un type de relations juridiques qui se caractérisent par

¹ Souligné par nous.

² M.A Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.* (3), Juill.-sept.1995.

³ *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, LGDJ1962

⁴ *Op.cit.*, n°187.

l'acquisition de prérogatives de puissance publique par les particuliers »¹. Il précise que cette féodalité ne ressemble pas à celle du Moyen Age mais qu'elle révèle une hiérarchie des entreprises et des rapports juridiques « qui ne sont pas sans rappeler les rapports de vassalité ».

On remarquera, et nous y reviendrons, que les relations de dépendance qu'envisage C.Champaud sont des relations internes au monde capitaliste. Alors que le modèle de la dépendance allégeance est évidemment le contrat de travail. L'allégeance y est parfois sévèrement appréciée. Pour Y. Saint-Jours, l'entreprise « est fondamentalement organisée de manière féodale, le patron, l'employeur ou le chef d'entre-prise (...) concentre dans ses mains tous les pouvoirs (...) législatif (...) exécutif (...) et disciplinaire »².

Nous avons nous-mêmes distingué, à la suite de C.Champaud, dans les relations de droit économique, les contrats d'intégration caractérisés par un lien de dépendance (tels certains contrats de sous-traitance, de concession, d'intégration agricole)³.

Quels « sujets » comptent les entreprises et les groupes⁴ ? Les salariés soumis à l'ordre de l'entrepreneur, les épargnants qui leur confient leur argent (parfois l'argent des pensions), les consommateurs qui peuvent aller jusqu'au surendettement, les entrepreneurs intégrés, sans compter les citoyens dont la vie est plus ou moins modelée par les médias et les grandes surfaces.

Alain Supiot, envisageant au delà du contrat de travail les contrats de dépendance, relève « l'émergence d'un nouveau type de contrats. Leur objet premier n'est pas d'échanger des biens déterminés, ni de sceller des alliances entre égaux, mais d'organiser l'exercice d'un pouvoir. ». Ces contrats doivent englober « l'inévitable hiérarchisation des personnes et des intérêts. Au périmètre de l'échange et à celui de l'alliance, le droit des contrats ajoute donc désormais celui de « l'allégeance » par laquelle une partie se place dans l'aire d'exercice du pouvoir d'une autre »⁵. Bref, la *société civile*, si souvent vantée comme société de liberté par opposition à l'Etat, fourmille de dépendances.

¹ *Op.cit.*, n°188.

² L'entreprise et la démocratie, D.1993, Chron., p.12.

³ *Droit économique*, coll. Themis, PUF, 2^{ème} édit., 1982, p. 213 et s.

⁴ Nous avons développé cet aspect, – Les sujets de l'entreprise –, dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX ième siècle*, (*Mélanges C .Champaud*), Dalloz 1997, p.317.

⁵ La contractualisation de la société : conférence prononcée à l'Université de tous les savoirs en février 2000 et reprise dans les travaux de l'Association Henri Capitant sur *La relativité du contrat*.

II - UNE CONTRACTUALISATION DE LA SOCIÉTÉ

Santi-Romano a pu écrire que « le droit de l'Etat moderne a entendu éliminer tout rapport impliquant une dépendance entre deux personnes privées mais la vie sociale, plus impérieuse et plus forte que le droit étatique, s'est vengée en édifiant, parallèlement et en opposition avec lui, une série d'ordres partiels au sein desquels ces rapports nécessaires, peuvent s'établir dans des conditions plus convenables ». ¹ Un diagnostic comparable est dressé par Alain Supiot². Il observe que « l'essor des liens d'allégeance « s'accompagne d'une transgression de notre distinction du public et du privé et d'une fragmentation de la figure du garant des pactes (avec notamment le foisonnement des autorités indépendantes) ». Il estime enfin que « loin de désigner la victoire du contrat sur la loi, la « contractualisation de la société » est bien plutôt le symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat et de la réactivation des manières féodales de tisser le lien social. Mieux vaut prendre acte de cette re-féodalisation et s'efforcer de la maîtriser, plutôt que de la nier et de croire en un « avenir radieux » où nous serions « affranchis de toutes lois, hors celles de la science ».

Mais d'où vient cette éventuelle reféodalisation ?

Pierre Legendre n'hésite pas à l'attribuer au *management*. Pour lui « il n'y a rien de plus important que le management » qui tendrait « à se substituer au Corpus religieux de l'humanité (...) sous nos yeux les Etats se délitent, et le management nous entraîne vers une *re-féodalisation planétaire*³, en commençant par l'Occident lui-même »⁴. Nous ne sommes pas convaincus. Le rôle du *marché* est infiniment plus convaincant. M.A.Frison-Roche l'exprime vigoureusement. Observant qu'il est difficile de concevoir l'individu sans aucune appartenance, elle constate que « le succès du modèle libéral a engendré la conviction chez chacun – même chez les enfants – que seule la consommation, donnant le statut de demandeur sur le marché, ou seule l'activité professionnelle, donnant le statut d'offreur sur le marché, permet à l'homme d'exister. S'il ne peut accéder ni à l'un ni à l'autre, il n'existe pas... Ce que l'on appelle l'exclusion, que l'on associe à une néantisation intolérable de l'individu, procède d'une conception de l'individu qui est une directe et symétrique conséquence du modèle du marché : *parce que l'économie a remplacé non seulement le politique, mais la société elle-même en tant qu'elle permet à l'individu de s'épanouir,*

¹ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz 1975

² Conférence de l'Université de tous les savoirs, fev.2000.

³ Souligné par l'auteur.

⁴ P.Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, p.172.

l'individu est perdu hors du marché »¹ Déjà quelques années auparavant, M.-A. Hermitte s'interrogeait : « fabriquer jusqu'au bout l'homme de marché ? ».²

Mais le système économique c'est le marché et les *organisations*, volet que n'aiment pas beaucoup envisager la plupart des économistes, parce qu'elles perturbent les modèles sur lesquels ils aiment travailler³. Il est évident que dans de nombreux secteurs économiques – la majorité dans les secteurs clefs (la communication : Bill Gates et les autres) – c'est l'organisation qui domine. Qu'il s'agisse d'une organisation unitaire ou pluraliste. Le processus de *concentration*, analysé en premier par Marx, ne cesse de se développer d'une façon effarante. Et ce processus concerne essentiellement la dépendance parce que *la concentration laisse subsister la plupart du temps des unités juridiquement autonomes mais les soumet à un centre de décisions*. Ce qui permet d'ailleurs de dissimuler la concentration ou de l'ignorer. Marx avait tort, disent les économistes conformistes⁴, les unités économiques ne diminuent pas en nombre, elles augmentent même parfois. Ce qui est vrai, mais la concentration « intelligente » consiste à mettre la main sur les unités économiques tout en conservant leur personnalité juridique, ce qu'avait bien vu Marx. Celles-ci restent responsable et on peut s'en débarrasser... Mentionnons simplement la définition du groupe de sociétés : ce sont des ensembles de sociétés juridiquement indépendantes mais soumises à une unité de décision économique. Et l'on sait qu'on évoque la famille pour rendre compte de la dépendance : la société-mère, qui domine, les filiales – les sociétés économiquement dépendantes. A côté des groupes, les réseaux d'entreprises (sous-traitance, distribution intégrée, franchise, etc...) nous mettent aussi en présence de relations de dépendance.

Enfin, il faut évoquer le contrat de travail dont l'un des critères est la dépendance ! 97 % de la population active des Etats-Unis sont des salariés...

Au moins dans le domaine de la vie économique, à laquelle nous nous limitons, on peut dire que la dépendance est la règle.

¹ M.A.Frison-Roche, le modèle du marché, in *Arch. Philo droit* (40) 1995, p.315-316. ; souligné par nous.

² *Le monde Diplomatique*, Janv. 1991.

³ A.Bienaymé est l'un de ceux qui relèvent l'existence de ces deux volets : *Le capitalisme adulte*, PUF, 1992.

⁴ Raymond Aron, auteur non subversif s'il en est, – directeur pendant de nombreuses années du *Figaro* –, disait les mérites de Marx- qu'il admirait – notamment quant à ses analyses de la concentration.

III - LE CONTENTIEUX ET LES DÉPENDANCES PRIVÉES

C'est un *contentieux difficile* en raison du rapport de forces, de l'inégalité liée à la dépendance. Mais les sociétés développées connaissent l'« état de droit ». Les dépendances en elles-mêmes peuvent donner lieu à contentieux : il y a *des dommages nés de la dépendance*.. Mais ceux-ci ont souvent leurs propres contentieux : *des contentieux différents* du droit commun.

A - Un contentieux difficile

La première observation que nous formulerons est que l'appartenance ou l'allégeance, tendent à exclure dans sa forme pure le contentieux, au moins le contentieux judiciaire, si ce n'est même le recours au droit. Marc Bloch pouvait écrire en conclusion d'un de ses ouvrages sur la société féodale que la féodalité aurait pu subsister si elle avait su inventer un système judiciaire. Or il nous semble qu'elle est antithétique du système judiciaire. *On ne plaide pas contre son seigneur*. Mais il est vrai aussi que le seigneur rend la justice à l'égard des siens. Dans l'allégeance féodale, il y a l'allégeance judiciaire. Ne retrouve-t-on pas cette allégeance avec l'allégeance économique ?

L'ordre hiérarchique économique et l'ordre juridique ne font pas bon ménage.

On le constate dans l'entreprise, le groupe ou le réseau d'entreprises. On le sait depuis longtemps.

Quelle était l'opinion des dirigeants de l'entreprise Schneider concernant les sujets de l'entreprise, en 1783 ? Ils affirment que les relations entre l'entreprise et ses gens ne sauraient relever de la juridiction du bailliage, qui anéantirait « l'ordre particulier qui existe aujourd'hui dans les ateliers du Creusot »¹. En 2000 le baron Seillières, président de l'organisation patronale, le MEDEF, n'est pas loin de penser la même chose plus de deux siècles plus tard. Il s'indigne : « peu à peu, l'appareil de l'Etat, – gouvernement, Parlement, administration mais aussi *pouvoir judiciaire*² – a envahi le domaine social, dessaisissant progressivement et fortement les syndicats et les organisations professionnelles d'employeurs de leur responsabilité de gestion et rétrécissant leur domaine et leur capacité de

¹ Rapporté par Jean Bart, *La Révolution française en Bourgogne*, La française d'édition et d'imprimerie, 1966, p.38 et 39.

² Souligné par nous.

négociation »¹. « Les entreprises, ces organismes dont vivent l'immense majorité de la population et où ils vivent une bonne partie de leur temps relèvent-ils de l'ordre républicain ? »². Y a t il désormais des fiefs économiques ?

Fiefs économiques ? L'expression est plus justifiée qu'on ne le pense.

L'assujettissement des salariés au capital par l'utilisation du lien vassalique a été officiellement prôné au Japon au XIX^{ème} siècle, à l'époque de la « Révolution du Meiji ». Un ministre japonais s'adressait en ces termes à des économistes : « le japon possède la vertu d'une tradition...celle du code des relations entre seigneur et vassal qui n'est pas un vestige mais un don de la féodalité (...) Le problème est de savoir comment cette vertu doit être positivement prise en considération en vue de trouver des voies pour harmoniser les relations entre travail et capital est à mon avis un problème des plus intéressants et des plus stimulants pour l'économiste japonais »³. Texte absolument remarquable. On se souvient peut-être de l'admiration que professait le patronat français pour la société japonaise il y a quelques années. Evidemment le contentieux est hors de propos dans un tel cadre social.

Aussi bien, même dans les rapports entre entreprises, le contentieux est mal vu comme s'il y avait un souvenir du corporatisme. A fortiori en est-il ainsi dans les rapports de dépendance. Le sous-traitant qui plaide contre son donneur d'ordre est à peu près sûr d'être porté sur la liste noire de ceux avec lesquels les donneurs d'ordre ne traiteront plus. C'est ce qu'on connaissait autrefois dans les relations de travail. Et qu'on connaît toujours avec la répression qui touche ou qui a touché⁴ les responsables syndicaux.

Et pourtant nos sociétés sont parfois à l'écoute des dépendances.

B - La dépendance source de dommages

Une écoute limitée : il faut qu'il s'agisse de dépendances pathologiques en quelque sorte, car, en règle générale, la dépendance est

¹ Il s'agit d'une communication devant l'Académie des sciences morales et politiques (*Le Monde* 6 Déc.2000.).

² Question que nous posons dans l'ouvrage *La République et la Cité* (mélanges en l'honneur d'Hubert Charles) in *Les Républiques et les cités et les vents de la mondialisation*, Faculté de Droit de Nice, 2001.

³ Ockocmi, *Le traditionalisme dans les relations professionnelles au Japon*, in *Sociologie du travail*, 1966, n°2.

⁴ Elle aurait été considérable, suivant certains, au cours des dernières années.

parfaitement licite. Ce sont les abus de dépendance qui sont incriminés par le droit.

Le contentieux le plus significatif né de *dépendances pathologiques* est celui qui a été ouvert aux Etats-Unis contre les producteurs de tabac, et même contre des producteurs tenus pour responsables de l'obésité de consommateurs. Même s'il est vrai qu'on peut plaider n'importe quoi aux Etats-Unis et parfois gagner son procès, les procès contre les producteurs de tabac, par l'ampleur qu'ils ont pris, montrent que l'opinion est consciente de sa dépendance vis à vis des pouvoirs économiques et notamment des pouvoirs d'influence.

Comment peut-on réclamer réparation du dommage né de pratiques auxquelles on a consenti ? Les hommes sont libres depuis les Révolutions démocratiques ! Est-ce si sûr ? Comme l'écrit A. Finkielkraut : « le fait pour l'individu de rompre les liens qui l'attachent aux anciennes structures communautaires (corporations, églises, castes ou rangs), ne le rend pas apte à s'orienter dans le monde »¹. On a consacré des livres aux dépendances nées de la société de consommation du fait du rôle des médias et de l'intense propagande marchande qui atteint déjà les enfants. G. Perec a mis en cause jusqu'aux grandes surfaces : « ils visitent les grands magasins des heures entières, émerveillés et déjà effrayés, mais sans oser regarder en face cet espèce d'acharnement minable qui allait devenir leur destin, leur raison d'être, leur mot d'ordre... »². Cette considération d'une dépendance possible des consommateurs n'est sûrement pas étrangère à la création de la procédure du *surendettement*. Ils ont cessé leur paiement comme les entreprises. Et souvent pour des raisons comparables.

Avec les entreprises on est en présence d'une autre espèce de dépendance. C'est une dépendance hiérarchique. On observera d'abord, puisque nous venons de mentionner le surendettement des particuliers, que les procédures collectives ont subi une évolution saisissante : on est passé d'une procédure qui sanctionnait les débiteurs défaillants à l'origine à une procédure de protection aussi bien en France qu'aux Etats-Unis. C'est à peine forcer les choses que de dire que les entreprises tombent moins en cessation des paiements qu'elles ne sont mises en cet état par les décideurs dont elles dépendent (la banque, le donneur d'ordre, le concédant, etc...).

Aussi bien, le législateur a fini par incriminer dans le droit de la concurrence les abus de dépendance économique à coté des abus de position dominante. Sans grand succès. Il y a en France, en droit privé, une tradition particulièrement hostile à la reconnaissance de la dépendance, même dans

¹ *La défaite de la pensée*, Gallimard, 1987, p.149.

² *Les choses*, Julliard, 1965.

des contentieux « modernes », comme celui du droit de la concurrence, animé par le Conseil de la concurrence.

C - Des contentieux différents

Sans doute, des dépendances ne sont pas ignorées du droit processuel commun, telles certaines dépendances que nous avons qualifiées de pathologiques : les procès contre les producteurs de tabac, par exemple. Mais les mieux établies ont leur contentieux. Essayons de dégager quelques lignes directrices ou tendances d'une évolution.

La première tendance est *la fragmentation du contentieux*. Un observateur incompetent en droit public et en procédure¹, peut-il déjà invoquer l'existence *du contentieux administratif* comme significatif ? Il nous semble que oui. En gros : l'Etat, les pouvoirs publics ne veulent pas d'une soumission au « pouvoir » judiciaire, – on n'ose dire au droit ! –, comme dans les pays anglo-saxons. Puis, on s'aperçoit des mérites de l'Etat de droit. Les pouvoirs publics acceptent la soumission au droit, mais à condition que les juges viennent de la maison. Même du côté du chiffre : ce sont les comptes et non les comptables dont connaît la Cour des comptes. Il faut être indulgent pour les pouvoirs économiques et patient dans l'attente d'une économie du droit...

La plus belle dépendance en matière de contrats est évidemment celle *du contrat de travail*. D'où un contentieux remarquable, on le sait : la procédure prud'homale² est une procédure paritaire impliquant un nombre égal de conseillers employeurs et de conseillers employés. Même si un juge départiteur intervient en cas de partage des voix, la résolution des litiges par des représentants des partenaires contractuels est un signe : l'opposition des intérêts (la lutte des classes ?...) est telle qu'il convient de faire participer les justiciables à la solution des litiges. Et puis, seconde raison vraisemblablement mieux fondée, on souhaite un apaisement du conflit grâce à l'intervention de représentants éclairés des groupes auxquels appartiennent les parties. Les organisations de salariés étaient moins puissantes et plus conciliantes à l'époque de la création de ces juridictions. Et l'on touche à une seconde particularité : la tentative préalable de conciliation qui est d'ordre public. Tout jugement rendu sur une demande

¹ En matière d'excuse, avouons que nous pensons que l'incompétence est parfois source de découverte pour la simple raison que le regard qui vient de l'extérieur en voit parfois davantage...

² Elle ne joue pas seulement devant le conseil de prud'hommes mais aussi devant le tribunal d'instance statuant en matière prud'homale quand le conseil de prud'hommes ne peut fonctionner (Loïc Cadet, *Droit judiciaire privé*, Litec, p.773, note 111).

non soumise au bureau de conciliation est nul¹. On souhaite l'apaisement, le compromis. Sans remonter à l'adage « nul ne plaide contre son seigneur », on peut rappeler l'opinion rapportée plus haut des dirigeants de Schneider en 1783 suivant laquelle l'entreprise ne saurait relever de la juridiction du bailliage qui anéantirait l'ordre particulier des ateliers... Bien entendu il convient de se garder de tout manichéisme. Les employeurs ont intérêt à la paix sociale, il en est de généreux (certains ont innové en matière sociale), l'état de droit en matière de travail est bénéfique. Il faut éviter les brebis galeuses. Marx lui-même relevait que les employeurs avaient intérêt à l'égalisation des charges (une conséquence de l'état de droit).

Et les tribunaux de commerce ? C'est au moins une manifestation de l'appartenance. L'on s'inquiète d'ailleurs de cette existence, n'est-elle pas une manifestation du corporatisme ? Comme d'habitude, on ne s'inquiète pas longtemps (les juristes ne s'inquiètent pas souvent, ils s'indignent plus volontiers ; ce sont des hommes de certitude). On la réfute donc, parce qu'elle irait contre l'ordre idéologique exprimé par la loi Le Chapelier : il n'y a plus que l'intérêt général et les intérêts particuliers... Comme si on pouvait détruire par décret les intérêts collectifs !

Seulement la fragmentation a progressé ! Dans le premier numéro de la revue *Justices* (1995), Loïc Cadiet et Serge Guinchard relevaient que les justices donnaient l'impression d'une large dispersion et que leur foisonnement transformait le paysage judiciaire en une justice éclatée. Les contentieux, ou leurs succédanés, se multiplient dans le vaste domaine de l'économie. On a même soutenu la nécessité de créer une *magistrature économique*. Mais à la place de cette introuvable juridiction économique, on a assisté à la multiplication des *Autorités administratives indépendantes* (AAI), qui constituent, pour une part, une fragmentation du contentieux économique. Mais aussi, dans une certaine mesure une *privatisation relative* dans la mesure où l'on introduit dans les autorités de régulation des professionnels.

A ce stade cependant, une analyse fondamentale s'impose. Elle a été formulée par Andrew Shonfield dans un ouvrage qui peut figurer dans la vingtaine de ceux qui expliquent au profane les grandes évolutions économiques du siècle et qui sont ignorés par les facultés de droit, et peut-être même par les enseignements économiques : *Le capitalisme d'aujourd'hui*². L'analyse concerne les organismes de régulation, les grandes commissions américaines (que les français ont adoptées sous le terme

¹ L. Cadiet, *op.cit.*, n°1830.

² Paru en 1967 à la NRF. L'ouvrage figure effectivement, avec celui, précité de A. Bienaymé, dans la liste dressée par la revue *Alternatives économiques*, n° hors série : 500 ans de capitalisme, n°33, 1997.

d'Autorités administratives indépendantes). Et notamment la commission américaine de la concurrence, créée en 1890. Pourquoi cette création ? Les compagnies de chemin de fer, en position de monopole, ont des pratiques abusives qui gênent tous les groupes qui doivent passer par leur service. Que faire ? Créer, à la française une administration économique chargée de les surveiller ? Ce serait répondre à une hérésie – le pouvoir économique abusif – par une autre, l'intervention de l'Etat. On crée donc un organisme indépendant de l'Etat qui devra jouer un peu le rôle de juge du marché. Ainsi, observe Shonfield, est préservée la séparation entre le pouvoir politique et le pouvoir économique.¹ Tel est le fondement – théorique – de l'institution des autorités de régulation. Bien entendu, si ces organismes comprennent aussi des représentants de l'Etat (détachés de leur administration), ils comprennent des « représentants » des décideurs économiques et des experts. Il est piquant de rappeler que la première commission américaine de la concurrence fut noyautée du côté des représentants du pouvoir économique par les *lawyers* des compagnies de chemin de fer, les autres décideurs économiques n'ayant pas vu quel pouvait être l'intérêt de cette commission ! Même du côté des représentants de l'Etat, on n'est nullement assuré qu'ils assureront un contrôle sérieux des pouvoirs économiques². On n'en est encore moins assuré aujourd'hui après les affaires Enron et autres qui ont montré qu'aucun des mécanismes de contrôle n'avait fonctionné. L'Administration républicaine a tout fait pour que les groupes ne soient pas gênés. A l'évidence, un pouvoir étatique qui n'est pas indépendant du pouvoir économique, mais qui veut au contraire le favoriser (globalisation oblige), ne va pas nommer des représentants de l'Etat prêts à exercer un contrôle sévère sur les groupes. Les dépendants, actionnaires et salariés, payent (la perte de l'emploi et des retraites versés par les fonds de pension).

La privatisation des contentieux est un processus incontestable et très diversifié. On pense naturellement au développement de l'arbitrage. Mais, on le sait, celui-ci a été doublé en quelque sorte par les modes alternatifs de règlement des litiges. Bruno Oppetit a estimé que leur succès était lié à la primauté absolue reconnue par les sociétés modernes à l'économie. Il s'interrogeait : les modes alternatifs « annoncent-ils un déclin irréversible de l'institution de la justice et son relais par des procédures

¹ Il donne en annexe, une reproduction de l'Arrêt Barel, comme illustration de l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir politique. Les publicistes devraient être satisfaits...

² Il a été rapporté que parfois les fonctionnaires détachés qui réintégraient l'administration pouvaient être mal vus de leur administration ou de l'Etat: comme « faiseurs d'histoire ». Alors qu'ils peuvent « pantoufler » dans le privé, en reconnaissance des services rendus...

purement privées, à dominante contractuelle ? », « le juridique est instrumentalisé au profit de finalités purement économiques » ajoutait-il¹. Sans doute la conciliation et la médiation ne font pas obstacle à un vrai procès, mais elles en tiennent souvent lieu, notamment dans les pays anglo-saxons.

Aussi bien, même dans les rapports entre entreprises, le contentieux est mal vu comme s'il y avait un souvenir du corporatisme. A fortiori, en est-il ainsi dans les rapports de dépendance. Le législateur en a pris acte en droit de la concurrence. Il a incriminé l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ce qui est particulièrement remarquable, c'est que pouvoir a été donné au ministre de l'économie d'introduire lui-même l'action en justice devant la juridiction civile ou commerciale (L.442-6 du Code de commerce). Toute une partie de la doctrine civiliste a crié au scandale au nom de l'orthodoxie procédurale. Alors que la raison de cet octroi est évidemment que les intéressés n'agissent jamais. Ce qui montre l'utilité de travaux sur la dépendance

CONCLUSIONS

L'homme est né dépendant et il le demeure. Simplement, aux vieilles dépendances (liées par exemple au système religieux, qui sont toujours vivaces dans les pays du Tiers monde et même dans des pays développés – les sectes et les croyances irrationnelles aux Etats-Unis et dans d'autres pays cultivés²) s'en sont ajoutées de nouvelles. Celles du système économique : les pressions et les angoisses de la production (la menace du licenciement) et celles de la consommation (il a fallu étendre la faillite aux consommateurs avec le surendettement !).

Que fait le droit ? *Le système juridique a une double attitude à l'égard de la dépendance. Le système juridique dans son ensemble, en ses enseignements, dans sa doctrine et son droit judiciaire commun a tendance comme le système économique, à faire abstraction de cette réalité sociale parce qu'elle s'inscrit en faux contre les principes sur lesquels sont censées*

¹ Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, *Justices*, n°1 consacré à « Justice et économie », Janv. 1995

² Les pays de « vieille culture », comme dirait Rumsfeld. Bien entendu, nous n'ignorons pas que les Etats-Unis sont les meilleurs en bien des domaines et que l'Asie, en attente de position dominante, a raison d'y envoyer en masse ses étudiants. Mais les Etats-Unis sont à double vitesse. Dans 9 Etats, Darwin est interdit d'enseignement. 40 % de la population ignore où se trouve exactement l'Irak, 30 % ... le Canada. Mais au moins le peuple est docile.

*construites nos sociétés. Mais il a tout de même dû faire une place aux législations de protection, quand les rapports de force l'exigeaient*¹.

Pour raisonner simplement nous dirons que la dépendance contredit la liberté, l'égalité et la fraternité (il est vrai que ce dernier concept est assez flou pour s'accommoder de la dépendance !). A l'évidence, le droit n'assure pas, à l'époque actuelle, un contrôle sérieux des dépendances. Notamment des dépendances du capital. Ce sont les journaux financiers qui ont évoqué aux Etats-Unis une crise systémique après les affaires Enron, Andersen et autres. Les affaires vivent sous un *principe d'opacité*. Sans parler des institutions qui ont pour mission de principe d'éclairer les épargnants investisseurs et dont les carences ont été mises à jour – analystes financiers, commissaires aux comptes, organismes de régulation – ; c'est la comptabilité elle-même qui a été mise en cause...

Mais il serait naïf d'en appeler, par principe, à l'Etat. Quel Etat ? Qui est dans l'Etat ? Qui a fait Président le Président ? Qui a nommé dans les organismes de régulation ceux qui pouvaient craindre la régulation ? Il n'y a pas carence de l'Etat, de l'organisme étatique. Il y a carence du système politique démocratique. Ou tout au moins du modèle traditionnel. Le « peuple » ne décide plus guère. Il consomme et il regarde la télévision. Un membre de l'équipe Clinton attribuait la *docilité* des pauvres aux Etats-Unis aux médias. Il faut, en tout cas, reconnaître le succès du vieux programme « *panem et circenses* ». Il est symptomatique que des hommes du spectacle apparaissent sur la *scène* politique (« la société du spectacle », bien sûr).

Le développement du contrat est évidemment lié à la fragmentation sociale. Ce n'est pas la loi ou le règlement – qui convenaient à la société canonique ou à la société politique – qui peuvent être le moyen de communication juridique de la nouvelle société. D'ailleurs les appartenances n'accordent qu'une place limitée au droit. Je remarque qu'il a bien peu été question du contentieux dans ce colloque. La « contractualisation » de la société, la fragmentation des contentieux sont des conséquences d'une évolution profonde de la société moderne. La problématique de ce colloque nous proposait l'existence d'un double mouvement apparemment contradictoire : le repli sur soi et la montée en puissance des groupes. Ce double mouvement n'est pas tout à fait contradictoire. Citons un extrait d'une des communications de l'Université de tous les savoirs : « sous l'effet de l'économie, les « sujets » n'ont jamais été aussi dissociés. L'existence même de communautés atteste de l'isolement des hommes. Même si initialement la notion de communauté ne signifiait pas identité mais altérité,

¹ C'est Bismarck créant la Sécurité sociale pour faire barrage aux socialistes ! Aujourd'hui, il privatiserait !

ouverture aux autres, le communautarisme aujourd'hui veut enfermer les hommes dans des groupes d'appartenance collective : la communauté est devenue « un grand corps dans lequel les individus se fondent en un individu plus grand et plus puissant »¹.

Le temps des médications éventuelles n'est pas venu. Et le droit n'a qu'un rôle médiateur, même s'il est aussi, à l'époque contemporaine, porteur de valeurs. Ce n'est pas lui qui dessine les grandes transformations. On observera simplement que notre époque n'a pas de regard critique ni même conscience du véritable état des lieux. Transparence, développement durable, libéralisation ? Opacité, courte vue des marchés, dépendances. Il est vrai qu'on a connu pire il n'y a pas si longtemps. Mais d'autres pires sont possibles !

G. FARJAT

Professeur émérite à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

¹ Roberto Esposito, Université de tous les savoirs, 2000.

L'APPARTENANCE A L'ENTREPRISE

Il peut paraître a priori paradoxal de s'interroger sur l'appartenance d'une personne à une communauté dont certains contestent l'existence même.

En effet, la proposition de voir dans l'entreprise un sujet de droit serait discutable dans la mesure où l'entreprise ne s'ajoute pas à la typologie des personnes juridiques morales (sociétés, associations, syndicats...). Un salarié travaille en général dans une entreprise, mais, en droit, celle-ci n'est pas son employeur. Est investi de cette dernière qualité et peut seul être créancier ou débiteur à son égard la personne physique ou morale à laquelle il se trouve lié par le contrat de travail et qui est le support juridique (le « propriétaire ») de l'entreprise¹.

Pourtant, nonobstant ces réserves, l'entreprise et plus précisément l'appartenance du salarié à celle-ci ont inspiré de nombreuses réformes. Qu'il s'agisse de le faire participer aux résultats de l'entreprise par le biais de l'intéressement ou de la participation obligatoire aux fruits de l'expansion, qu'il s'agisse de le faire participer au capital de l'entreprise, par le biais de plans d'achat d'actions, ou de stock-options ou qu'il s'agisse enfin de le faire participer plus ou moins à la gestion de cette dernière par l'intermédiaire des représentants du personnel, nul ne peut nier que le salarié est plus ou moins intégré à l'entreprise. Les lois Auroux de 1982 ne parlaient-elles pas du salarié comme d'un citoyen dans l'entreprise, démontrant par là que de même qu'il appartient à une nation en tant que citoyen, il appartient à une entreprise en tant que travailleur².

Le fait que cette communauté soit composée de personnes – actionnaires –, dirigeants et salariés – ayant des intérêts divergents, le fait que les salariés soient sous l'autorité d'une autre personne ne font pas obstacle à l'existence de celle-ci. En effet, affirmer le contraire serait nier l'existence de la communauté familiale, où les intérêts des époux peuvent diverger voire entrer en conflit, où les relations enfants-parents sont fondées précisément sur un rapport d'autorité ; ce serait nier l'existence d'une

¹ J. Pelissier, A. Supiot et A. Jammaud : *Droit du travail*, Paris : Préc. Dalloz 21^{ème} éd., p.48 n°36.

² A. Mazeaud : *Droit du travail*, Paris : Montchrestien 3^e éd., n° 644 ; F. Gaudu : la notion juridique d'emploi en droit privé, *Dr. Soc.* 1987 414.

communauté universitaire où rivalités et tensions sont le pain quotidien des membres qui la composent.

En réalité, si on peut aujourd'hui affirmer que l'appartenance du salarié à l'entreprise est une réalité, c'est au vu d'obligations à la charge de l'employeur comme du salarié qui ne relevaient pas a priori du contrat de travail (I) et d'une nouvelle conception de la rémunération très éloignée de la conception traditionnelle du salaire (II).

I – DES OBLIGATIONS NON INHÉRENTES AU CONTRAT DE TRAVAIL

A l'origine, lorsque la relation entre l'employeur et le salarié s'exprimait par le seul lien contractuel, les obligations de l'employeur et du salarié étaient réduites à leur plus simple expression : fournir une prestation de travail pour l'un, verser un salaire pour l'autre. Or l'évolution du droit du travail permet de constater que les obligations réciproques des deux parties ne relèvent plus de ce schéma simpliste.

A - Les obligations nouvelles à la charge de l'employeur

L'obligation principale qui pèse sur l'employeur depuis ces dernières années est l'obligation d'assurer au salarié un emploi dans l'entreprise, de le lui maintenir. Au demeurant, certaines chartes d'entreprise le prévoient expressément. C'est ainsi que le code d'éthique du Groupe Pernod Ricard affirme que l'entreprise doit se préoccuper de la pérennité de l'emploi de ses salariés en faisant des efforts de formation envers son personnel, afin que celui-ci puisse évoluer professionnellement, voire se recycler en cas de besoin, en favorisant la mobilité des personnes, pour assurer les reclassements en cas de réduction ou de cessation d'une activité, en accompagnant les personnes licenciées pour leur permettre de retrouver un emploi dans les meilleures conditions.

L'article L.122-12 alinéa 2 du code du travail est la plus belle manifestation de ce désir de maintenir l'emploi puisqu'il dispose : « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Ce texte déroge à l'effet relatif du contrat. L'ancien employeur disparaît sans un

mot, mais l'entreprise demeure avec le personnel qui continue à en faire partie. Pour que cet article puisse s'appliquer, faut-il encore qu'il y ait transfert d'une entité économique autonome, c'est-à-dire transfert d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels, ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre¹. Si c'est le cas, le transfert du contrat de travail au nouvel employeur est automatique² et s'impose au salarié³. Cette obligation de conserver le salarié dans l'entreprise se constate également en cas d'inaptitude ou de maladie qu'elle résulte d'un risque professionnel ou non professionnel. Or si l'on raisonnait sur un plan strictement contractuel, l'impossibilité pour le salarié, d'exécuter la prestation de travail devrait entraîner la rupture de la relation de travail.

L'article L.122-32-1 du code du travail concernant les victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle est particulièrement protecteur à cet égard puisqu'il prévoit la suspension du contrat de travail pendant toute la durée de l'arrêt de travail provoqué par l'accident ou la maladie ainsi que le cas échéant, pendant le délai d'attente et la durée du stage de réadaptation, de rééducation ou de formation professionnelle que peut suivre l'intéressé.

Si une suspension d'une telle durée n'est pas prévue pour les maladies non professionnelles, les accidents de droit commun et de trajet, il convient néanmoins de rappeler que l'absence temporaire de travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne peut constituer une raison valable du licenciement et que seule la prolongation de la maladie ou les absences répétées, lorsqu'elles perturbent gravement le fonctionnement de l'entreprise, et qu'il est nécessaire d'embaucher un autre travailleur pour remplacer le salarié défaillant, justifieront la rupture. Par ailleurs, il faudra prendre en compte les éventuelles clauses conventionnelles qui garantissent le maintien de l'emploi pendant une certaine durée.

Si, à l'issue de la période de suspension, le salarié est inapte, l'employeur n'est pas dégagé de toute obligation. En effet, il devra reclasser le salarié sur un autre poste et ce n'est que s'il n'a pas cette possibilité qu'il pourra licencier régulièrement le salarié. Cette obligation de reclasser le salarié se retrouve en matière de licenciement économique. Pour que le licenciement ait une cause réelle et sérieuse, il faut que le chef d'entreprise

¹ Soc. 7 juillet 1998, *Dr. Soc.* 1998 948 note A. Mazeaud.

² Soc. 23 octobre 1968, *D.*1969 166 *JCP* 1969 II 475 obs. J. Savatier.

³ Soc. 16 janvier 1990, *Bull. civ.* V n°11.

ne puisse pas offrir un autre poste dans l'entreprise au salarié dont le poste est supprimé ou modifié de façon substantielle. Avant que la loi établisse expressément cette obligation, la Cour de cassation avait consacré une obligation de reclassement à la charge de l'employeur dans ce type de situation. Cette obligation de reclassement ne se confond pas avec l'obligation de reclasser les salariés, dont le licenciement n'a pu être évité ; elle consiste à rechercher, pour chaque salarié, un nouvel emploi dans l'entreprise au sens le plus large, puisque cette recherche peut se faire au niveau d'un groupe de sociétés afin d'éviter le licenciement.

L'employeur a également l'obligation d'adapter et de former ses salariés à l'évolution de leur emploi¹. S'il ne satisfait pas à cette obligation, le licenciement du salarié n'aura pas de cause réelle et sérieuse.

Si le licenciement ne peut être évité, le droit positif institue une priorité d'embauchage, en particulier en cas de licenciement pour motif économique. Au demeurant, les priorités de réembauchage sont nombreuses en droit du travail, preuves du lien que le salarié entretient avec son entreprise. Cette appartenance à l'entreprise se constate enfin dans les sanctions qui peuvent intervenir en cas d'irrégularités. En effet, on pourrait concevoir que ces irrégularités vont être sanctionnées par des dommages intérêts au profit du salarié or, très souvent, le législateur a opté pour le maintien du salarié dans l'entreprise.

C'est ainsi qu'un contrat de travail à durée déterminée irrégulier est requalifié en contrat à durée indéterminée, ce qui a pour effet de rendre pérenne l'appartenance du salarié à l'entreprise. Il en va de même des successions de contrats à durée déterminée avec des salariés différents ou un même salarié. Si les juges constatent qu'une telle succession vise à pourvoir un emploi permanent de l'entreprise, la relation sera requalifiée en relation à durée indéterminée². En matière de travail temporaire, la conclusion d'un contrat de mission irrégulier a pour effet de requalifier le contrat de travail en contrat à durée indéterminée liant désormais l'intérimaire non plus avec l'entreprise intérimaire, mais avec l'entreprise utilisatrice.

Les licenciements irréguliers sont quant à eux de plus en plus sanctionnés par la réintégration du salarié plutôt que par l'octroi de dommages-intérêts. Qu'il s'agisse de licenciements irréguliers de

¹ Soc. 25 février 1992, *Dr. Soc.* 1992 379 *RJS* 4/92 n°421.

² Soc. 16 juillet 1997, *RJS* 10/97 n°1073, 13 décembre 1995, *RJS* 2/96 n°101, 6 juin 1991, *RJS* 7/91 n°817.

représentants du personnel, de femmes enceintes, de grévistes, de licenciements discriminatoires, la sanction est la nullité du licenciement qui vise à réintégrer le salarié dans l'entreprise, donc à maintenir son appartenance à cette dernière. Si l'on note enfin qu'avec la « jurisprudence amiante » sur la faute inexcusable, l'employeur se voit imposer une obligation de sécurité de résultat dont il est dit qu'elle découle du contrat de travail – deux siècles pour le découvrir – on aboutit à la conclusion suivante : les obligations de l'employeur vis-à-vis du salarié ne sont guère différentes de celles d'un père vis-à-vis de son fils : lui assurer une formation, lui procurer un emploi, veiller à son intégrité physique, l'entreprise joue tout à la fois le rôle du père et de la mère !

En contrepartie, on doit observer que le droit positif met à la charge du salarié des obligations qui vont au-delà de ce que devrait supporter un salarié.

B - Les obligations renforcées à la charge du salarié

S'il est incontestable que le droit positif met à la charge de l'employeur de nouvelles obligations, ce n'est pas sans contrepartie.

C'est ainsi que la formation que lui assure l'employeur justifie par exemple la validité des clauses de dédit-formation aux termes desquelles le salarié s'engage à rester un certain temps dans l'entreprise en contrepartie de la formation qu'il a reçue. En cas de non respect de cette obligation, le salarié s'engage à rembourser tout ou partie des frais de formation, en cas de départ de son fait, au cours d'une période déterminée. La Cour de cassation considère que ces clauses de dédit-formation sont licites dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective et qu'elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner¹.

C'est l'intérêt de l'entreprise qui justifie désormais la validité des clauses de non concurrence. Il n'est plus suffisant que la clause soit limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tienne compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, faut-il encore qu'elle soit indispensable à

¹ Soc. 17 juillet 1991, *Bull. civ.* V n°371, *RJS* 1991 n°1072.

la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹ à laquelle le salarié a appartenu.

L'obligation de loyauté du salarié vis-à-vis de l'entreprise ne se fonde plus désormais exclusivement sur le contrat de travail dont l'article L.120-4 du code du travail précise qu'il doit être exécuté de bonne foi. Ce comportement loyal, exemplaire que l'on attend du salarié comme on l'attend d'un fils ou d'une fille est expressément exigé dans un grand nombre de chartes d'entreprise².

La charte B.P. dispose par exemple dans la rubrique « conduite personnelle » : « Bien que B.P. respecte totalement la vie privée des membres de son personnel et ne souhaite en aucun cas leur dicter leur conduite personnelle, ni leur moralité, ni leur mode de vie, chaque employé doit respecter les obligations de service envers la société et de loyauté et de confiance envers ses collègues. Les membres du personnel doivent également respecter la loi que ce soit pendant les heures de travail ou en dehors, et même leur vie privée en tant que bon citoyen responsable, notamment lorsqu'un comportement indiscret ou antisocial pourrait nuire à la performance individuelle ou avoir des répercussions néfastes pour B.P. ». La charte Castorama prévoit que chacun s'engage à faire réussir l'entreprise, que chacun est porteur en permanence de l'image de marque de l'entreprise. La charte Pernod Ricard indique que chaque collaborateur doit agir dans l'intérêt de l'entreprise où il travaille et dans le respect de l'intérêt général du Groupe Pernod Ricard.

Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence admette la régularité d'un licenciement lorsque le comportement porte atteinte à l'image de l'entreprise. Le licenciement demeure possible s'il repose sur une cause objective fondée sur le comportement du salarié qui compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière³. Au regard de la jurisprudence, il convient d'entendre largement la condition de finalité propre. Elle ne concerne pas seulement les entreprises religieuses ou d'opinion (but syndical ou politique) mais peut aussi viser des entreprises purement commerciales. Ainsi, selon la Cour de cassation, repose sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un cadre de banque ayant émis des chèques sans provision,

¹ Soc. 10 juillet 2002, *D.*2002 249, note Serra.

² N. Causse : La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français, Aix-Marseille : PUAM 2000.

³ Soc. 17 avril 1991, *Bull. civ.* V n°201.

son comportement étant incompatible avec son activité professionnelle¹. De même est justifié le licenciement d'un salarié condamné pénalement pour infraction à la législation sur les sociétés alors qu'il occupait des fonctions importantes de représentation vis-à-vis des administrations et d'autres sociétés, cette situation étant de nature à entraver la marche de l'entreprise².

II – UNE NOUVELLE CONCEPTION DU SALAIRE

A l'origine, le salaire était la contrepartie de la prestation de travail. Qu'il soit payé à l'heure, à la tâche, aux pièces ou au rendement, le travail était la cause du salaire et le salarié n'avait aucun droit à participer au partage des bénéfices et des profits de l'entreprise.

En substituant au terme « salaire » le terme de rémunération on peut se demander si le législateur et la jurisprudence, au-delà du changement de terminologie, n'ont pas entendu promouvoir une conception nouvelle du salaire.

En effet, selon cette conception, la rémunération consiste en un avantage versé à un salarié en raison de son appartenance à l'entreprise (A) et non pas uniquement en contrepartie de son travail ; la rémunération peut donc varier en fonction des résultats de l'entreprise (B).

A - La rémunération : un avantage versé à un salarié en raison de son appartenance à l'entreprise³

Il n'est plus possible de soutenir à l'heure actuelle que la rémunération, surtout au regard de la sécurité sociale, consiste en un avantage versé par l'employeur au salarié en contrepartie d'un travail ou à l'occasion d'un travail dans le cadre d'un contrat de travail. En effet, l'étude du droit positif permet de constater que sont considérés comme rémunérations des avantages qui ne sont pas forcément versés par un employeur à un salarié et qui ne sont pas forcément versés à l'occasion ou en contrepartie d'un travail. L'avantage est versé en raison de la seule appartenance du salarié à l'entreprise. C'est le cas des avantages en nature et

¹ Soc. 30 juin 1992, *Bull. civ.* V n°429.

² Soc. 12 mars 1991, *Bull. civ.* V n°120.

³ D. Hennebelle : *Essai sur la notion de salaire*, Aix-Marseille : PUAM 2000. G. Vachet : La notion de rémunération au regard de la sécurité sociale, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*.

en espèces versés par le comité d'entreprise¹, des indemnités différentielles versées en cas de maladie², d'une allocation d'invalidité³ ou d'un capital décès⁴ versés par un régime de prévoyance, des sommes versées par un sponsor⁵. Dans un premier temps la jurisprudence a recherché si le tiers – par exemple un comité d'entreprise – n'agissait pas pour le compte de l'employeur. Dorénavant cette distinction n'a plus lieu d'être : une somme versée par un tiers doit être considérée comme une rémunération même si elle ne récompense pas un travail supplémentaire ou un service rendu ; il suffit qu'elle soit versée au salarié en raison de son appartenance à l'entreprise.

Il n'est plus désormais nécessaire que ce soit le salarié qui reçoive la somme. C'est ainsi que sont considérées comme rémunérations, les contributions patronales destinées au financement des prestations versées par les régimes complémentaires de retraite et de prévoyance à l'exception des régimes ARRCO et AGIRC⁶, les avantages versés à la famille du salarié – par exemple le voyage offert par l'entreprise aux conjoints de ses salariés⁷. L'argument est toujours le même : ces avantages bénéficient au salarié et à sa famille en raison de l'appartenance de celui-ci à l'entreprise.

Que la rémunération découle de l'appartenance du salarié à l'entreprise, c'est encore plus perceptible si l'on examine la corrélation rémunération/travail. On peut déjà douter que, dans certaines hypothèses, la somme versée rémunère bien une prestation de travail. C'est le cas par exemple de la rémunération de comptes de dépôt à vue. En effet, la chambre sociale considère que sont assujettis à cotisations de sécurité sociale les intérêts portés au crédit des comptes de dépôt à vue dont bénéficient les membres du personnel de caisse d'épargne ou de banque⁸. Il a été pourtant soutenu que la rémunération ne dépend pas de la prestation de travail fournie mais du montant de la somme déposée par le salarié sur son compte ; bien

¹ M.P. Descamps : l'assujettissement aux cotisations de sécurité sociale des avantages en espèces alloués par le comité d'entreprise, *Dr. Soc.* 1991 80 R. Donnadiou – Les cotisations de sécurité sociale et les activités sociales du comité d'entreprise, *Dr. Soc.* 1987 37. J.-J. Dupeyroux : les cotisations sociales sur les avantages fournis par le comité d'entreprise, *Dr. Soc.* 1998 498 G. Vachet : Les avantages versés par le comité d'entreprise et les cotisations de sécurité sociale, *JCP éd. E* 1998 II 15345.

² Soc. 17 octobre 1991, *RJS* 1991 n°1361.

³ Soc. 12 octobre 1995, *RJS* 1995 n°171.

⁴ Soc. 24 avril 1997, *RJS* 1997 n°738.

⁵ Circ. Interm. N° 94-60 28 juillet 1984, *BO Sec. Soc.* 1995 n°14.

⁶ Art. L.242-1 CSS.

⁷ Soc. 26 septembre 1991, *RJS* 1991 n°1230.

⁸ Soc. 25 février 1993, *RJS* 1993 n°436.

plus, les intérêts peuvent rémunérer non pas les dépôts effectués par le salarié mais ceux effectués par son conjoint. La Cour de cassation n'en considère pas moins qu'il y a rémunération alors que l'avantage reçu n'est pas la contrepartie d'un travail, mais découle de l'appartenance à l'entreprise.

On peut rapprocher de cet avantage, l'avantage tiré de prêts à taux préférentiel consentis à des salariés pour l'achat d'une voiture, pour l'acquisition d'une résidence principale, pour les travaux réalisés dans la résidence principale, de réductions tarifaires consenties à des salariés d'un concessionnaire automobile qui achètent une voiture de la marque¹ ou de l'avantage découlant de la délivrance gratuite d'une carte de crédit international². Dans tous ces cas, la somme versée n'est pas la contrepartie d'un travail car le salarié peut ne pas bénéficier de cet avantage s'il n'a pas emprunté, s'il n'a pas acheté de voiture, s'il ne se sert pas de carte bleue alors qu'il a effectué une prestation de travail. En sens inverse, le montant de l'avantage ne dépend pas du travail effectué mais du prix d'achat de la voiture, du montant de la somme placée ou du prêt demandé. De même l'inclusion des « stock options » dans l'assiette des cotisations peut prêter à discussion³.

En effet, est intégrée comme rémunération si le bénéficiaire ne respecte pas la condition d'indisponibilité prévue à l'article 163 bis C du code général des impôts, la différence entre la valeur réelle des titres à la date de la levée d'option et leur prix de souscription ou d'achat. Or cette plus-value ne dépend pas du travail fourni par le salarié, mais de la situation de la bourse à un moment donné. On peut également s'interroger sur le bien-fondé d'une éventuelle incorporation comme salaires des sommes versées au titre d'un contrat de sponsoring ou de parrainage. Si le contrat crée des obligations pour le sportif vis-à-vis de l'organisme parrain – participation à des manifestations, démonstrations, présentations directes ou indirectes de produits, de services ou de messages publicitaires, pose comme modèle – il y a rémunération d'une prestation de travail. En revanche, si le contrat a pour seul objet de permettre à une société ou à un organisme parrain d'exploiter le nom, l'image ou la renommée d'un sportif, il s'agit d'une relation purement commerciale et non pas de la rémunération d'une prestation de travail, mais les sommes versées au titre de l'exploitation de l'image dépendent cependant de l'appartenance du sportif à un club. Il est évident que si Zidane ou

¹ Soc. 27 octobre 1994, *RJS* 1994 n°1427.

² Soc. 9 novembre 1995, *RJS* 1995 n°1280.

³ Art. L.242-1 CSS.

Beckham jouaient non pas au prestigieux Réal de Madrid mais au modeste Sporting Club de Toulon, leur image n'aurait pas le même prix. Leur image valorise leur entreprise tout autant que leur entreprise les valorise, preuve de cette symbiose entre le salarié et l'entreprise. Ainsi s'explique que de nombreux clubs s'approprient l'image de leurs joueurs qu'ils exploitent eux-mêmes. L'entreprise n'est plus représentée aux yeux du public par son président directeur général, mais par ses salariés.

B - La rémunération, un avantage variant selon les résultats de l'entreprise

Un certain nombre d'hommes politiques ont souvent considéré que l'intégration du salaire passait par une participation de celui-ci aux bénéfices de l'entreprise ou par une participation à son capital, remettant partiellement en cause la distinction entre l'associé qui participe aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise et le salarié qui perçoit un salaire qui est fonction de son travail et non pas des résultats de son entreprise.

On peut se demander si la Cour de cassation ne contribue pas à rendre de plus en plus difficile cette distinction entre l'associé et le salarié.

Dans un arrêt du 2 juillet 2002¹ elle admet la validité d'une clause contractuelle prévoyant une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels. En l'espèce un avocat salarié contestait la baisse de sa rémunération qui était due à une baisse du chiffre d'affaires du fait que deux avocats démissionnaires avaient emporté avec eux une partie de la clientèle. On peut donc légitimement se demander ce que la Cour de cassation entend par risque d'entreprise. La baisse du chiffre d'affaires ou des bénéfices, la perte d'un marché ne sont-ils pas des risques d'entreprise que logiquement le salarié ne devrait pas assumer. Si la réponse devait être négative c'est la distinction associé/salarié qui serait partiellement remise en cause. Le salarié ne se distinguerait plus de l'associé que par le fait qu'il exécute une prestation de travail dans un lien de subordination, mais l'un comme l'autre, feraient partie de cette même communauté qu'est l'entreprise.

¹ Soc. 2 juillet 2002, *RJS* 2002 n°1076 ; 4 mars 2003, *RJS* 2003 n°568.

Mais en définitive est-ce si surprenant ? On constate de nos jours et l'actualité en fournit le nombreux exemples que beaucoup de salariés sont plus attachés à leur entreprise et à sa pérennité que nombre de dirigeants qui ne voient en elle qu'une poule aux œufs d'or ou un tiroir caisse qu'il convient de vider sans scrupules. A l'heure actuelle, la meilleure façon pour un dirigeant de s'enrichir n'est-il pas de couler une entreprise pour toucher de substantielles indemnités ? Les salariés sont donc ceux qui appartiennent le plus à l'entreprise car, comme dans le mariage, ils lui sont liés pour le meilleur et pour le pire.

Gérard VACHET

Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Directeur du Centre de droit social

L’AFFILIATION COMME FIGURE DE L’APPARTENANCE EN DROIT DE LA SECURITE SOCIALE

Comme tant de termes du droit de la Sécurité sociale, celui d’affiliation est susceptible d’au moins deux significations différentes alors que c’est pourtant, dans cette discipline, l’un des plus importants. Ainsi les auteurs nous précisent-ils que la notion d’affiliation est fort large « qui parfois désigne le rattachement obligatoire à un régime déterminé..., parfois le lien qui se noue entre l’assuré et la caisse dont il dépend »¹.

C’est bien le premier sens qui est retenu dans le très fameux article L. 311-2 du Code de la sécurité sociale, selon lequel, on le sait, « sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général... toutes les personnes ... salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs... »². Cependant, avec ce qu’il est convenu d’appeler la généralisation de la Sécurité sociale, l’affiliation ainsi entendue est loin de ne concerner que les travailleurs dépendants. C’est à une affiliation de même sens que font par exemple explicitement référence l’article L. 615-1 du Code de la sécurité sociale³, pour l’assurance maladie-maternité des travailleurs non salariés non agricoles ou encore l’article L. 381-4 pour les étudiants⁴.

¹ J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore et R. Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, Paris : Dalloz, 14^{ème} édition, 2001, n° 643, page 478. Dans le même sens, Monsieur Prétot observe que « la notion d’affiliation se révèle, à la lecture des dispositions du Code de la sécurité sociale, quelque peu ambiguë », *Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale*, Paris : Dalloz, 2^{ème} édition, 1998, n° 15, pages 118 et suivantes, spécialement page 119.

² Encore faut-il observer que le texte vise explicitement l’affiliation aux assurances sociales du régime général. On peut cependant considérer que cette expression est synonyme de celle d’affiliation au régime général lui-même.

³ A la différence de l’article L. 311-2 – voir *supra*, note 2 – c’est directement d’une affiliation au régime d’assurance maladie et d’assurance maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles qu’il est question dans l’article L. 615-1. S’agissant de la couverture vieillesse des mêmes catégories, l’article L. 622-1 recourt à une formulation très voisine quand il énonce que lorsqu’une personne exerce simultanément plusieurs activités professionnelles non salariées dépendant d’organisations autonomes distinctes, elle est affiliée à l’organisation d’assurance vieillesse dont relève son activité principale.

⁴ Ce texte, qui concerne les élèves et les étudiants des établissements d’enseignement supérieur, des écoles techniques supérieures, des grandes écoles et classes préparatoires à ces écoles, fait référence explicite à l’affiliation obligatoire aux assurances sociales, étant implicitement entendu qu’il s’agit de celles du régime général (l’article L. 381-4 est en effet inclus dans un chapitre qui a pour intitulé : *Personnes rattachées au régime général pour*

Dans ce premier sens, il est vrai que le terme d'affiliation, quand au moins il s'agit d'affiliation obligatoire, peut apparaître comme tout à fait synonyme de celui d'assujettissement. Ainsi peut-on dire d'un travailleur dépendant qu'il est affilié aux assurances sociales du régime général ou qu'il y est assujéti. Le terme d'assujettissement ayant sans doute un parfum fiscal assez prononcé, on lui préférera certainement celui d'affiliation, qui paraît insister davantage sur ce qu'il y a d'appartenance dans le rattachement à la Sécurité sociale.

Cependant, l'affiliation peut avoir un autre sens, lorsqu'il s'agit cette fois de l'affiliation à une caisse ou à un organisme de Sécurité sociale. Ainsi, entre autres exemples encore, l'article R. 312-1 du Code de la sécurité sociale énonce-t-il que « ...les assurés sociaux relevant du régime général de sécurité sociale sont affiliés à la caisse primaire d'assurance maladie dans la circonscription de laquelle ils ont leur résidence habituelle »¹.

Faut-il s'inquiéter de ce flottement terminologique et y voir une sorte d'incapacité de la terminologie de la protection sociale à être véritablement précise ? Nous l'avons dit, l'affiliation ne serait pas le seul exemple de cette faiblesse, comme le montrent suffisamment les hésitations légitimes que l'on peut nourrir sur la définition de ce qu'il faut entendre, par exemple, par régime². Pour autant, en ce qui concerne l'affiliation, il n'est pas sûr que cette dualité de sens tienne de la seule maladresse et il n'est pas certain non plus qu'elle n'ait pas sa logique propre.

Celle-ci peut être de nature strictement technique. Il est après tout possible de considérer que l'affiliation dans le premier sens est en effet la première et la plus importante – ainsi un salarié sera-t-il affilié aux assurances sociales du régime général – et que l'affiliation prise dans le second sens vient en second lieu, quand il s'agit de préciser de quelle caisse relèvera le travailleur salarié ainsi affilié. Pourquoi pas ? Du reste la hiérarchie des textes plaide en ce sens, l'article L. 311-2 et l'affiliation de premier sens qu'il contient ayant bien sûr valeur législative et l'article R.311-2, avec l'affiliation de second sens, valeur seulement réglementaire.

certaines risques ou charges). On voit donc que pour le législateur l'affiliation obligatoire aux assurances sociales ou le rattachement au régime général paraissent en l'occurrence strictement synonymes.

¹ On se gardera cependant de confondre l'affiliation au sens étroit et l'immatriculation, qui est « l'opération administrative par laquelle une personne est inscrite sur la liste des assurés sociaux » – articles L. 312-2 et R. 312-1 à 312-11 du Code de la sécurité sociale. On voit bien que, dans cette définition, c'est l'aspect d'opération administrative qui est essentiel.

² J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R.Lafore et R. Ruellan, *op. cit.*, n° 273, pages 230 et s.

On peut penser cependant qu'au-delà d'une analyse des textes, c'est au fond, et notamment dans ses rapports avec l'appartenance, que l'affiliation peut répondre le mieux aux deux significations qu'elle est susceptible de prendre. L'affiliation à un régime, dans notre système de Sécurité sociale, correspond d'abord et au moins en principe à une appartenance socioprofessionnelle ou, plus largement, à l'appartenance à une catégorie de rattachement à un régime de Sécurité sociale¹. Quant à l'affiliation à une caisse, fondée sur la résidence habituelle, elle pourrait bien être annonciatrice d'une autre appartenance possible, fondée sur le territoire et plus largement peut-être sur la citoyenneté. Ne reconnaît-on pas là, du reste, les deux conceptions possibles de la Sécurité sociale, bismarckienne et beveridgienne ?

Pour l'heure cependant, la distinction la plus significative n'est peut-être pas encore là. En effet, en tant qu'elle résulte en règle générale de l'activité professionnelle de l'assuré, l'affiliation apparaît bien comme la conséquence et *le signe d'une appartenance* (I). Mais en tant aussi qu'elle peut parfois ne pas résulter d'une telle activité, quand par exemple elle est en réalité fondée sur l'état de besoin de l'intéressé, l'affiliation vient alors à l'appui d'une appartenance à construire dont elle constitue en quelque sorte *le premier signal* (II).

I - L'AFFILIATION, SIGNE D'UNE APPARTENANCE PRESENTE

En France comme dans d'assez nombreux autres pays comparables, la Sécurité sociale répond à une conception socioprofessionnelle. Autrement dit, plus brutalement, c'est en principe l'appartenance à une catégorie socioprofessionnelle qui donne la qualité d'assuré social. Longtemps il n'en fut ainsi que pour les salariés et assimilés, affiliés au régime général². Aujourd'hui avec la généralisation de la couverture sociale, ceux qui exercent une activité professionnelle indépendante ont aussi la qualité d'assuré social, que ce soit dans le cadre des régimes autonomes des non salariés non agricoles ou dans celui du régime agricole pour les exploitants agricoles. L'extension de la couverture sociale est donc, à sa façon, l'histoire de l'extension et de la diversification de l'affiliation. Pour autant et en dépit d'exceptions de portée diverse, l'affiliation n'a jamais perdu ses deux

¹ Des personnes sans appartenance socioprofessionnelle peuvent en effet relever de nos jours, si ce n'est de n'importe quel régime, au moins du régime général. Tel est le cas, notamment, des bénéficiaires de la couverture maladie universelle.

² Ou, pour certaines catégories de salariés, à un régime spécial .

caractères essentiels, puisque, aujourd'hui comme hier, elle est à la fois obligatoire (A) et spécifique dans le sens que, liée en principe à une activité professionnelle, elle n'est pas universelle (B).

A - Une affiliation obligatoire

Obligatoire, l'affiliation l'est parce que la Sécurité sociale doit l'être. Comment en effet, sans recourir à l'assistance, couvrir correctement les personnes à risques élevés et à revenus faibles sans couvrir aussi, et donc affilier et soumettre à cotisations, les personnes élevées et à risques faibles¹ ? L'idée d'une Sécurité sociale facultative est donc tout à fait fallacieuse, elle relève de l'oxymore² ou de la chimère.

Il en résulte aussi que l'affiliation ne peut pas plus être choisie (1) qu'écartée (2) par la volonté individuelle ou par l'accord des contractants. C'est surtout cette seconde conséquence qui a entraîné et qui entraîne toujours un contentieux important.

1 - Nul ne peut se placer de sa seule volonté sous la protection de la couverture sociale obligatoire. Ce principe, tout à fait logique, a cependant connu certaines exceptions, dans le dessein de généraliser, de toutes les façons possibles, la couverture maladie ou la couverture vieillesse.

C'est ainsi qu'il existe toujours, même si certains de ces éléments sont en voie d'extinction, une série de situations, relevant aujourd'hui de l'article L. 742-1 du Code de la sécurité sociale, dans lesquelles les intéressés peuvent s'assurer volontairement pour les risques vieillesse et/ou invalidité auprès des organismes du régime général. C'est ainsi encore que l'article L. 742-6 du Code de la sécurité sociale permet à plusieurs catégories de personnes d'adhérer volontairement à l'assurance vieillesse des non salariés. C'est ainsi en troisième lieu que l'article L. 743-1 ouvre la faculté de s'assurer volontairement auprès du régime général pour la couverture des accidents du travail et des maladies professionnelles à toutes les personnes qui ne bénéficient pas à un autre titre de cette couverture³. C'est ainsi enfin

¹ Couverture des revenus faibles à risques élevés par les revenus élevés à risques faibles : c'est ce que l'on peut appeler, pour utiliser une expression de la rhétorique, le chiasme (ou figure en x) inhérent à l'essence même de la sécurité sociale

² Cependant, alors que l'oxymore est une figure de rhétorique qui consiste à allier deux mots de sens contradictoires pour donner plus de force à l'expression, la notion de Sécurité sociale facultative n'est en réalité qu'un contre-sens dont il n'y a pratiquement rien à tirer.

³ Dans le même esprit, l'article L. 743-2 accorde la faculté de souscrire une assurance couvrant les risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles de leurs bénévoles

que les travailleurs français expatriés à l'étranger qui, en vertu du principe de territorialité qui caractérise la Sécurité sociale, ne relèvent plus en principe de notre couverture sociale, peuvent toutefois, s'ils remplissent les conditions requises, s'assurer volontairement contre certains risques sociaux, principalement ceux de maladie, de maternité, d'invalidité et de vieillesse ainsi que les risques professionnels. Ils relèvent alors des Caisse des Français de l'étranger¹.

Quittant un instant le droit positif, il faut ici rappeler que la loi du 2 juillet 1978, relative à la généralisation de la sécurité sociale, avait créé un dispositif dit d'assurance personnelle pour permettre à des non affiliés d'obtenir leur affiliation au régime général². Ce dispositif a été abrogé en 2000 par l'entrée en vigueur de la couverture maladie universelle. Il n'avait du reste que très imparfaitement rempli son office, à la fois en raison du coût des cotisations, il est vrai susceptible d'être assumé par l'aide sociale, et du manque d'information d'une grande partie des bénéficiaires. Il aurait pu cependant être d'autant plus efficace que si son déclenchement dépendait de la volonté de l'intéressé, toutes les suites échappaient à ce dernier, qui devait demeurer dans le cadre de l'assurance personnelle tant qu'il ne relevait pas d'une autre affiliation, cette fois, bien sûr, obligatoire. La CMU, comme on le sait, est, quoique subsidiaire, purement et simplement obligatoire dès lors que ses conditions d'application sont réunies.

2- A l'inverse, les tentatives d'éluder ou d'éviter le paiement des charges sociales sont, bien sûr, aussi –relativement – anciennes que le système de Sécurité sociale lui-même. Elles ont essentiellement consisté, et consistent toujours, à tenter pour l'employeur de se présenter en simple client d'un travailleur indépendant camouflant en réalité un pur et simple salarié. De la sorte le faux client mais véritable employeur peut espérer échapper au paiement des cotisations patronales, quitte bien sûr à détourner le vrai salarié faux entrepreneur de son affiliation naturelle au régime général vers une affiliation moins avantageuse pour lui à un régime autonome. La Cour de cassation a toujours répondu fermement à ces manœuvres et notamment dans un arrêt rendu en Assemblée plénière au début des années 80³. Il appartient donc au juge de redonner à la relation des parties l'exacte

aux œuvres et organismes d'intérêt général entrant dans le champ d'application de l'article 200 du code général des impôts.

¹ Articles L. 762-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

² Anciens articles L. 741-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

³ Cass. ass. plén. 3 mars 1983, *M. Barrat c. Société anonyme « Ecole des Roches »*, Bull. AP, n° 3, page 5 ; D. 1983, 381, concl. J. Cabannes, et 1984, IR 164, obs. J.-M. Béraud ; *Grands*

qualification que ces dernières ont peut-être tenté de camoufler ou sur laquelle elles ont pu de bonne foi se tromper. Naturellement cela ne signifie pas que la liberté contractuelle soit malmenée ou, encore moins, niée. Rien n'empêche les parties de s'engager dans un rapport de véritable travail indépendant. Du reste, la récente loi du 1^{er} août 2003, pour l'initiative économique, a restauré à l'article L. 120-3 du Code du travail, et dans son sillage à l'article L. 311-11 du Code de la sécurité sociale pour ce qui est de l'affiliation, la présomption simple de non-salariat pour les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux, ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales. Mais s'il apparaît, dans l'économie du contrat ou dans les circonstances de la cause, qu'en réalité celui qui s'engage à fournir son travail se place sous l'autorité et la subordination de l'autre¹, il sera en toute hypothèse impossible d'échapper aux conséquences qu'entraîne la relation de travail salarié, particulièrement en ce qui concerne l'appartenance au régime général de sécurité sociale. Et si chacun est, au mois formellement, libre de travailler comme il l'entend, nul n'a le choix ni de n'être pas affilié ni d'une autre affiliation que celle que les textes imposent. L'affiliation est donc le résultat obligé ou contraint de l'appartenance professionnelle et c'est cette appartenance qui, à la rigueur, a pu être choisie, éventuellement en considération du statut juridique et social qu'elle implique. On conçoit qu'un rattachement aussi strictement impératif ait nourri et nourrisse encore un contentieux important.

L'affiliation relève en principe et comme on l'a dit plus haut de la compétence de la caisse primaire d'assurance maladie du lieu de la résidence habituelle de l'assuré². Il peut en résulter un contentieux avec l'intéressé, soit que celui-ci estime ne pas devoir être affilié, soit qu'il estime au contraire devoir l'être alors qu'il ne l'est point. La procédure à suivre alors est tout à fait originale car elle articule des éléments venant de la procédure administrative et d'autres de la procédure judiciaire. Au premier titre on relèvera que la décision litigieuse devra d'abord être portée devant une

Arrêts du droit de la sécurité sociale, par X. Prétot, Paris : Dalloz, 2^{ème} édition, 1998, n° 15, pages 118 et suivantes.

¹ Pour renverser, quand elle existe, la présomption simple de non-salariat, l'article L. 120-3 du code du travail comme l'article L. 311-11 du Code de la sécurité sociale exigent la preuve d'un lien de subordination juridique permanente. Il ne semble pas toutefois que cette référence à la permanence change réellement l'acception de la subordination juridique en elle-même.

² Article R. 312-1 du Code de la sécurité sociale.

commission de recours amiable, constituée à l'intérieur même de la caisse et comprenant, s'il s'agit d'une caisse du régime général, aussi bien des administrateurs représentant les salariés que des administrateurs représentant les employeurs. Ce n'est que dans l'hypothèse où il n'est pas fait droit à sa requête que le demandeur pourra saisir la juridiction judiciaire compétente, en l'occurrence et en première instance le tribunal des affaires de sécurité sociale (avec, quand il est possible¹, appel devant la chambre sociale de la Cour d'appel et, en toute hypothèse, pourvoi en cassation).

Cependant il se peut aussi que, dans le cadre de ses compétences, ce soit une Urssaf² qui considère comme assujetti un travailleur jusque là considéré comme ne relevant pas du régime général³. Le contentieux a alors la même configuration que lorsqu'il oppose une caisse primaire à un particulier, avec recours gracieux préalable devant la commission de recours amiable de l'organisme puis, au cas d'échec, saisine du tribunal des affaires de sécurité sociale.

On observera que le tribunal des affaires de sécurité sociale est composé selon le principe de l'échevinage et qu'il réunit par conséquent un magistrat professionnel, issu du tribunal de grande instance, et deux assesseurs non professionnels représentant, dans le cadre du régime général, l'un les employeurs et l'autre les salariés. Il est donc clair que du début à la fin du contentieux, le plaideur est assuré d'être entendu par des administrateurs ou des juges de sa catégorie professionnelle et c'est en définitive une reconnaissance qui lui est faite de sa propre appartenance. Cependant cette appartenance doit être comprise de façon concrète et circonstanciée.

B - Une affiliation spécifique

Comme on le sait, le système français de Sécurité sociale n'est point sans coutures, partagé qu'il est en régimes de sécurité sociale différents. Il en résulte d'abord que l'affiliation n'est jamais globale, qu'elle ne se fait point par rapport au système dans son ensemble mais par rapport à un régime qui, de ce point de vue, est toujours, même quand il s'agit du régime général, un

¹ C'est le cas lorsque le contentieux porte sur l'affiliation.

² Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales.

³ A noter toutefois qu'il ne revient pas à l'Urssaf de procéder elle-même à l'affiliation et que, de toute façon, au cas de désaccord entre l'Urssaf et la caisse, c'est la caisse qui l'emporte. Sur ce que toutefois cette prééminence de la caisse primaire peut être mise à mal par l'article L. 311-11 alinéa 3 du code de la sécurité sociale, qui garantit à la personne à qui l'Urssaf a assuré que son activité ne relevait pas du régime général de n'être pas par la suite assujettie à ce régime tant que les conditions d'exercice de son activité n'auront pas été substantiellement modifiées, voir X. Prétot, *op. cit.*, pages 125 et suivantes.

régime particulier (1). Il en résulte aussi que la qualité d'affilié ne se confond point avec celle de citoyen ni, moins encore, avec celle de résident et qu'il faut alors distinguer ceux qui peuvent se prévaloir pour eux-mêmes d'une telle affiliation et ceux qui, ne le pouvant pas, ne passeront la porte étroite d'une couverture sociale indirecte et partielle qu'en raison des liens qu'ils ont avec les premiers (2).

1- Encore une fois, dans la conception de la Sécurité sociale qui est la nôtre, il n'y pas d'affiliation au système de Sécurité sociale dans son entier, qui serait fondée sur la seule résidence, mais affiliation à un régime, en fonction principalement d'une appartenance socioprofessionnelle. Il en résulte que la qualité d'affilié et donc d'assuré social n'est aucunement garantie a priori à tout citoyen. Bien au contraire est-elle, au moins dans la majorité des situations, étroitement liée à l'exercice d'une activité professionnelle qui est, par hypothèse, un acquis de l'existence. Autant dire que les jeunes, dès lors qu'ils n'ont pas atteint l'âge suffisant, sont exclus de l'affiliation, et que c'est aussi le cas, quoique de façon moins radicale, de ceux qui n'ont pas d'activité professionnelle. On est ici au cœur d'une vision dite, assez anachroniquement, bismarckienne¹ de la Sécurité sociale et loin au contraire de l'universalisme tel qu'on le lie par exemple au rapport Beveridge. On peut certes se poser la question de savoir si cette conception, nettement particulariste, pourra longtemps cohabiter avec la montée en force de la doctrine des droits fondamentaux pour tous et spécialement du droit à la protection de la santé. Le fait est cependant, pour l'heure, qu'elle domine encore et qu'elle entraîne, du point de vue du droit de la Sécurité sociale, une distinction qui est en même temps une articulation entre deux catégories de personnes, à savoir les assurés sociaux et leurs ayants droit.

2- L'assuré social est celui qui, en son nom propre, est affilié à un régime et à une caisse, le plus souvent mais pas toujours en raison de son activité professionnelle. L'ayant droit se définit d'abord par opposition à l'assuré social : il n'est pas affilié à un régime et à une caisse, précisément parce qu'il n'a pas d'activité professionnelle. En d'autres termes, l'assuré social est dans le cercle de l'affiliation, l'ayant droit est hors du cercle. Mais l'ayant droit se définit aussi par relation avec l'assuré social puisqu'il est lié à lui par un lien familial ou personnel que le Code de la sécurité sociale retient précisément pour lui donner cette qualité d'ayant droit de l'assuré social. Ce lien peut d'ailleurs varier avec les versants de la couverture sociale et il n'est vraiment largement entendu que dans la branche maladie,

¹ Il y a en effet anachronisme dans la mesure où Bismarck n'avait évidemment pas imaginé ce qu'on appelle aujourd'hui un système de sécurité sociale.

précisément parce qu'il est l'un des moyens de mettre concrètement en œuvre le droit constitutionnel à la protection de la santé.

Longtemps l'ayant droit s'est en quelque sorte fondu dans l'ombre de l'assuré social, seule personne alors véritablement prise en compte par le droit de la Sécurité sociale¹. Ainsi c'est l'assuré qui recevait le remboursement des dépenses exposées pour la santé de l'ayant droit. Aujourd'hui l'ayant droit se voit, sauf catégories particulières, reconnaître la liberté d'être identifié en tant que tel et de percevoir lui-même les prestations qui lui reviennent. Il suffit qu'il se réclame, s'il a au moins 16 ans, du statut d'ayant droit autonome². Cependant il faut bien se garder d'assimiler l'identification à titre autonome à l'affiliation. Celle-ci ne concerne et continue à ne concerner que les assurés sociaux eux-mêmes. Et si les ayants droit ont gagné le droit fondamental d'apparaître comme tels, si, en d'autres termes, ils s'appartiennent davantage, ils restent pour autant de simples ayants droit, sans véritable appartenance sociale, tant du moins qu'ils n'acquièrent pas, le plus souvent par l'accès à un emploi, la qualité d'assuré social. L'appartenance en effet a aussi affaire avec le temps et elle peut s'inscrire dans un projet.

II - L'AFFILIATION, SIGNAL D'UNE APPARTENANCE A VENIR

L'affiliation, tout comme au fond la Sécurité sociale dans son ensemble³, a deux faces. La première est celle qui constate l'appartenance déjà réalisée, la seconde est celle qui précède, annonce, permet une affiliation non encore constituée. C'est bien dans cet esprit que, déjà, la loi relative au revenu minimum d'insertion, du 1^{er} décembre 1988, posait le principe de l'affiliation obligatoire au régime général, par le canal depuis disparu de l'assurance personnelle⁴, de tous les bénéficiaires du RMI qui

¹ Comme il faut bien reconnaître que, dans la conception traditionnelle de la famille, quand un seul des membres du couple exerce une activité professionnelle, c'est la femme qui est le plus souvent l'ayant droit de son mari assuré social, on mesure tout ce qu'une critique féministe ou à tout le moins particulièrement attachée à une stricte égalité des sexes peut reprocher, assez légitimement, à la conception socioprofessionnelle de notre système de sécurité sociale, qui ne reconnaît que des *droits dérivés* à ceux (en réalité, assez souvent encore à celles) qui ne peuvent invoquer des *droits propres* à la couverture sociale.

² Article L.161-14-1, alinéas 1,2 et 3, du Code de la sécurité sociale. Mais il faut noter que ces dispositions ne valent que pour les assurances maladie et maternité.

³ On peut en effet voir dans la Sécurité sociale aussi bien la consolidation d'un statut social déjà obtenu (par exemple celui de travailleur salarié) que le moyen d'échapper à l'indigence ou à la précarité, soit en n'y tombant pas, soit en en sortant.

⁴ Le dispositif de l'assurance personnelle a en effet été abrogé par la loi du 27 juillet 1999.

n'avaient pas droit à un titre quelconque aux prestations en nature d'un régime obligatoire d'assurance maladie et maternité¹. Il s'agissait bien sûr de cette fameuse population interstitielle que les dispositifs imaginés jusque là n'étaient point arrivés à intégrer dans les cadres peu faits pour elle de la couverture sociale classique. On a suffisamment souligné, depuis 1988, les effets largement positifs de cette mesure, qui a permis à beaucoup de personnes jusque là exclues de bénéficier enfin des soins indispensables et, dans le sillage du retour à une meilleure santé, de sortir des marges de la vie sociale. On a sans doute moins mis en évidence qu'au-delà de cette sortie de l'exclusion, c'est une appartenance nouvelle qui pouvait se réaliser, il est vrai dans certains cas seulement, avec par exemple l'accroissement des chances de trouver un travail. En d'autres termes l'affiliation se révélait être une étape indispensable, un passage obligé sur le chemin de l'insertion sociale et professionnelle et de l'appartenance à la cité comme à la collectivité de travail ou à la catégorie socioprofessionnelle.

On sait que le dispositif imaginé à l'occasion de la création du revenu minimum d'insertion a été profondément et sans doute radicalement transformé par la loi du 27 juillet 1999 et la mise en place de la couverture maladie universelle (CMU). Il n'est pas tout à fait interdit de penser que le bouclage de la généralisation de la couverture maladie a quelques chances de se réaliser enfin, grâce à une procédure aussi simple et aussi efficace que possible, doublée d'une exemption de cotisation pour ceux dont les ressources n'atteignent pas le plafond retenu².

Pour autant, en termes d'appartenance, la création de la couverture maladie universelle et l'affiliation qui va avec elle ressemblent par bien des traits au dispositif antérieur. Tout comme lui, la CMU est à la fois le constat d'un défaut d'appartenance pour le présent (A) et l'annonce d'une appartenance dont elle est destinée à entraîner voire à accélérer la réalisation (B).

A - La CMU, constat d'un défaut d'appartenance

La couverture maladie universelle est en réalité réservée à celles et ceux qui, sans elle, n'auraient aucun accès aux prestations en nature de l'assurance maladie et maternité. L'affiliation qui l'accompagne est donc strictement subsidiaire et c'est dans ce cadre-là, en définitive limité, qu'il

¹ Article 45 de la loi du 1^{er} décembre 1988. Le même texte prévoyait la prise en charge de plein droit des cotisations par l'aide sociale départementale.

² Article L. 380-2 du code de la sécurité sociale. Pour les revenus perçus au cours de l'année civile précédente et qui dépassent le plafond retenu, le taux de la cotisation est de 8% - articles D. 380-1, -3 et -4 du code de la sécurité sociale.

faut comprendre le rôle du critère de la résidence dans l'attribution de la CMU.

1- La subsidiarité de la CMU

La couverture maladie universelle porte un nom trompeur. Universelle, elle le serait effectivement si elle était attribuée à tout résident sur le territoire national, en sa seule qualité de résident. Elle constituerait alors un changement radical dans notre conception du système de Sécurité sociale. Or chacun sait bien que ce n'est pas le cas. Certes l'article 1^{er} de la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle énonce, sans apparemment faire aucune restriction, qu'il est créé, pour les résidents de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer, une couverture maladie universelle qui garantit à tous une prise en charge des soins par un régime d'assurance maladie¹. Certes encore, l'article L. 380-1 du code de la sécurité sociale, issu de l'article 3 de la même loi, commence bien par énoncer que « toute personne résidant en France métropolitaine ou dans un département d'outre-mer de façon stable et régulière relève du régime général » mais c'est pour ajouter tout aussitôt qu'il en est ainsi seulement lorsque la personne « n'a droit à *aucun autre titre*² aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité ». En d'autres termes, l'affiliation dans le cadre de la couverture maladie universelle n'intervient que si l'intéressé n'est ni affilié à titre personnel, donc n'est pas assuré social, ni ayant droit d'un assuré social.

La population concernée se caractérise en conséquence, fondamentalement, par un défaut d'appartenance. Les personnes en cause n'ont manifestement pas d'appartenance socioprofessionnelle car, dans le cas contraire, elles seraient déjà assurées sociales en leur nom, ni non plus de relations personnelles significatives avec un assuré social car, dans le cas contraire, elles seraient ayants droit d'un assuré social. Il faut du reste ajouter qu'en toute logique ce défaut d'appartenance est soit originel soit à tout le moins ancien puisque, par hypothèse encore, ces personnes ne sont pas en situation de maintien de droits antérieurs aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité. Il faut en conclure que l'affiliation par la CMU n'a pas seulement un caractère subsidiaire mais qu'elle est bien de nature subsidiaire. Son appellation véritable, et plus modeste, devrait être celle de couverture maladie généralisée. Il en résulte

¹ Le texte ajoute, il est vrai, que la couverture maladie universelle garantit aussi aux personnes dont les revenus n'atteignent pas un plafond déterminé le droit à une protection complémentaire et la dispense d'avance de frais.

² C'est nous qui plaçons l'expression en italiques

que le recours au critère de la résidence n'a pas la portée qu'on aurait pu imaginer.

2- L'affiliation sur critère de résidence

Depuis la loi du 27 juillet 1999, le chapitre préliminaire du Titre huitième du Livre premier du Code de la Sécurité sociale a pour intitulé *Personnes affiliées au régime général du fait de leur résidence en France*. Ici encore, cet intitulé ne doit pas tromper. Une lecture rapide pourrait en effet laisser imaginer que la vision universaliste de la Sécurité sociale l'a en définitive emporté puisque ce qui précisément la caractérise est de fonder l'affiliation sur le seul critère de la résidence. Pour éviter toute méprise, il suffit de relire cet intitulé de sang-froid. Ce ne sont pas en effet tous les assurés sociaux qui le sont en fonction de leur résidence en France mais seulement certaines personnes, celles en effet qui n'ayant point d'affiliation d'origine socioprofessionnelle ou de rattachement en qualité d'ayant droit n'ont plus que la résidence en France pour avoir tout de même accès à la couverture maladie et maternité. La résidence est donc un critère qui intervient ici par défaut de tous les autres.

Bien entendu, cela ne signifie pas que la référence à la résidence soit sans importance. En premier lieu, le critère de la résidence appuie une affiliation directe au régime général quand le dispositif antérieur imposait de passer par le canal de l'assurance personnelle¹. On peut observer en second lieu que le bénéfice de la couverture maladie universelle n'est point ouvert aux Français résidant à l'étranger². A l'inverse, il n'est ouvert aux étrangers résidant en France que s'ils justifient qu'ils sont, à la date de leur affiliation, en situation régulière au regard de la législation sur le séjour des étrangers en France³. Qu'il s'agisse de Français ou d'étrangers, la résidence en France doit de plus être établie de manière ininterrompue depuis plus de trois mois⁴. Bien entendu, ces conditions risquent de laisser au bord du chemin d'une meilleure prise en charge de la santé ceux qui ne parviennent pas à les réunir, quand leur résidence n'est pas régulière ou quand elle est trop courte. Cependant, outre que le dispositif de l'aide médicale d'Etat est alors

¹ Cf. *J.-Cl. Protection sociale*, Volume 1, fascicule 218, par Fl. Bertin, n°5, page 3.

² On reconnaît ici l'un des aspects du principe de territorialité du système de sécurité sociale et du droit qui le concerne.

³ Article R. 380-1 II du Code de la sécurité sociale.

⁴ Article R. 380-1 I du Code de la sécurité sociale qui, il est vrai, énumère certaines exceptions, en faveur notamment des personnes inscrites dans un établissement d'enseignement, des bénéficiaires de certaines prestations familiales et sociales et du RMI ainsi que des réfugiés et des bénéficiaires du droit d'asile. .

susceptible de répondre aux situations les plus préoccupantes, on sent bien qu'un processus d'appartenance ne peut véritablement s'enclencher que s'il est déjà au moins en germe. Si la CMU peut jouer le rôle d'un accélérateur d'insertion, elle ne peut créer cette insertion de toutes pièces.

B - La CMU, annonce d'une appartenance à venir

Que la couverture maladie universelle soit tournée vers le futur de ses bénéficiaires ne paraît faire aucun doute.

Il en est ainsi d'abord, et ce n'est pas un paradoxe, dans la mesure où elle cultive une sorte de présent immédiat. Tout est fait, ou presque, pour que l'affiliation de secours qui est proposée soit opératoire au plus tôt. Ainsi suffit-il à toute personne qui s'estime dépourvue de couverture de saisir une caisse primaire d'assurance maladie¹ pour relever sans délai du dispositif nouveau et donc du droit aux prestations en nature de l'assurance maladie et maternité². C'est ensuite à la caisse ainsi saisie, et non pas à la personne en cause, qu'il reviendra de déterminer la situation précise et exacte de l'intéressé, et d'en tirer toutes les conséquences, selon qu'il s'avérera que celui-ci est ou n'est pas déjà assuré social ou ayant droit d'un assuré social.

La boussole de la couverture maladie universelle indique aussi la direction d'un futur décent pour ses bénéficiaires dans la mise en place, pour ceux dont les ressources ne dépassent pas le plafond particulier retenu³, d'une couverture complémentaire gratuite, avec dispense d'avance des frais⁴, liberté étant laissée à chacun de choisir l'organisme le plus approprié⁵. On ne saurait trop insister ici sur l'importance de cet aspect de la réforme, qui rend effectivement l'accès aux soins plus facile en même temps qu'il permet à ses

¹ Il faut noter cependant que la personne concernée relève en principe, comme tout assuré social du régime général, de la caisse primaire d'assurance maladie de sa résidence habituelle (article R. 312-1, premier alinéa, du Code de la sécurité sociale).

² L'affiliation dans le cadre de la couverture maladie universelle étant obligatoire, la caisse du lieu de résidence peut bien entendu affilier d'office toutes les personnes lui paraissant remplir les conditions requises.

³ Il est à noter que tant en raison de règles plus larges en matière de plafond de ressources que parce que la couverture complémentaire gratuite peut concerner des salariés de revenus faibles ou modestes, les bénéficiaires de la couverture complémentaire gratuite devraient être assez nettement plus nombreux que ceux qui bénéficient également de la couverture de base sans cotisation, jusqu'à atteindre 10% environ de la population de la France.

⁴ Le financement de cette couverture complémentaire relève d'un Fonds de financement de la protection complémentaire de la couverture universelle du risque maladie (article L. 862-1 du Code de la sécurité sociale) dont les ressources proviennent d'un versement des organismes de protection sociale complémentaire et d'une dotation d'équilibre de l'Etat (article L. 862-3 du Code de la sécurité sociale).

⁵ Articles L. 861-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

bénéficiaires de s'orienter vers l'organisme de protection complémentaire qui leur paraîtra correspondre le mieux à leur situation et à leur projet et donc à leur appartenance.

Bien entendu, la possibilité ainsi ouverte à chacun d'engager les dépenses de soins nécessaires est d'un intérêt vital pour tous. Il faut ici souligner combien il est indispensable que le droit à la protection de la santé soit premier et non pas seulement la conséquence d'un statut social déjà acquis. C'est ce droit au contraire qui peut servir de socle à l'acquisition des autres droits et à la jouissance des libertés¹.

Du reste, l'affiliation au titre de la couverture maladie universelle, si elle constitue incontestablement un bien pour ceux qu'elle concerne, ne doit pas nécessairement être pensée comme une situation durable. Le législateur ne manque pas de prévoir le passage, par la suite, à une affiliation plus complète, fondée notamment sur l'obtention d'un emploi solide et durable. Au fond, la CMU est une de ces étapes, un de ces relais que connaît ou que devrait connaître notre protection sociale contemporaine, qui confortent et accélèrent le processus complexe d'une meilleure insertion et avec lui d'une appartenance plus solide à la société des hommes libres et égaux en droit. Pourquoi ne pas voir dans ce mouvement l'une des formes de cette fraternité si souvent insaisissable et que, pourtant, le beau mot d'affiliation laisse entendre en résonance ? A contre-pied de la formule si frappante de Robert Castel², c'est l'affiliation qui serait alors une belle aventure.

Jean-Pierre LABORDE

*Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV
Membre du Centre de droit comparé du travail et de la Sécurité
sociale (UMR Université-CNRS n° 5114)*

¹ Bien sûr, c'est le droit à la protection de la santé qui doit avoir ce rôle premier et non pas la santé elle-même, sous peine de discriminations inadmissibles.

² « L'aventure des aventures, tout le roman de Tristan l'atteste, c'est la désaffiliation » : R. Castel, *Le Roman de la désaffiliation. A propos de Tristan et Iseut*, in *Le Débat* 61, Paris : Gallimard, 1990, pp.962-982.

« ETRE ÉTRANGER »

Les étrangers en France et les conflits d'appartenance

Nous appartenons tous à de multiples communautés : famille, travail, amis, quartier, communautés, que l'on oublie parfois, que l'on redécouvre à l'occasion (membre de sa cellule ou de sa paroisse, abonné au gaz ou au Monde diplomatique...).

Ces appartenances multiples peuvent évoluer au fil de l'existence : tel jeune homme qui défilait avec les Croix de feu finira par créer le Parti Socialiste, cependant que tel autre qui vendait l'Humanité le dimanche (mais pas dans la paroisse de ses parents) finira par créer le R.P.R.

Parfois ces appartenances posent problème et un mécanisme d'exclusion d'une confrérie se met en œuvre : selon la jurisprudence il était difficile en 1954 d'être candidat à l'E.N.A. avec un père communiste, ou encore, plus récemment, en 1991, d'être sacristain à St Nicolas du Chardonnet et homosexuel. Aujourd'hui il serait sans doute délicat d'être membre du Front national et de la Ligue des droits de l'homme.

Ces conflits inhérents à la vie sociale ne s'exacerbent que lorsqu'une appartenance est affirmée par certains comme supérieure à toute autre au point qu'elle se confonde avec leur propre identité : ils ne sont plus des êtres complexes en proie à la multi-appartenance mais se confondent avec une cause à laquelle leur existence se résume : on a reconnu le militant voire l'intégriste, quelle que soit la cause (la foi) dont il se réclame.

Les étrangers en France sont-ils dans une situation particulière vis à vis des conflits d'appartenance ?

La caractéristique commune à tout ceux qui sont nés ailleurs – hors de France – ou de parents venus d'ailleurs (les barbares pour les Hellènes) c'est de vivre une double appartenance entre leurs racines (le pays d'origine) et la société française dans laquelle ils ont choisi de vivre (les immigrés) ou que l'histoire leur a imposée (les réfugiés).

- Posons d'emblée que les problèmes d'exclusion (de « non-appartenance ») ne se confondent pas avec l'immigration (pas entièrement) : certains étrangers sont très bien intégrés, à l'inverse certains français vivent des situations d'exclusion... Pour autant on ne saurait nier que l'immigration soulève des questions d'intégration (le Haut Conseil à l'intégration n'a pas été supprimé depuis sa création en 1990) et que les jeunes issus de

l'immigration sont souvent dans des situations proches de celle des étrangers (en termes d'exclusion) alors qu'ils sont français la plupart du temps.

Mais au fait qu'est-ce qu'un étranger ?

L'article 1^o de l'ordonnance du 2 novembre 1945 répond de façon claire : sont étrangers tous ceux qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'ils aient une nationalité étrangère, soit qu'ils n'aient pas de nationalité.

Bref, le monde est plein d'étrangers. Mais si l'on se penche avec P. Weil sur l'histoire de la nationalité française depuis la Révolution¹ on s'aperçoit que le clivage n'est pas si simple. La nationalité n'est pas « le décalque d'une quelconque conception de la Nation », c'est surtout une politique qui a souvent changé de critères et a fait l'objet d'affrontements constants depuis deux siècles.

Par rapport à ses voisins la France est un pays d'immigration (contrairement à l'Italie ou à l'Irlande notamment) et elle montre depuis 1889 une nette préférence pour le droit du sol, mais on est aussi français par le sang, par le mariage ou par la résidence prolongée.

L'auteur montre bien que juste à côté des français on a une « zone limite » de la nationalité où l'on trouve tous ceux qui ont un lien avec la France, mais aussi avec un autre pays (et la France admet la double nationalité). La sélection des critères, variables au fil du temps, va permettre aux individus de cette « zone limite » de basculer d'un côté ou de l'autre : d'être « français » ou « étrangers », par la grâce du droit.

- La femme française qui épouse un étranger perd sa nationalité du Code Civil de 1803 jusqu'à la loi du 10 août 1927 (la conception patriarcale de la famille l'emportait sur le *jus sanguinis*).

- Dans les départements français d'Algérie les « musulmans » n'avaient qu'une nationalité formelle : pour accéder à la citoyenneté ils devaient être naturalisés (le critère religieux, qui masque à peine le critère racial, l'emportait ainsi sur le *jus soli*).

Le droit positif n'est d'ailleurs pas aussi simple que pourrait le laisser croire l'article 1^o de l'ordonnance du 2 novembre 1945 : il y a tout un dégradé de situation entre le Français proprement dit et l'étranger en situation irrégulière : on peut distinguer onze situations juridiquement distinctes (sans même parler des traités bilatéraux : Algérie, Tunisie, Maroc).

¹ P. Weil : *Qu'est-ce qu'un français ?* Paris : Grasset, 2002.

1. Français (les naturalisés peuvent pendant 10 ans voir leur naturalisation rapportée par décret en Conseil d'Etat, après de graves condamnations).
2. Mineurs étrangers isolés (non expulsables) placés en tutelle judiciaire ce sont les seuls étrangers à ne jamais être expulsables ni reconductibles (le Sénat voulait les émanciper pour pouvoir les reconduire à la frontière).
3. Ressortissants européens : non reconductibles, expulsables (sous contrôle entier du juge administratif), disposant de la citoyenneté européenne (on peut encore mettre à part ceux qui n'appartiennent pas à l'espace Schengen).
4. Réfugiés : éloignables, mais pas dans le pays où ils craignent des persécutions. Le titre de résident peut être supprimé en cas de retour à la normale dans leur pays (on doit mettre à part les titulaires de l'asile territorial titulaires d'un titre d'un an).
5. Etrangers protégés contre l'éloignement sauf en cas de condamnation à cinq ans fermes ou plus :
 - résidant habituellement en France depuis l'âge de 10 ans (au plus),
 - marié à un français,
 - parent de français,
 - titulaire d'une rente accident du travail ou maladie professionnelle, égale ou supérieure à 20% de taux d'incapacité professionnelle,
 - malade dont l'état nécessite des soins en France,
 - résident en situation régulière, non condamné à un an ferme ou, pour trafic de stupéfiants, quelle que soit la peine.
6. Etranger résident (titre 10 ans).
7. Etranger titulaire d'une carte de séjour temporaire (un an).
8. Etranger de passage (Visa de tourisme trois mois).
9. Demandeur d'asile (autorisation provisoire de séjour).
10. Refoulé en zone d'attente.
11. Etranger en situation irrégulière (sans titre ou titre dépassé, retiré, non renouvelé, placé en garde à vue, en détention provisoire ou condamné ou en rétention administrative avant éloignement).

Immigré ou réfugié, ayant fui la misère ou la persécution, l'étranger éprouve l'ambivalence d'une double appartenance : dans son pays d'origine (s'il peut y retourner) il sera considéré comme français; en France il sera irrémédiablement différent, étranger pour plusieurs générations, pour peu que son apparence, son nom ou son accent révèlent son origine.

Il doit intégrer une langue, une culture, des traditions parfois très éloignées de ce qu'il a acquis jusque là : dans la chanson de Souchon c'est un Soudanais qui est rue de Belleville... il vient d'une société rurale traditionnelle, communautaire, très imprégnée de valeurs religieuses et il se retrouve dans la grande ville, dans une société individualiste et laïque – il respire l'air de la ville et fait sourire les passants dans sa djelabah... c'est déjà ça !

Et pourtant, pour peu que le séjour se prolonge il va trouver sa place, d'autant plus qu'il y a mis tous ses espoirs, qu'il accepte les travaux et les logements dont les Français ne veulent plus. S'il arrive à régulariser sa situation il fera venir les siens et un titre de résident pourra un jour consacrer son enracinement, ses enfants deviennent français, l'école leur transmet les règles de la société : la « machine à intégrer » fonctionne, comme pour les générations précédentes.

D'où vient alors que l'on reparle de repli identitaire, de dérives communautaristes alors que le projet d'une société démocratique est de faire vivre ensemble des individus acceptant leurs différences ?

L'ambivalence est bien illustrée par deux exemples tirés du football : que les « bleus » l'emportent avec « Zizou » (modèle d'une intégration réussie dans ce domaine) et l'on voit les jeunes beurs brandir des drapeaux tricolores et Ch. Pasqua réclamer la régularisation des sans-papiers (dont certains le sont devenus du fait de ses lois). Mais que des trublions sifflent la Marseillaise au stade de France et le Chef de l'Etat en appelle au respect des symboles de la République. Au-delà de l'évènement, c'est la jeunesse issue de l'immigration algérienne qui s'interroge sur son identité.

Il nous revient de nous interroger sur les rapports qu'entretiennent ce que l'on peut qualifier de « **modèle français d'intégration** » et le droit applicable aux étrangers : contribue-t-il au fonctionnement du modèle ou à sa crise ?

Le droit des étrangers est une matière singulière... longtemps la question de l'immigration restée une donnée purement économique, une nécessité liée à la faiblesse de notre démographie, aux saignées des grandes guerres, aux besoins de notre agriculture, de notre industrie et à notre empire colonial (qui se bâtit en même temps que notre école publique : Jules Ferry est aussi le chantre de la colonisation).

Le droit est des plus rudimentaires dans ce domaine de « haute police » ou le juge ne s'immisce pas. Le gouvernement peut expulser tout

étranger, le retenir sur simple ordre. Les décrets-lois de 1939 qui créent des « camps de concentration » pour les étrangers sont à l'image de l'arbitraire administratif. A la Libération l'ordonnance du 2 novembre 1945 est un texte vague destiné à encadrer l'appel massif à l'immigration nécessaire pour reconstruire le pays puis assurer son développement dans ce qui allait devenir les trente glorieuses. L'arbitraire allait s'aggraver avec les guerres de décolonisation, de l'Indochine à l'Algérie.

C'est seulement dans les années 1970 (à la suite de la multiplication des expulsions après 1968) que le Conseil d'Etat marque dans quelques grands arrêts les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

1974 marque la fin de l'immigration mais pas le départ des travailleurs immigrés : ceux qui jusque là venaient puis repartaient vont rester par peur de ne pouvoir revenir et vont faire venir leur famille : on passe d'une immigration de travail à une immigration de peuplement.

La loi Bonnet de 1980 est la première tentative pour lutter contre l'immigration clandestine ; l'année suivante voit l'alternance et l'entrée du droit des étrangers dans le débat politique : désormais chaque ministre de l'intérieur voudra attacher son nom à une réforme et l'ordonnance de 1945, inchangée jusque là, sera modifiée à 28 reprises.

Le paradoxe du droit des étrangers c'est que le droit jurisprudentiel se situe au niveau des grands principes du droit, des droits fondamentaux : le Conseil d'Etat tire du préambule de 1946 la protection de la famille même étrangère, met au point les grands principes du droit des réfugiés, de l'extradition, la Cour de Cassation lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires, le Conseil Constitutionnel limite au maximum la rétention administrative et affirme haut et clair que les étrangers jouissent des droits fondamentaux.

Bref le droit des étrangers devient un aspect essentiel et passionnant du droit des libertés en France. Pour autant, la situation des étrangers change peu sur le terrain : les services des préfectures sont débordés et tardent à délivrer les titres (certificats provisoires surchargés de tampons successifs) ; des agents peu formés voient passer les lois successives, textes complexes voire contradictoires (on crée la catégorie des étrangers ni régularisables, ni éloignables !) ; lorsque la pression xénophobe s'accroît on multiplie les refus de titres de séjour, les invitation à quitter le territoire (I.Q.T.), les arrêtés de reconduite. Le ministre peut s'enorgueillir de belles statistiques mais, faute de moyens, la plupart ne partent pas, ce qui accroît le découragement des agents.

Les pratiques varient beaucoup d'une préfecture à l'autre en fonction des moyens dont on dispose et de l'interprétation de textes obscurs.

Dans telle petite préfecture on prend le temps d'examiner la situation personnelle ou familiale alors que dans les grandes villes le nombre des dossiers accroît le risque d'arbitraire. Dans certaines préfectures on interpelle au guichet des étrangers en situation irrégulière ce qui reste ailleurs tout à fait exceptionnel.

La pratique c'est souvent encore la tradition d'avant 1970 d'un droit de circulaire et de guichetiers : ce que l'on pourrait appeler la **pyramide inversée** en terme de hiérarchie des normes :

On ignore généralement les traités, trop vagues et inapplicables comme le dit la Cour de Cassation à propos de la C.I.D.E. La Constitution a moins d'importance que la loi ainsi après que le Conseil Constitutionnel eut annulé en 1993 le refus d'accorder l'allocation vieux-travailleurs faute de réciprocité, au nom du principe d'égalité, on continuera d'appliquer les articles inconstitutionnels du Code de la Sécurité Sociale jusqu'à la loi Chevènement de 1998.

La loi est surtout retenue lorsqu'elle revient sur des jurisprudences antérieures et permet d'accroître les possibilités de l'administration. Mais le décret en dit généralement beaucoup plus que la loi (et il s'appliquera au moins jusqu'à ce que le Conseil d'Etat ne l'annule).

Enfin le fleuron, le haut de la pyramide : la circulaire : pour l'agent du guichet qui peine à s'y retrouver dans l'univers impitoyable des textes et dans les sables mouvants de la jurisprudence, qui doit faire face aux dossiers qui s'accumulent, à la file des étrangers – quémandeurs qui s'allonge devant le guichet, le salut est dans la circulaire.

N'en déplaise à Kelsen, n'en déplaise au Conseil d'Etat et à sa jurisprudence répétitive en la matière : l'essentiel est dans la circulaire – d'ailleurs publiée désormais au J.O. – c'est dire son importance !

Ainsi au moment même où M. Pasqua multiplie les cas d'irréguliers (par non-renouvellement de titres, refus de titres ou de regroupements familiaux) il met en place par circulaire des procédures permettant de ne pas renvoyer chez eux des algériens qui risqueraient de s'y faire massacrer. Ces autorisations préfectorales préfigurent l'asile territorial de la loi de 1998 et s'expliquent par le fait que la France fait une application restrictive de la Convention de Genève de 1951 mais craint d'être condamnée à Strasbourg par rapport à l'art. 3 de la C.E.D.H.

Dans certains domaines comme l'asile ou les expulsions en urgence absolue (même de jeunes gens manifestants à Lyon contre un projet de

S.M.I.C. – jeunes) il y a pilotage à vue et parfois le fax ou le coup de téléphone l'emportent sur la circulaire qui prévaut sur le décret, la loi, la Constitution et les traités... d'où la « pyramide inversée ».

A ce stade on peut risquer une hypothèse : le droit des étrangers est peut être plus intéressant pour les juristes, ou en tout cas pour les Français¹, que pour la situation concrète des étrangers. Le droit des étrangers est en définitive à l'image de notre conception des droits de l'homme : les affirmations de grands principes généraux vont de pair avec la subsistance des discriminations.

Pour analyser ce qui apparaît comme un modèle en crise et pour montrer l'apport contrasté du droit des étrangers à ce modèle on envisagera tout d'abord l'intégration en marche (I) puis les replis identitaires (II).

I – L'INTEGRATION EN MARCHE

Il suffit de remonter les arbres généalogiques dans la plupart des familles pour constater que la majorité des français ont un ou plusieurs ancêtres venus d'ailleurs; il suffit de survoler ceux qui ont illustré les arts, les lettres, les sciences en France pour constater que beaucoup n'étaient pas nés français ou de parents français et qu'au fil de notre histoire tous ces apports extérieurs ont contribué au rayonnement du pays et se sont fondus dans le « creuset » français.

Le « modèle français d'intégration » existe donc bien et il a fonctionné jusqu'à nos jours, il a bien fonctionné même si cela n'a jamais été facile pour la génération des immigrants et même pour celle de leurs enfants ; la langue en porte la trace qui stigmatisa en leur temps les polacks, les russkofs ou les ritals.

On résumera ce qui fait ce modèle avant de l'illustrer par des évolutions intéressantes en droit des étrangers.

A – Un idéal théorique

« L'intégration » ce n'est ni l'assimilation ni l'insertion...

¹ C'est ainsi l'annulation de la loi Pasqua qui entendait prévenir les mariages simulés qui permet au Conseil Constitutionnel d'affirmer que la liberté du mariage est une composante de la liberté individuelle.

L'assimilation met l'accent sur l'unité de la communauté. Le nouvel arrivant n'y est accepté que moyennant le renoncement à ses singularités.

L'insertion au contraire permet le maintien des particularismes d'origine mais l'intéressé reste en marge de la communauté, irréductiblement différent et étranger (à l'image des sociétés anglo-saxonnes).

L'intégration n'est pas qu'une voie moyenne entre les deux...c'est un processus ambitieux qui table sur la durée et les apprentissages réciproques¹. Il s'agit de préserver les valeurs essentielles de la société d'accueil tout en n'exigeant pas des nouveaux venus qu'ils renoncent à leurs particularismes notamment culturels.

Le modèle français d'intégration repose sur le refus du communautarisme.

De la même façon que le génie des Romains c'est d'avoir étendu progressivement leur citoyenneté à tous les habitants de l'empire, le génie français c'est d'avoir réussi à fondre les apports d'immigrants successifs.

P. Weil montre bien que c'est le principe d'égalité qui a permis le fameux « creuset » : le strasbourgeois reste attaché à la France parce qu'Allemand il est inférieur au Prussien, de même qu'au Royaume Unis l'Irlandais n'est pas l'égal de l'Anglais.

L'ambition du modèle c'est d'affirmer dans le premier article de notre Constitution que la République assure l'égalité « sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Cette absence de prise en compte des origines qui interdit en principe de distinguer entre français d'origine et naturalisés fait l'unité du peuple français, interdit de reconnaître l'existence de minorités dotées de droits spécifiques² et vient confirmer la laïcité de la République.

La laïcité ça n'est pas seulement l'absence de religion officielle et le respect de toutes les croyances, c'est aussi le refus du communautarisme : le principe selon lequel le droit à la différence ne doit pas se traduire par une différence de droits qui dépendrait des communautés de rattachement³.

¹ A terme elle fait le pari d'un métissage réussi.

² Dans sa décision du 9 mai 1991, le Conseil constitutionnel refuse la notion de « peuple corse » composante du peuple français.

³ R. Charvin et J. J. Sueur *Droit de l'homme et libertés de la personne*. Paris : Litec 3^e ed. p 160. ; La France a finalement renoncé à ratifier la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires; la libre administration des collectivités territoriales ne saurait aboutir à ce que le régime des libertés varie selon les décisions des autorités locales et puisse ne pas être le même sur tout le territoire national (C. Const. 18 janvier 1985 ; C. Const. 13 janvier 1994 ; C. Const. 21 janvier 1997).

La France n'admet donc pas les « quotas » au nom de son universalisme : c'est l'individu qui est pris en compte, non le groupe auquel il appartient.

Cet idéal vise à ce que chacun puisse trouver sa place dans la société française tout en conservant son identité et tout en vivant des particularismes culturels (puisque le modèle est égalitaire et laïc)¹.

B – Le droit des étrangers favorise parfois l'intégration

En 1981 la France finit par reconnaître aux étrangers deux libertés essentielles : la liberté d'association – les associations d'étrangers n'auront plus à demander au ministre de l'intérieur l'autorisation de se constituer ; la liberté du mariage: les étrangers titulaires d'une carte provisoire (un an) n'auront plus à demander au préfet l'autorisation de se marier.

En 1983 on finit par supprimer les délais d'attente imposés aux naturalisés; désormais, du jour du décret de naturalisation les nouveaux français sont électeurs et éligibles.

En 1984 la loi du 17 juillet 1984 crée le titre de résident de dix ans, renouvelable de plein droit pour les étrangers bien intégrés en France, qui a beaucoup contribué à améliorer leur intégration à la société française.

On retiendra trois exemples : la régularisation, la protection de la vie familiale et l'expression d'appartenances religieuses à l'école.

1 - La régularisation des étrangers n'est pas quelque chose d'exceptionnel même si cela a pu nourrir des controverses. A l'époque des trente glorieuses c'est même le processus habituel : à la demande du patronat les étrangers entrent le plus souvent sans papiers, en marge de l'O.M.L. Le contrat de travail permettra la « régularisation » après coup (jusqu'à la circulaire Fontanet-Marcellin de 1972).

En 1981 les conditions sont simples : être entré avant le 1er janvier 1981 et être en possession d'un contrat de travail ; au total c'est 132 000 étrangers qui seront régularisés.

Mais les ministres successifs feront des régularisations par circulaires : 1989 (conjoints algériens de français), 1991 (demandeurs d'asile déboutés), 1996 (parents d'enfants nés en France)... le gouvernement Jospin en cinq ans a régularisé en tout 150.000 personnes; à la même époque, sans polémique, l'Italie en régularise entre 250.000 et 300.000.

¹ v. Haut Conseil à l'intégration Rapport 1997.

La régularisation permet de sortir de la clandestinité des personnes souvent installées depuis longtemps en France, qui y travaillent, y tissent des liens et deviennent au fil du temps « inéloignables ».

L'ordonnance de 1945 a fini par prévoir la délivrance d'un titre de séjour à celui qui arrive à prouver qu'il est en France, même de façon irrégulière, depuis 10 ans (ou 15 ans si dans cette période il a séjourné comme étudiant) ce qui est au fond une forme de régularisation automatique.

La régularisation est parfois présentée comme une mesure de générosité (pour ne pas dire de charité) mais, en fait, elle présente bien des avantages pour la communauté nationale : celui qui est « sans-papiers » ne peut que travailler au noir ou générer des trafics. Régularisé il devient un travailleur normal qui cotise et paie des impôts. Mais on ne le dit pas, par peur de « créer un appel d'air ».

2 - La protection de la vie familiale

Jusqu'en 1991 le juge administratif estimait « inopérants » les moyens tirés de la vie personnelle ou familiale de l'étranger qui devait être expulsé ou reconduit¹.

C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui en développant sa jurisprudence sur l'article 8 de la C.E.D.H. finira par imposer au Conseil d'Etat un changement de sa jurisprudence (après qu'il ait dû renoncer à sa théorie de la loi-écran dans son célèbre arrêt Nicolo du 20 octobre 1989).

Dans une affaire Djeroud la Commission de Strasbourg admit la recevabilité d'une requête sans que l'intéressé ait saisi la juridiction administrative française au motif que ce recours n'était pas susceptible de donner satisfaction au requérant en l'absence de jurisprudence en France.

La Belgique fut condamnée à Strasbourg le 18 février 1991, pour l'expulsion de M. Moustaquim vers le Maroc où il n'avait plus de famille ; la France préféra alors transiger dans l'affaire Djeroud. La Cour européenne développa l'idée de nationalité « théorique », position qui revenait pratiquement à interdire l'expulsion des immigrés de deuxième génération même s'ils avaient été gravement condamnés.

Le Conseil d'Etat dut admettre le principe du contrôle de proportionnalité², il en fit une application positive dans l'affaire Belgacem (Arrêt d'Assemblée du 19 avril 1991) où cet algérien né en France et qui y avait toujours vécu avait été condamné à six ans de réclusion pour divers

¹ Jurisprudence Abdeslem C.E. 25 juillet 1980 *Rec. T.* 820

² Dans un arrêt C.E. 18 janvier 1991 Beldjoudi où il rejette eu égard à la gravité des actes commis (réclusion de 8 ans pour vol avec violence).

vols dont un à main armée, mais qui, depuis sa sortie de prison, donnait tous les signes d'une réinsertion réussie et subvenait aux besoins de sa famille. Le Conseil d'Etat annula la mesure d'expulsion qui aurait brisé cette vie familiale.

Depuis dix ans le Conseil d'Etat est donc amené à mettre en balance l'intérêt général que représente la mesure de police avec la gravité de l'atteinte à la vie familiale, contrôle qu'il exerce avec une certaine sévérité notamment en matière de reconduite à la frontière : le 19 avril 1991 il rejette le recours de Mme Babas estimant que l'atteinte à sa vie familiale n'est pas disproportionnée (reconduite à la frontière alors qu'elle attend un enfant de son concubin, marocain en situation régulière en France).

Curieusement lorsque l'étranger invoque sa situation personnelle (par exemple en cas de traitement médical lourd en France) le juge n'annule la mesure de police que si elle présente « une conséquence d'une exceptionnelle gravité pour sa situation personnelle »¹ ce qui est contestable du point de vue de l'article 8 de la C.E.D.H. qui protège de la même façon « la vie privée et familiale ».

Le Conseil d'Etat s'est toujours montré sévère si les actes commis étaient graves et dans ce cas là il n'estimera pas disproportionnée l'atteinte à la vie familiale, même bien réelle – C.E. Sect. 10 avril 1992 Minin. (Italien récidiviste condamné à dix ans de réclusion).

La Haute assemblée a fini par être rejointe par la Cour européenne qui a connu une évolution sensible dès 1997 (arrêt. 21 octobre 1997 Boujlifa / c. France), Marocain arrivé en France à 5 ans, 3 de ses 8 frères sont français; condamné à 6 ans pour vol à main armée, mesure jugée non disproportionnée. Depuis 1998 la nouvelle Cour permanente ne prend plus en compte une vie familiale qui s'est constituée alors que l'intéressé fait l'objet d'une mesure d'éloignement et connaissait donc la précarité de sa situation.

La Cour de Strasbourg n'empêche plus les Etats d'expulser les étrangers ayant commis des faits très graves même s'il y a atteinte à la vie familiale et notamment en cas de graves trafics de drogue « source de désagrégation des sociétés européennes »²; ou encore de violences sexuelles attentatoires à la dignité des personnes³.

¹ C.E. Ass. 29 juin 1990 Préfet du Rhône c/O. Quintero.

² Arrêt D c/Royaume uni 2 mai 1997 ;

³ Arrêt Boughanemi 24 avril 1996

3 - L'expression d'appartenances religieuses à l'école

Lorsque les premières jeunes filles voilées sont apparues en 1989 elles ont souvent été ressenties comme de véritables attaques dirigées contre l'école publique et la laïcité. Ces jeunes filles maghrébines ou Turques qui au nom de leurs convictions religieuses, décidaient d'arborer un foulard comme signe de leur identité musulmane posaient ainsi, de façon spectaculaire, un conflit d'appartenance. Alors que leurs mères ou leurs grands-mères ne portaient plus le voile ou l'avaient abandonné en arrivant en France pour mieux se fondre dans la société française ces filles ou petites filles d'immigrés entendaient ainsi affirmer leur identité.

Les premiers cas signalés dans les médias amenèrent le ministre L. Jospin à interroger le Conseil d'Etat qui rendit son avis le 27 novembre 1989, avis repris dans sa circulaire du 12 décembre 1989.

Cet avis nuancé a déçu beaucoup d'enseignants et de chefs d'établissements qui auraient voulu s'appuyer sur une claire interdiction de ce qui leur apparaissait comme des manifestations ostentatoires.

Le Conseil d'Etat ne pouvait que rappeler que la liberté d'expression des opinions – même religieuses – des élèves dans les établissements scolaires découle tant de nos textes¹ que de nos engagements internationaux². Pour autant cette liberté d'affirmer et de manifester leurs croyances connaît des limites qui tiennent au respect du pluralisme et de la liberté d'autrui et il ne saurait être porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité.

La circulaire mettait donc l'accent sur la conciliation, sur la nécessité du dialogue. Les premiers recours contentieux débouchaient sur l'annulation des mesures d'exclusion des jeunes filles voilées et même des règlements intérieurs des établissements lorsqu'ils posaient le principe d'une interdiction générale du port d'un signe religieux par les élèves (C.E. 2 novembre 1992 Kherouaa).

La circulaire Bayrou tentait de faire admettre que certains signes religieux puissent, par nature, être considérés comme ostentatoires et que seuls les signes discrets seraient admis.

Le Conseil d'Etat devait annuler plusieurs cas d'exclusion en n'admettant pas que certains signes puissent en eux-mêmes être considérés comme ostentatoires ou prosélytes (C.E. 10 juillet 1995 Association « Un Syphise » AJDA 1995 p. 664)

¹ Loi d'orientation du 10 juillet 1989 art. 10; art. 1^o de la Constitution de 1958 : art. 10 D.D.H.

² Convention contre la discrimination raciale de 1965 ; Convention des droits de l'enfant de 1989.

Au total la liberté de porter des signes religieux dans les établissements scolaires est très encadrée pour les élèves :

- Interdiction du prosélytisme : les actes de pression, propagande, provocation sont interdits comme toute manifestation susceptible de troubler le fonctionnement normal du service (C.E. 27 novembre 1996 Ligue islamique du Nord Rec. 461).

- Interdiction de perturber les activités d'enseignement notamment le foulard peut être jugé incompatible avec les cours de technologie ou d'éducation physique (C.E. 10 mars 1995 Epoux Aoukili : manifestation du père devant le collège).

- Interdiction de porter atteinte au contenu des programmes ou à l'obligation d'assiduité, les absences répétées peuvent conduire à l'exclusion (C.E. 27 novembre 1996 Wissadane) ; si des absences ponctuelles peuvent être admises pour des fêtes religieuses l'absence systématique le samedi matin n'est pas admissibles (C.E. 14 avril 1995 Koen; Consistoire Israélite).

En absence de loi en France, il est donc revenu au Conseil d'Etat de bâtir la conciliation entre deux principes constitutionnels : la laïcité d'une part et la liberté d'expression de convictions religieuses d'autre part. Il l'a fait en recourant à une conception ouverte de la laïcité de façon à privilégier les acteurs de terrain jugés plus capables de qualifier l'attitude des élèves dans le contexte de l'établissement et de son environnement.

En somme, le Conseil d'Etat n'en fait pas une affaire de principe mais une affaire d'espèce, à régler au cas par cas, alors que le législateur ou le juge – plus lointains – seraient amenés à trancher au niveau des grands principes.

C'est peut être la chance donnée au dialogue, au compromis face à des adolescents en mal d'identité.

Il est pourtant des cas où la rupture avec l'école est consommée et où l'exclusion de l'école précède « le repli identitaire ».

II - LES REPLIS IDENTITAIRES

L'existence historique du modèle d'intégration, conforté sur certains points par l'évolution du droit des étrangers ne sauraient faire illusion : tout ne va pas pour le mieux. Le « modèle » semble aujourd'hui en crise et il va de pair avec la persistance des discriminations.

A – La crise du modèle

On assiste à la montée en puissance des groupes, des communautés ; les identités sont affirmées avec ostentation, comme des signes de ralliement.¹

A l'époque où elle constituait encore une entité réelle la classe ouvrière, avec sa représentation syndicale et politique a joué un rôle essentiel pour intégrer les travailleurs immigrés.

Certaines des institutions qui concouraient au « creuset » français ont disparu : le service national qui pouvait contribuer au brassage des populations pour ceux qui l'effectuaient a disparu, mais aussi les syndicats, partis, associations qui pouvaient regrouper des personnes d'origines diverses pour défendre une cause.

Les séquelles des guerres coloniales, et surtout l'Algérie, ont ressurgi après la guerre du golfe puis les attentats du 11 septembre 2001.

La laïcité semble impuissante face à la montée en puissance de discours prosélytes que relaie l'émergence de signes d'appartenance religieuse ostentatoire. Chez les jeunes de banlieues défavorisées : faute de se sentir vraiment français on s'affirme « musulman » – même sans pratique religieuse – face aux « gaulois » au besoin qualifiés de « chrétiens » sur leur mine !

Dans ces banlieues, on a assisté à la progression d'un islam radical, islam souvent différent de celui que pratiquaient les parents. Parfois même la parole de nouveaux imams relayés par les grands frères a pu contribuer à faire éclater la famille algérienne patriarcale en remettant en cause l'autorité du père. Il s'ensuit aussi une plus forte pression sur les sœurs qui ne doivent plus sortir tête nue.

Dans les cas les plus aigus, le port du voile va de pair avec la contestation de certains cours et surtout l'éducation physique, avec la multiplication de certificats médicaux de dispense (notamment de la natation). L'aboutissement est la remise en cause de la mixité (et de l'égalité des sexes qui la sous-tend) et de l'assiduité. La rupture avec l'école est alors évidente tant ses valeurs sont en contradiction avec la nouvelle identité affichée. L'exclusion, d'abord temporaire, va s'accompagner de manifestations devant le collège avec la participation de membres de la famille. L'exclusion définitive signifie l'enfermement dans le milieu

¹ Les jeunes qui sifflent la marseillaise au Stade de France semblent se réclamer de leur algérianité alors même qu'aucun d'eux ne souhaite retourner vivre « au bled » où ils seraient d'ailleurs ressentis comme français.

familial, l'inscription au C.N.E.D. ne compensant pas l'absence de contact avec les autres jeunes : c'est alors le « repli identitaire ».

Il faut bien voir qu'en l'état de la jurisprudence actuelle rien n'est réglé : ou les enseignants acceptent de fermer les yeux sur les certificats de complaisance et admettent quelques foulards discrets ou ils s'y refusent.

Dans l'affaire Aït Ahmad du 20 octobre 1999, le Conseil d'Etat a bien posé que ce n'était pas à l'administration d'apporter la preuve au cas par cas de la compatibilité de la tenue avec ces enseignements. Il suffit alors que les enseignants exigent une tenue compatible avec les cours de technologie et d'éducation physique : le refus d'enlever le foulard sera une faute pouvant entraîner l'exclusion.

Il est des cas où tout dialogue, toute tentative de conciliation est vouée à l'échec : on peut citer celui d'une Saoudienne entièrement voilée et gantée de noir, qui avait obtenu du proviseur d'être interrogée, comme candidate libre, par une examinatrice. Pour les épreuves écrites elle se présenta accompagnée de son époux qui entendait rester à côté d'elle pendant l'épreuve et elle fut refoulée¹.

Lorsque la « machine à intégrer » – et notamment l'école – échoue et que l'on voit se constituer des ghettos, le repli communautaire va de pair avec une dégradation très nette de la situation faite aux filles.

Les jeunes maghrébines vivent parfois les « conflits d'appartenance » de façon exacerbée : elles appartiennent à la société française et veulent le plus souvent s'habiller et se comporter comme les autres filles du collège. Mais dans la cité le « grand frère » (qui est le « père de la rue » : celui qui doit protéger les plus jeunes de la famille en l'absence du père) veille à la réputation qui est essentielle (pas de maquillage, pas de mini-jupe). Lorsque le grand frère en rupture d'école et au chômage se découvre islamiste, la relation peut devenir violente. Au premier soupçon de fréquentation la jeune fille peut être mariée de force, au besoin en étant renvoyée dans le pays d'origine.

Dans certaines banlieues les relations entre garçons et filles tournent au rapport de force, si la réputation de la jeune fille est entachée ou si son allure est jugée provocante elle subira des insultes ou parfois une « tournante », c'est à dire un viol collectif. Le machisme peut alors se donner bonne conscience : c'est au nom de la tradition que l'on « punit la fille facile ».

Ce phénomène illustré par des fait-divers récents² semble s'être aggravé depuis dix ans : le « communautarisme » se traduit par le repli sur

¹ *Le Monde*, 29 octobre 2002.

² *Le Monde*, 25 octobre 2002.

des valeurs archaïques, sur la loi du plus fort, dont les filles son les premières vistimes/.

Une étude effectuée sur la communauté juive de France récemment publiée¹ montre également une affirmation identitaire croissante : 51% des intéressés se déclarent religieux « traditionalistes », 26% des élèves en âge scolaire fréquentent l'école juive (29000 élèves contre 15000 en 1988), 30% fréquentent essentiellement la communauté juive 86% se sentent proches ou très proches d'Israël. Cette affirmation identitaire va de pair avec le renforcement des Sépharades (originaires du bassin méditerranéen) qui sont 70% alors que les Ashkénazes (de l'Est européen) autrefois majoritaires ne sont plus que 24% (12% chez les jeunes).

Pour le sociologue Erik Cohen qui a mené cette enquête le renforcement de l'affirmation identitaire ne doit pas être interprété comme un « repli sur soi » car les mariages avec des non-juifs sont passés de 30% en 1988 à 40% en 2002 (chez les moins de 30 ans), d'autre part cette communauté met l'accent sur des valeurs universelles (honorer les parents, fonder une famille, aider les autres...)

L'enquête montrerait donc une communauté avec une forte identité qui est « complètement en osmose avec la société dans laquelle elle vit » même si elle est inquiète des attentats et de la situation en Israël.

Elie Barnavi (ex ambassadeur d'Israël en France) dans sa « Lettre ouverte aux juifs de France » se dit inquiet de cette dérive intégriste en évoquant ce pôle de plus en plus dur qui se retrouve dans le Betar (mouvement extrémiste lié au Likoud d'Ariel Sharon); dans certaines communautés de banlieues les femmes vivent cachées derrière un rideau et les hommes portent la Kipa. Il constate que les juifs se sont sentis abandonnés après les centaines d'agressions antisémites auxquelles les pouvoirs publics n'ont répondu que par le silence et remarque que « *la culture jacobine de la France ne la prédispose pas à faire face au "communautarisme"* ».

On peut remarquer que beaucoup de jeunes juifs ont dénoncé comme « antisémites » les critiques qui pouvaient être faites contre la politique d'Israël menée par Scharon le Premier ministre. Amalgame révélateur de l'exacerbation commu-nautaire².

Parfois le repli identitaire va beaucoup plus loin.

¹ Communauté estimée entre 500.000 et 600.000 personnes ; sondage sur 1132 chefs de famille dans 30 départements, *Le Monde*, 20 novembre 2002.

² Voir aussi le procès fait par la LICRA à Daniel Mermet de France Inter.

La « recherche d'identité » peut déboucher sur l'adhésion à un petit groupe (sorte de substitut de famille) pour « aimer / haïr ensemble » tout ce qui est à l'extérieur du groupe. On retrouve des points communs dans les clans, les bandes, les sectes ou les partis extrémistes : une prise en charge totale de l'individu intégré, une indifférence aux autres qui parfois se transforme en haine des autres.

- Les bandes dans les cités développent une notion de territoire sur lequel l'entrée d'un tiers est ressentie comme une agression (qui parfois déclenche des opérations punitives qui s'apparentent aux guerres tribales).

- Les sectes imposent aux adeptes la coupure avec toutes les appartenances précédentes (famille, amis) pour qu'ils consacrent tout leur temps et tous leurs biens au groupe et à son gourou. Le « New Age » ressemble au moyen âge.

- Les partis populistes développent xénophobie, antisémitisme, négationnisme, le racisme banalisé par le leader amène le passage à l'acte des plus frustes (Klu Klu Klan, Rwanda, Skinheads) et peut les mener au « nettoyage ethnique ».

- Les intégristes ne supportent ni la société laïque ni les religions des autres (qualifiés de « mécréants ») ni même une interprétation différente de leur livre sacré. Au nom de leur vérité révélée ils veulent convertir ou combattre les impies, l'aboutissement c'est la guerre sainte.

Ces diverses communautés donnent une identité à leurs adeptes : des individus jusque là sans repères vont avoir une cause à servir, des signes distinctifs (drapeau, symboles, uniformes, tags, tatouages...) Les plus exaltés iront jusqu'au bout de la logique amis / ennemis,¹ en recourant à l'entraînement militaire et aux attentats.

Mais pour l'immense majorité le repli communautaire conduit sinon au rejet du groupe, du moins à l'indifférence par rapport à tous ceux qui sont hors du groupe, inassimilables ou non convertissables. C'est le rejet des valeurs communes de la Nation.

B - Le droit des étrangers favorise la mise à l'écart

Souvent le droit des étrangers n'évite pas le repli identitaire, il arrive même qu'il le favorise :

¹ Comme dit Carl Schmitt, le nazi philosophe : l'essence du politique c'est de tuer l'ennemi .

1 - Le droit permet le « bannissement »

On a déjà vu qu'en ne régularisant pas des étrangers non éloignables on a en fait abouti à des situations absurdes (« *ni ni* »).

▪ En refusant la nationalité française: les derniers chiffres publiés par le Haut Conseil à l'intégration montrent une baisse des naturalisations de 16%, une baisse de l'acquisition par le mariage de 12% (127.748 naturalisations en 2001).

La naturalisation reste un parcours d'obstacles. Si certains peuvent l'obtenir très vite (notamment pour compléter les équipes de football) d'autres peineront ou ne l'obtiendront pas. C'est en effet une faveur et l'administration dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation. L'intéressé pourra être écarté pour défaut d'assimilation (de même pour l'acquisition de la nationalité par mariage : article 21-4 Code Civil : indignité ou défaut d'assimilation¹ ou parce qu'il n'est pas considéré par l'administration comme étant de « bonne vie et mœurs » (par exemple avoir été témoin dans un mariage blanc).

Dans tous les cas il doit justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française (Code Civil, art. 21-24).

▪ La dénaturalisation : dans les dix ans de la naturalisation un décret en Conseil d'Etat peut prononcer la déchéance de la nationalité française ce qui constitue bien une différence essentielle par rapport au français d'origine (en dépit de ce que jugea la Conseil Constitutionnel à propos de la loi du 22 juillet 1996). Cela non seulement pour crimes graves ou actes de terrorisme mais aussi pour de nombreux délits² comme détournement de biens ou violation du secret des correspondances.

▪ Enfin la « double peine » qui vient de faire l'objet d'un débat public mais n'a pas encore trouvé de solution (rejet le 28 novembre 2002 d'une proposition de loi de J.M. Ayrault et Ch. Caresche).

En droit, bien sûr, il ne saurait y avoir de « double peine » en vertu de l'adage « *Non bis in idem* » (art. 14 al. 7 du P.I.D.C.P.) mais la sanction d'emprisonnement peut se doubler d'une mesure d'expulsion (mesure de police qui est préventive) ainsi que d'une peine complémentaire d'interdiction du territoire.

¹ Conseil d'Etat 29 juillet 2002 Bouaffad : *AJDA* 22 octobre 2002 conjoint lié à des organisations islamistes.

² Chap. 2 du titre 3 du livre 4 du Code Pénal.

A l'origine c'est la loi Chalandon du 31 décembre 1970 qui avait prévu cette mesure à l'encontre des trafiquants de drogue (projet durci par des amendements parlementaires prévoyant l'interdiction définitive du territoire). Les modifications successives du droit pénal et de l'ordonnance de 1945 ont étendu cette possibilité à plus de 200 délits dont le vol (C. P. art. 311-15), le recel (C.P. art. 321-11) et aussi les délits d'entrée et de séjour irrégulier.

La loi du 29 octobre 1981 avait tenté d'endiguer cette dérive en créant la catégorie des « *étrangers protégés* » mais la loi Pasqua de 1993 ouvrait à nouveau la possibilité d'interdire du territoire les étrangers ayant des liens familiaux forts, s'ils sont condamnés à cinq ans fermes d'emprisonnement. La loi Chevènement du 11 mai 1998 se contente de demander une motivation spéciale de la mesure dans les six cas énumérés à l'article 131-30 du Code Pénal (pour la Cour d'Assise, la délibération du jury vaut motivation spéciale : Crim. 9 octobre 1996). Une circulaire du Garde des Sceaux du 17 novembre 1999 attire l'attention sur la gravité de la mesure d'interdiction du territoire et la nécessité d'harmoniser les pratiques.

A force de retouches successives l'article 25 de l'Ordonnance de 1945 est devenu illisible. En 2000 la « *double peine* » a touché 6.405 personnes (dont 2.638 mesures exécutées – 2.212 interdictions du territoire, temporaire ou définitif et 426 arrêtés d'expulsion).

Les « *bannis* » sont des hommes d'âge mûr, originaires du Maghreb à 75%, 68% sont mariés ou vivent en concubinage, 62% ont des enfants selon une enquête du C.N.R.S.

Selon le collectif contre la double peine, 6 sur 10 vivaient en France depuis plus de 10 ans, 31% y étaient arrivés avant 6 ans, 48% avaient des enfants français. Les Algériens sont en tête avec 36% des « *doubles peines* » alors qu'ils représentent 18,7% des titres de séjour (au contraire, les ressortissants européens représentent 3% des « *bannis* » mais 36% des titres de séjour).

Sur ce sujet délicat le ministre Sarkozy a beaucoup hésité à propos du cas Bouchlaleg et semble avoir évolué après avoir vu le film de B. Tavernier « *Vies brisées* ».

Lorsqu'il s'agit de personnes définitivement installées en France, qui ont un titre de résident sont conjoints ou parents de français, n'ont plus de famille dans le pays d'origine, il ne semble pas excessif de parler de « *bannissement* » : ce sont bien des « *quasi-français* » qui n'ont plus avec le pays d'origine qu'un lien de nationalité devenu théorique selon la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans cet exemple la peine complémentaire d'interdiction du territoire (surtout définitive) peut être considérée comme une véritable

rupture d'égalité. Si l'on imagine deux jeunes ayant grandi ensemble dans la même cité et commettant ensemble le même vol aggravé, ils seront condamnés ensemble à la même peine ; à la sortie de la prison le Français aura payé sa dette à la société, l'étranger sera expulsé vers un pays qu'il ne connaît pas, dans lequel il n'a aucun lien.

Dans ce cas, ou aboutit à sanctionner beaucoup plus durement non pas en fonction de la gravité des faits commis ou de la personnalité ou du passé du coupable, mais en fonction des origines ce qui peut apparaître discriminatoire par rapport à nos conceptions républicaines. Il y a aussi rupture d'égalité dans le fait que le Juge de l'application des peines ne peut accorder d'autorisation de sorties, ni de libération conditionnelle.

Compte tenu de la gravité et de l'ancienneté de cette question, et de l'absence d'initiative pendant la législature précédente il n'est pas sûr que les déclarations du ministre de l'intérieur suffisent à faire admettre à sa majorité la nécessité de régler cette question¹.

Si l'on supprimait la peine d'interdiction du territoire pour les étrangers visés ci-dessus, il resterait la possibilité pour le ministère de recourir à l'expulsion (et notamment en urgence absolue). Signalons que la proposition du député E. Pinte (U.M.P.) suggère que l'avis de la commission d'expulsion redevienne un avis conforme (comme avant les lois Pasqua) ; elle prévoit aussi l'assignation à résidence tant que les recours administratifs et judiciaires n'ont pas été examinés et le droit au retour pour ceux qui ont déjà subi cette mesure.

La revendication d'égalité devant la loi pénale ne se limite d'ailleurs pas à la question de la « double peine ». La loi pénale ne répond pas toujours aux exigences du principe de légalité en matière de droit des étrangers : son imprécision laisse au juge une large marge d'appréciation.

Il en va ainsi pour le *délit d'aide au séjour* d'un étranger en situation irrégulière (art. 25 Ord. 2 novembre 1945) : ce texte ne mentionnant pas la motivation de l'aide peut viser aussi bien les trafiquants de main d'œuvre étrangère que des bénévoles d'associations caritatives ou des parents. Si dans la rue vous donnez un euro à quelqu'un qui porte une pancarte indiquant qu'il est « Roumain-sans-papiers » vous encourez cinq ans de prison.

¹ Malgré les engagements répétés du ministre Sarkozy on ne peut que constater à l'heure actuelle que les juridictions pénales refusent généralement de relever des peines d'I.D.T. ; on ne révèle pas non plus de changement au niveau des préfetures et du ministère de l'intérieur (qui n'accorde pas d'assignation à résidence le plus souvent). Au sein de la majorité U.M.P. Th. Mariani souhaite rendre automatique l'expulsion en cas de crime ou de trafic de drogue. Bref, l'annonce de la création d'un groupe de travail peut être une façon d'enterrer le problème si l'on fait un parallèle avec la proposition d'Y. Jégo (U.M.P.) sur le vote des étrangers aux municipales.

Certes il faut faire confiance au juge pénal (comme le dit le Conseil constitutionnel dans sa décision 16 juillet 1996) pour appliquer avec discernement les lois dangereuses :

- Le T.G.I. de Toulouse refusa de condamner la concubine française d'un algérien qui par amour avait refusé de livrer le passeport qui permettait d'éloigner son compagnon (30 octobre 1995).

- Mais à l'inverse la Cour de Grenoble (8 mars 1995) condamna deux tunisiens qui continuèrent d'héberger leur jeune frère à l'expiration de son visa de tourisme.

On doit tout refuser aux « sans-papiers » : tout bien, tout service, tout renseignement, toute aumône et même l'aide médicale non urgente. Ils deviennent des parias, des sortes « d'intouchables » dans la société française, ils ne peuvent même pas s'entraider entre eux (le T.G.I. de Saint-Etienne condamna un Algérien qui avait facilité l'entrée irrégulière de son épouse et de ses trois enfants, dont deux français, le 8 janvier 1996 tout en le dispensant de peine).

A ce stade la dignité de la personne est en cause. Le devoir de délation aurait pu s'aggraver avec la réforme des « certificats d'hébergement » par J.L. Debré si la protestation de 59 réalisateurs de cinéma (appelant à « désobéir aux lois injustes ») n'avait amené M. Juppé à retirer cette disposition de la loi du 24 avril 1997¹.

Signalons que les cas d'esclavage domestique où l'intéressée arrive à échapper à ceux qui l'exploitent débouchent généralement sur la reconduite à la frontière de la petite esclave puisqu'elle est normalement en situation irrégulière.

2- Le droit multiplie les procédures au profit de l'administration et des juges

Souvent les mêmes mesures peuvent être prises aussi bien par l'administration que par les juges comme on vient de le voir pour la double peine, mesures selon le cas, alternatives ou cumulatives.

Les étrangers pour leur vie en France relèvent d'abord de la préfecture (qui délivre les visas, autorisations provisoires, titres de séjour et l'autorisation d'exercer un emploi de même que la naturalisation et l'accès à la nationalité par mariage...) et aussi des juges, aussi bien judiciaires qu'administratifs.

¹ Sur l'article 25 de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 v. M. Reydellet : Les délits d'aide à l'étranger en situation irrégulière. *D.* 1998 Chron. pp. 148-156.

L'administration a la possibilité de priver de liberté (ce qui n'existe pour un Français qu'en cas de trouble mental grave) en plaçant l'étranger en zone d'attente (refoulement à la frontière) ou en rétention administrative (prélude à une mesure d'éloignement)

Dans la zone d'attente le juge n'intervient qu'au bout de 4 jours, par contre la prolongation de la rétention au-delà de 48 heures relève du juge des libertés et de la détention (loi du 15 juin 2000). Le juge ne semble avoir le choix qu'entre la prolongation et l'assignation à résidence (art. 35 bis. Ord. 45) et le ministre aurait voulu instrumentaliser les juges en considérant qu'ils intervenaient dans une procédure administrative. Il a fallu les efforts de certains juges qui s'appuyèrent sur l'article 66 de la Constitution (« *gardien de la liberté individuelle* ») pour que la Cour de Cassation confirme dans son arrêt *Bechta* de 1995 que les juges pouvaient remettre les intéressés en liberté, compte tenu de graves irrégularités dans les conditions d'interpellation ou de conditions de rétention particulièrement déplorable.

On compte onze types de mesures qui peuvent être prises par les autorités administratives à l'égard des étrangers :

1. Le visa relève des Consulats de France à l'étranger.

Les décisions de refus sont très rarement motivées (depuis la loi Chevènement). Ils peuvent faire obstacle à l'entrée en France. Seul le visa de long séjour peut déboucher sur un titre de séjour (sinon il n'est valable que 3 mois).

2. Le refoulement par décision écrite motivée du chef de poste de la police de l'Air et des frontières (D.I.S.S.I.L.E.C.), réacheminement par l'entreprise de transport.

3. Le placement en zone d'attente est décidé pour 48 heures comme le refoulement (48h renouvelable); le juge n'intervient que pour la prolongation au delà de quatre jours, pour 8 jours renouvelables une fois (20 jours maximum).

4. La délivrance d'un titre de séjour

- autorisation provisoire (demandeur d'asile)
- titre de séjour (provisoire d'un an)
- titre de résident (10 ans, renouvelable).

5. L'autorisation de travail (mention sur le titre) Avis de la D.D.T. sur la situation de l'emploi. Interdiction de certaines professions. Interdiction aux demandeurs d'asile.

6. L'assignation à la résidence faute de pouvoir éloigner vers un pays (absence de titre ou risques encourus) ou à défaut de prolongation de la rétention par le juge judiciaire.

7. La reconduite à la frontière

- Normale (recours au juge administratif dans les 48 heures ou 7 jours si notification par voie postale)

- Automatique : conséquence d'une I.D.T., à l'issue de l'emprisonnement.

- Automatique, type Schengen (inscription au système d'information Schengen).

8. La rétention administrative

- (12 jours maximum) décidée par le préfet ; prolongée par le juge des libertés après 48h pour 5 jours, prorogée de 5 jours en cas d'urgence absolue et de menace particulièrement grave pour l'ordre public ou impossibilité de procéder à l'éloignement.

9. L'expulsion : 4 variétés:

• Normale (par le préfet) après avis de la Commission de trois magistrats (sauf étrangers « protégés » art. 25 de l'Ordonnance).

• En urgence absolue : (par le ministre de l'intérieur) sans passage par la Commission (art. 24), (par exemple imminence de la sortie de prison).

• Nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique : même pour les étrangers protégés (sauf mineurs de 18 ans).

• Urgence absolue et nécessité impérieuse = Ni Commission (art. 24), ni protections de l'art. 25.

10. L'extradition mesure d'entraide judiciaire internationale; après la phase judiciaire : (avis conforme de la Chambre d'accusation) relève d'un décret.

11. La Naturalisation par Décret en Conseil d'Etat (et éventuelle déchéance).

La même procédure passe parfois du juge judiciaire à l'administration. Ainsi en 1981, c'est le juge judiciaire qui statuait sur les étrangers en situation irrégulière ; en 1986, cela devient une attribution du Préfet. :

Signalons qu'une « Rétention judiciaire » fut créée en 1993 pour faire pression sur ceux qui cachaient leurs papiers; n'ayant pas produit de résultat elle fut supprimée en 1997.

- En 1981 c'est le juge judiciaire qui statuait sur les étrangers en situation irrégulière; cela aboutit à l'encombrement des tribunaux et des prisons.

- En 1986 la « reconduite à la frontière » est désormais une attribution du Préfet

- Peut être qu'en 2003 la loi va supprimer l'I.D.T. pour les étrangers protégés au profit de l'expulsion.

On peut ici trouver curieux cette préférence pour l'administration plutôt que pour les juges (en matière de liberté, dans un Etat de droit, c'est en principe l'inverse). Cela vient de ce que la peine complémentaire a été prononcée lors de la condamnation initiale et qu'il est difficile d'en obtenir la révision, alors que l'expulsion a pu être diligentée à l'approche de la libération et peut prendre en compte le risque réel au moment où elle est prise ; elle peut être rapportée plus facilement¹. L'interdiction définitive du territoire pourrait être remplacée par l'expulsion pour les étrangers protégés.

- L'imbrication des deux juges n'est pas une situation simple pour les intéressés comme pour les autorités. Elle peut avoir des conséquences négatives pour les libertés : l'étranger en situation irrégulière est sous le coup d'une poursuite pénale mais si on ne lui reproche rien d'autre (délinquance ordinaire, faux papiers...) elle est « suspendue » et c'est la préfecture qui agit en prenant un arrêté de reconduite.

- Le juge judiciaire est compétent pour les conditions d'interpellation, autoriser les prolongations de détention, éventuellement, assigner à résidence ou remettre en liberté.

- Le juge administratif est compétent sur le fond pour annuler la mesure de reconduite ou, sur le choix du pays de destination.

Avant 2001 le juge administratif ne pouvait agir en urgence dans les cas d'atteinte grave aux libertés : lorsque dans les ports français un capitaine déclarait avoir trouvé des passagers clandestins les autorités de police demandaient qu'ils soient consignés à bord (alors que la loi ne prévoit que le placement en zone d'attente en cas de refoulement). Des juges judiciaires ordonnèrent en référé la libération de ces clandestins mais le ministère de l'intérieur saisit le Tribunal des conflits qui se partagea par moitié. Le 12 mai 1997 on vit donc le Garde des Sceaux J. Toubon venir présider la séance pour faire pencher la balance du côté de la compétence administrative (il y avait simple illégalité et non voie de fait !). Le lendemain le Conseiller-rapporteur P. Sargos démissionna du Tribunal des conflits T.C. en dénonçant cette « justice-retenue ». Cette affaire amena le Vice-président du Conseil d'Etat à mettre en place un groupe de travail le 31 octobre 1997 qui est à

¹ Signalons cependant que le ministre de l'Intérieur peut assigner à résidence ceux qui sont sous le coup d'une I.D.T.

l'origine de la loi du 30 juin 2000 qui crée notamment un référé-liberté au profit du juge administratif.

Où l'on constate à nouveau que le droit des étrangers est parfois plus intéressant pour le droit et pour les Français que pour les étrangers eux mêmes.

3 - Le droit ne favorise pas l'intégration en ne luttant pas efficacement contre les discriminations

L'article 225 du Code Pénal punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la discrimination, c'est à dire « toute distinction » opérée entre les individus notamment « en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

Mais le contraste est saisissant entre la gravité des peines prévues et la rareté des condamnations prononcées (une centaine chaque année, ce chiffre varie peu depuis cinq ans).

Les victimes, souvent issues de l'immigration ou des départements et territoires d'outre mer, vivent la discrimination au quotidien mais se heurtent au problème de la preuve, qu'il s'agisse de refus d'un bien ou d'un service. Les refus d'entrée dans les discothèques même constatés par huissier (méthode dite du « *testing* ») ont rarement débouché sur des condamnations. Pour les refus de logement ou d'emploi, c'est pratiquement la preuve impossible.

On constate alors que notre refus républicain de prendre en compte les origines ne facilite pas la lutte contre les discriminations. La persistance de cet état de chose finit par remettre en cause un « modèle d'intégration » qui devient théorique.

En mars 1999 le Rapport Belorgey remis à Mme Aubry ministre des affaires sociales et de la solidarité parlait de ce constat de la persistance de pratiques discriminatoires non sanctionnées pour préconiser des « stratégies institutionnelles et normatives » et notamment la création d'une autorité administrative indépendante de médiation sur le modèle de la « Commission pour l'égalité raciale » créée il y a 20 ans quand le Royaume Uni était confronté à de fortes tensions raciales. Le rapport fut enterré (non publié à la Documentation Française) et la Haute autorité ne fut pas créée.

Le 10 décembre 2002 le député P. Lellouche a fait adopter à l'Assemblée Nationale une proposition de loi tendant à aggraver les peines punissant un certain nombre de crimes ou délits (meurtre, tortures, violences, destructions, dégradation de bien) lorsque la motivation de leur auteur est

raciste. Ce texte est important mais ne semble pas assuré d'avoir plus d'efficacité que les textes existants (loi du 1^o juillet 1972 renforcée en 1990).

Parmi de très nombreux cas de discrimination ayant donné lieu à contentieux on peut en retenir deux :

- L'affaire des anciens combattants de l'armée française illustre l'ingratitude complète de la France à l'égard de ceux qui se sont battus pour sa libération. La loi de finances pour 1960 est venue « cristalliser » les pensions en les gelant au tarif en vigueur à la date d'accession à l'indépendance du pays.

En 1996 un ancien combattant invalide à 100% perçoit 4.081F par mois s'il est français, 1.463F s'il est sénégalais, 400F s'il est tunisien ou marocain; la veuve de l'étranger n'a droit à rien.

Cette loi était évidemment inconstitutionnelle par rapport à l'art. 6 de la D.D.H. le critère de nationalité n'étant pas pertinent pour justifier la rupture d'égalité : c'est le service rendu à la France que rémunère la pension d'invaliderité ou de retraite.

743 anciens combattants sénégalais saisirent en 1985 le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui confirma l'atteinte à l'égalité (Communication du 3 avril 1989) mais la France ne donna pas de suite¹.

Sur renvoi des tribunaux administratifs saisis, le Conseil d'Etat rendit un avis le 15 avril 1996 (Mme Doukouré) : contrairement à son Commissaire du gouvernement la Haute assemblée estima que l'article 26 du P.I.D.C.P. sur l'égalité devant la loi ne saurait être invoqué à propos d'un droit à pension qui relève de l'autre pacte des Nations Unies (P.I.D.E.S.C. du 16 décembre 1966).

Finalement saisi par M. Diop le Conseil d'Etat rendit en Assemblée son arrêt le 30 novembre 2001 où il écarte la loi de 1960 comme incompatible avec l'article 14 de la C.E.D.H. (non discrimination) et l'article 1er du 1er Protocole (droit de propriété). Depuis un an le gouvernement français cherche à « limiter les frais » en prétendant que l'alignement de ces pensions sur celles versées en France pourrait « déséquilibrer » les économies locales. Il envisage de fixer les pensions en fonction du coût de la vie dans le pays de résidence. Après 40 ans de discriminations et 20 ans de recours contentieux on attend toujours le respect du principe d'égalité entre les différents anciens combattants de l'armée française.

¹ On estimait alors à un milliard de francs le coût de la revalorisation des pensions d'anciens combattants étrangers.

- Une française revenant de Mayotte est arrêtée par la P.A.F. à Roissy ; elle est placée en zone d'attente puis finalement remise en liberté par le juge judiciaire au bout de cinq jours. Aucune poursuite pénale pour usurpation d'identité n'est diligentée contre elle, mais son passeport lui a été confisqué.

Le Tribunal des conflits estimera le 19 novembre 2001 que ces faits constituent une voie de fait car onze mois après les faits elle n'avait pas pu récupérer son passeport ce qui porte atteinte à sa liberté d'aller et de venir.

Tout s'explique lorsque l'on sait que cette française est née aux Comores et qu'elle s'appelle Moulida Ali Mohamed... ce qui confirme, s'il en était besoin, que l'apparence physique prévaut sur la nationalité¹.

D'où vient que la fameuse « machine à intégrer » française a des ratés, que le « creuset » semble en panne ?

Essentiellement du chômage qui frappe plus durement les étrangers en France. Cela s'explique par le fait qu'ils sont en moyenne moins formés, moins diplômés (du moins jusqu'à présent) qu'ils sont dans les emplois les moins qualifiés, les plus pénibles, les moins rémunérés, avec les statuts les moins protecteurs (C.D.D., S.E.S., emploi partiel, intérim...), dans les secteurs les plus sensibles au ralentissement économique (bâtiment, entretien...). Les étrangers sont souvent les derniers embauchés mais les premiers débauchés. C'est aussi cela la « préférence nationale ». Mais surtout quantité d'emplois continuent d'être fermés aux étrangers (environ un tiers du marché du travail) :

- Dans le secteur privé on compte 50 professions non accessibles aux étrangers extra-communautaires : Notaires, Avocats, Médecins, Dentistes, Sages-femme, Pharmaciens, Vétérinaires, Architectes, Gérants d'entreprises de pompes funèbres, Débitant de tabac, de boissons, Géomètres, Commissaires priseurs, Courtiers d'assurance, Guide interprète de tourisme, Garde chasse...
- Dans le secteur public la « préférence nationale » (et communautaire) est la règle : les étrangers sont exclus de 5,2 millions de postes : Enseignants (sauf les corps de l'enseignement supérieur) Poste, Agents territoriaux et de même pour les entreprises publiques à statut : E.D.F. – G.D.F. ; il en va de même pour Air France, S.N.C.F., R.A.T.P., Sécurité Sociale.

¹ Les juristes retiendront surtout de cet arrêt que la vieille « voie de fait » n'a pas disparu depuis l'introduction du référé – injonction pour le juge administratif.

Au-delà des « emplois touchant aux tâches de souveraineté » dans la fonction publique de l'Etat, ces discriminations sont sans justification comme l'illustre l'ouverture aux étrangers communautaires.

On note cependant des signes d'évolution :

- A la Sécurité Sociale (200 000 emplois), jusqu'en octobre 2001, les emplois étaient réservés aux français et naturalisés depuis cinq ans (!). la Circulaire Guigou prévoit l'ouverture du recrutement aux étrangers.
- La R.A.T.P. (400 000 emplois) est la première entreprise publique à ouvrir aux étrangers ses emplois statutaires : cette mesure a été annoncée le 4 décembre 2002, après modification de son statut et pour « lutter contre les discriminations ». La responsable des ressources humaines a déclaré : « *Nous considérons que le transport est un facteur d'intégration dans la ville. Nous souhaitons que nos agents ressemblent de plus en plus aux personnes qu'ils transportent* »¹.

De plus en plus la pénurie de main d'œuvre dans certains secteurs va nécessiter l'appel à l'immigration : médecins urgentistes, infirmières, informaticiens, professeurs (matières scientifiques)².

Ce n'est donc pas par hasard que le discours des hommes politique évolue sur l'immigration³.

Mais le pire c'est le chômage des jeunes et tout spécialement des jeunes issus de l'immigration (qui le plus souvent sont français) : à diplôme et qualification équivalents ils sont quatre fois plus nombreux à être au chômage que les jeunes français « *d'origine* ».

Ce chiffre vient confirmer la situation dans les cités – ghettos sociaux. L'échec scolaire est aggravé par les discriminations à l'embauche (témoignages de professeurs dans l'enseignement professionnel qui éprouvent des difficultés même pour trouver des stages pour leurs élèves magrebins). Si les discriminations perdurent, comment empêcher le « repli identitaire » de ceux qui se sentent « étrangers de l'intérieur »⁴.

¹ Mme Théophile Directrice adjoint R.A.T.P. *Le Monde*, 6 décembre 2002. M Chevènement avait émis la même préoccupation à propos des policiers : faire en sorte qu'ils ressemblent plus aux populations des quartiers dans lesquels ils travaillent.

² Au risque de « piller » les diplômés des pays du tiers monde.

³ J. Chirac ne parle plus du « bruit et de l'odeur » mais envisage le 14 octobre 2002 un contrat d'intégration et de non-discrimination.

⁴ Expression de Sala Amokrane.

CONCLUSION : L'UNIVERSALISME A RECONSTRUIRE

Lorsque le droit est impuissant à réduire les inégalités, à endiguer les discriminations, lorsque les jeunes diplômés issus de l'immigration n'arrivent pas à trouver un emploi, le modèle est en panne, il risque d'apparaître comme un leurre.

On l'a dit en commençant, le droit des étrangers en France est bien à l'image de notre conception des droits de l'homme et l'on peut constater un parallèle entre la contestation de l'universalisme dans nos cités et sur la scène internationale.

Dans les deux cas à une société qui exclut répondent des groupes qui rassemblent les déshérités qui rejettent les valeurs communes.

Le « repli identitaire » c'est au fond la contestation des droits de l'homme dans le quart monde, comme dans le tiers monde :

- dans nos banlieues nos grands principes d'intégration se heurtent à l'échec scolaire, au chômage des jeunes, aux contrôles de police au faciès, aux discriminations même dans les loisirs.

- hors de la sphère occidentale: (Asie, Moyen Orient, Afrique, Amérique Latine), les « droits de l'homme » sont souvent ressentis comme une idéologie de domination des riches nations occidentales – et surtout des Etats Unis voulant se donner bonne conscience.

Dans les deux cas, les laissés pour compte de la société de consommation mondialisée rejettent cet universalisme de façade (conception « asiatique », « islamiste » des droits de l'homme). Dans les deux cas on constate le retour aux racines, l'enfermement sur des valeurs traditionnelles, communautaires, religieuses ou idéologiques.

Défendre l'universalisme, sur la scène française comme sur la scène internationale c'est l'approfondir, le reconstruire.

• Ne pas être dupe des régimes autoritaires : l'ethnocentrisme, le néo-colonialisme existent, mais la dictature aussi et la Chine ou l'Arabie Saoudite ne sont pas des modèles. Il ne faut pas se laisser impressionner par des régimes archaïques et corrompus et leurs discours selon lequel les droits de l'homme, le bonheur c'est pour la vie future.

- Rejeter l'amalgame Etats-Unis – occident – droits de l'homme.

Non, décidément, la superpuissance n'est pas un modèle pour les droits de l'homme. Il suffit de constater son attitude actuelle pour empêcher la Cour pénale internationale de se mettre en place et de fonctionner.

- Ouvrir nos cités, refuser les ghettos y rétablir l'ordre et la sécurité, en finir avec l'économie souterraine ne suffit pas. Il faut y créer des emplois, c'est l'ascenseur social qu'il faut séparer et pas seulement les boîtes aux lettres¹.

Faut il en venir aux discriminations positives ?

La France y a parfois eu recours : lorsque les déséquilibres s'aggravent, lorsque le « creuset » est en panne, qu'il y a urgence, elle est parfois amenée à recourir aux dispositions spécifiques pour certaines communautés ou catégories; parfois même sur critère ethnique ou religieux, de façon presque honteuse :

- Alors que la situation coloniale ne cesse de se dégrader en Algérie, des lois de 1954, 1956, 1960 prévoient de privilégier l'accès des français musulmans (on aurait pu écrire « arabes ») dans les services publics de l'Algérie et même de métropole.
- Lorsqu'en Nouvelle Calédonie on réalise que les populations autochtones ont été maintenues en situation coloniale (sur 1800 instituteurs il n'y a que 44 canaques, sur 2800 fonctionnaires, seulement 96 sont des petits fonctionnaires) une loi du 6 septembre 1984 prévoit de favoriser l'accès à la fonction publique des populations du territoire mais c'est en fait pour favoriser l'emploi de mélanésiens (voir le programme « 400 cadres » amplifié par la loi référendaire du 9 novembre 1988 et la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998).
- Le décret du 13 juillet 2000 relatif à l'indemnisation des orphelins de déportés victimes des persécutions antisémites instaure entre les descendants de déportés un traitement préférentiel au profit de ceux dont les parents sont juifs.
- Depuis 1987 la loi entend favoriser l'emploi des personnes handicapées en prévoyant un objectif de 6% dans les entreprises de plus de 20 salariés ou, à défaut, le versement d'une taxe destinée à aménager des postes de travail et favoriser cet emploi.

¹ L'exemple récent de l'ouverture de l'I.E.P. de Paris à des jeunes brillants issus de banlieues classées en Z.E.P. est une expérience à suivre (même si l'on se souvient de l'échec de la troisième voie d'accès à l'E.N.A.).

- La France a fini par réviser sa Constitution pour introduire la parité homme-femme en politique : 50 ans après la Libération la sous-représentation de cette moitié de l'humanité ne progressait pas, on s'est donné les moyens de faire évoluer les choses.
- Enfin le projet sur la Corse prévoit la « corsisation » des emplois sur l'île.

Bref la France pourrait être amenée à nouveau à recourir ponctuellement à des mesures de discrimination positive sans renoncer pour autant à son modèle « universaliste ».

Si décidément il est avéré que les sanctions pénales ne suffisent pas à enrayer les discriminations au quotidien, il faut en venir à une autorité administrative indépendante et même, dans certaines cas, au retournement de la charge de la preuve.

Par exemple :

- Celui qui a prétendu au dernier moment que le logement était loué devrait le démontrer faute d'être obligé d'accepter le locataire évincé (comme au Royaume Uni).

- L'entreprise de grande dimension qui ne comporte pas un pourcentage minimum de personnes issues de l'immigration ne devrait pas pouvoir continuer à ne pas en embaucher sans subir une contrainte financière¹.

La loi 16 novembre 2001 de lutte contre les discriminations introduit dans le Code du Travail un nouvel art. L 122 – 45 qui prévoit le partage de la preuve : si le salarié apporte des éléments soutenant ses allégations c'est à l'employeur de prouver des éléments objectifs.

Le recours aux quotas – au moins à titre provisoire – pourrait ainsi finir par s'imposer pour favoriser l'emploi des jeunes des banlieues. De même dans les médias nationaux, la présence de personnes issues de minorités ethniques permettrait que les télévisions hertziennes notamment soient à l'image d'une nation tricolore : « blanc-black-beurs »²

Sinon l'accumulation des discriminations finirait par vider le contenu du « *modèle français d'intégration* » qui mérite d'être défendu et approfondi, mais qui en soi ne facilite pas la lutte contre les discriminations.

¹ On se souvient de ce dirigeant de grande surface qui estimait que « les caissières noires ça ne passait pas ».

² Action du collectif « Egalité » avec l'écrivain Calixthe Beyala, du club Averroés qui regroupe des journalistes, sportifs, chefs d'entreprises issus de l'immigration ou encore de l'Association Synergie.

Enfin : « *La seule façon de vivre vraiment ensemble est de dire que l'éloge de nos différences exige de reconnaître que notre humanité commune est plus importante* »¹

Michel REYDELLET

*Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon-Var
Membre du C.E.R.C.*

¹ B. Clinton, Discours à la Conférence annuelle du parti travailliste, Blackpool 2 octobre, *Le Monde*, 8 octobre 2002.

**CONTENTIEUX DE L'APPARTENANCE ET MESURES
DE FAVEUR**
*A PROPOS DE LA NATURALISATION
ET DE LA REINTEGRATION DANS LA NATIONALITE
FRANÇAISE*

« Il n'est pas d'impératif catégorique en droit : chaque règle est applicable lorsque certaines conditions sont réunies. Rechercher si ces conditions sont réunies en l'espèce, c'est rechercher dans quelle catégorie juridique se situe la situation juridique qu'il s'agit d'approfondir ».

M. Waline¹.

Toute interrogation sur la notion d'appartenance en droit renvoie à la constitution des catégories juridiques. L'appartenance s'évalue, en effet, à l'aune des *situations* dans lesquelles se trouvent les choses, les biens, les individus ; pour ces derniers, elle ne s'analyse pas par rapport à leurs positionnements individuels, leurs sentiments personnels, leurs relations sociales, leurs affinités affectives ou leurs rattachements à des groupes de population. Outre le fait même que le droit intègre à son lexique certaines expressions qui permettent leurs dénominations et structurations, la détermination objective des composantes d'une situation donnée et la recherche qualitative des « conditions » applicables à cette situation impliquent que la question proprement dite de *l'appartenance* s'apprécie par rapport à la notion de *catégorie juridique*².

Interroger les présupposés politiques et juridiques de *l'appartenance* à la communauté française à partir des modalités d'acquisition de la nationalité française par des personnes considérées « étrangères » revient alors à soumettre à un regard critique les procédés déterminant l'appartenance à des « catégories » juridiques, qualifiantes et classifiantes, de personnes sollicitant ou disposant du droit de vivre, de résider et de travailler en France³. En dépit de l'introduction des systèmes d'aide à la

¹ M. Waline, Empirisme et conceptualisme : faut-il tuer les catégories juridiques ? in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant / Sirey, 1963, p. 365.

² Ce, quelles que soient les terminologies adoptées pour en rendre compte, v. par ex., D. Lochak, La race : une catégorie juridique ? *Mots, Les langages du politique*, n° 33, 1992, p. 291.

³ Dans cette perspective, l'analyse des facteurs relatifs aux conditions d'acquisition de la nationalité française prévues aux articles 17-3 et 21-1 et suivants du Code civil invitent également à prendre en considération les procédures exceptionnelles de régularisation de la situation des étrangers dépourvus de titre de séjour sur le territoire de la République – dont les applications sont égrenées dans une série de circulaires administratives se référant à l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en

décision dans les circuits administratifs¹, les modalités d'application des règles de droit ne sauraient entièrement relever de mécanismes automatiques. Dans les espaces de pouvoir discrétionnaire, – tout aussi réglementés seraient-ils –, la constatation et l'appréciation des situations analysées par les administrateurs, préalables à toute prise de décision, comportent une dose d'incertitude qui, dans les sociétés démocratiques contemporaines, empêche de penser l'univers du discours juridique comme un langage clos². D'une certaine manière, les conditions d'acquisition de la nationalité française déterminent non les modalités d'appréciation par les autorités administratives compétentes de l'appartenance des personnes concernées à la communauté française mais, plus exactement, les critères retenus par ces autorités pour constater et décider de l'appartenance de ces personnes à des *catégories juridiques* dont les contours sont définis par les pouvoirs publics – généralement préfigurés par les lois relatives au séjour des étrangers en France, ces critères se révèlent mobiles et, de ce fait, incertains³.

Dans la mesure où le caractère à la fois assertorique et aléatoire de l'appartenance à des catégories d'étrangers admis à solliciter la nationalité française est consubstantiel à la texture de l'effectivité des normes juridiques, l'approche de la notion d'appartenance en droit exclut tout appel aux analyses sociopsychologiques qui invitent à penser la construction de l'identité propre de l'individu à partir de son appartenance à un groupe – à la famille en tout premier lieu, aux groupes de socialisation en second lieu – c'est-à-dire aux « communautés de toute nature ». Plus que l'appartenance à un groupe, c'est l'appartenance à une *entité* qui est retenue par les discours juridiques. L'appartenance à une catégorie juridique qui en découle, quelle qu'elle soit, ne peut être comparée à un processus de positionnement de soi suivant les relations affectives – que celles-ci soient ou non avalisées par les lois et règlements : famille, rapports de voisinage, association, statut social et professionnel, etc., chacun construisant ainsi sa sphère d'autonomie par le refoulement, en assumant ses névroses. La perception juridique de la notion d'appartenance s'oppose donc à la démarche psychosociologique – fréquent en la matière puisque ce terme semble doté de qualités subjectives relevant de l'ordre des « sentiments » individuels ou collectifs.

S'il est effectivement fait référence à un « sentiment d'appartenance » à une

France des étrangers (et portant création de l'Office national d'immigration).

¹ Dans les bureaux et services compétents pour traiter de ces questions, les logiciels utilisés sont surtout conçus pour le tri des dossiers ; l'étude des dossiers de demandes de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française qu'ils effectuent répondent à des critères quantitatifs et qualitatifs à la fois. De plus, les décisions demeurent liées aux conjonctures politiques internationales et fluctuent selon les mouvements de l'opinion publique française – ceci limite les investigations qui pourraient être menées.

² sur cette notion de « langage clos » qui renvoie au langage d'une « administration totale » v. par ex., H. Marcuse, *L'homme unidimensionnel*, (trad.), Seuil, Points/essais, 1968.

³ Ce d'autant plus que, depuis son entrée en vigueur, les modifications de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne se comptent plus...

communauté ou à un groupe dans certains des instruments internationaux relatifs aux minorités culturelles, ces mentions ne sont qu'indicatives et ne détiennent pas d'influence sur l'ordonnement du système de droit français. D'une part, le droit français « républicain » s'est constitué à partir d'une notion englobante de « Nation » qui induit une notion d'in-différenciation fondatrice du principe constitutionnel de « l'unité du peuple français »¹ et qui conduit à l'exposition de fortes réticences quant à l'appréhension de la notion de minorité culturelle². D'autre part, lorsque la référence à de tels sentiments s'interpose, l'objectif n'est pas de les prendre en considération, il est plutôt de signifier l'écart à partir duquel s'apprécierait la « différence », souvent progressivement institutive de « l'exclusion ».

Aussi, c'est dans une toute autre perspective que les pouvoirs publics usent de l'argument des « sentiments » en ces matières sensibles; ils l'utilisent notamment dans le but de légitimer les politiques « nécessairement » sélectives menées en matière d'acquisition de la nationalité française et, par voie de conséquence, aux fins de justifier les décisions individuelles ou familiales de naturalisation ou de réintégration. Seule la « communauté française » est en cause dans ce type de décisions, mais la lecture juridique de la notion d'appartenance à une communauté ainsi signifiée laisse clairement supposer que l'appartenance d'un individu à une quelconque entité ne découle pas de sa seule décision, elle repose autant sur les stratégies politiques que sur les composants normatifs du groupe auquel il se réfère. Les critères retenus pour décider de l'appartenance d'une personne étrangère à la communauté française montrent, en effet, combien celle-ci dépend de la *faveur* des pouvoirs publics. Ainsi, « la naturalisation [comme la réintégration dans la nationalité française] constitue une *faveur* accordée par l'Etat français à un étranger et n'est donc jamais un *droit* pour

¹ v. Cons. const. DC n° 91-290 du 9 mai 1991, à propos de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, *JORF* 14 mai 1991; *rec.* p. 50 : « 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 » notes : R. Étien, Indivisibilité du peuple français, nouveau statut de la Corse, *Rev. adm.*, 1991, p. 234 ; C. Houtter, Le Conseil constitutionnel et la notion de peuple Corse, *Les petites affiches*, 1991, n° 74, p. 15; Cons. const. DC n° 99-412 du 15 juin 1999, à propos de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992, *JORF* 18 juin 1999, p. 8964 : « le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle ; 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 »; notes : F. Mélin-soucramanien, La République contre Babel. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, *RD publ.* 1999, p. 985 ; R. Debbasch, La charte européenne des langues régionales ou minoritaires compte des clauses contraires à la Constitution, *JCP éd. G.* 1999, II, 10198 ; R. Pinto, La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Examen des procédures constitutionnelles permettant à la France de devenir partie, *JDI*, 2000, p. 35.

² v. G. Koubi, La République française face aux minorités: silences et réticences, in N. Levrat, *Minorités et Organisation de l'Etat*, Université libre de Bruxelles et Université de Moncton, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 253.

l'intéressé »¹.

Cette appréhension de la notion d'appartenance, développée de manière déguisée par les pouvoirs publics en France, semble préfigurer un remaniement de la pensée juridique de l'allégeance nationale qui trouble la consistance du lien social – dont les conséquences sont encore indiscernables pouvant tout aussi bien pencher vers l'introduction d'un communautarisme multiculturel qu'inviter à une recomposition de la société civile autour d'une conception nationaliste, voire nationalitaire, aux accents quelque peu xénophobes, dont les effets tyranniques seraient décuplés sous l'emprise d'une idéologie sécuritaire...

Ce n'est pas en vertu de « sentiments » d'appartenance (I) qu'est évaluée « l'appartenance » à la communauté française (II), mais selon la « faveur » des pouvoirs publics (III).

I – CE N'EST PAS EN VERTU DE « SENTIMENTS » D'APPARTENANCE ...

Les sentiments n'ont pas de place en droit – en dépit des multiples appels à l'affection², à l'amour, à la fidélité réciproque, à la confiance, au respect³, etc., qui, constitués sur le modèle relationnel, interpersonnel, parcourent le Code civil, notamment, dans les dispositions qui n'ont pas subi de modifications substantielles depuis sa promulgation en 1804. Pourtant, l'influence sur l'élaboration et sur l'application des règles de droit que, dans les sociétés démocratiques contemporaines, détiennent les *sentiments* est de plus en plus manifeste. L'appel aux sentiments, aux sensibilités, aux sensations subsume les raisons, motifs et modes d'élaboration des règles de droit (sentiment d'insécurité, sentiment d'impunité) ; des références aux impressions, aux perceptions subjectives des gouvernants, des législateurs, des administrateurs parsèment encore les exposés des motifs des lois et des décrets (sentiment d'injustice, sentiment d'exclusion).

Emerge un « droit compassionnel », justifiant la plupart des mesures prises pour la lutte contre les exclusions ou en faveur des personnes défavorisées, puis se développe un « droit repentancier » qui ouvre sur des mécanismes d'indemnisation⁴

¹ Par ex., CE, 6 mai 1988, *M. Dung Tran dit Dung Di Caprio*, req. 78371 ; CE, 30 mars 1984, *M. Abécassis*, req. 40735.

² J. et A. Pousson, *L'affection et le droit*, CNRS, 1990.

³ v. G. Koubi, *Respect du droit et droit au respect : le respect des droits*, *RRJ-Droit prospectif*, 2000/1, p. 13.

⁴ Ex., circ. Prem. min. 25 octobre 1994 d'application du plan d'action en faveur des anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie et de leurs familles, *JO* 20 novembre 1994 p. 16405 – à propos des anciens supplétifs de l'armée française (Harkis, Moghaznis, et

ou de reconstruction des régimes de responsabilité¹. Les propositions développées de nos jours à l'égard des étrangers en France et les décisions particulières qui pourraient être prises *en faveur de certains* d'entre eux, évoluent entre ces deux perceptions. Elles sont de facture compassionnelle lorsqu'elles s'attachent aux situations de détresse dans lesquelles ils se trouvent, lorsqu'elles reposent sur des considérations humanitaires et appellent les décideurs à faire preuve d'indulgence, de compréhension, de tolérance voire de clémence² ; mais, en même temps, suivant ces mêmes modalités, elles sont de tonalité repentancière. La dynamique à l'œuvre relève de la reconnaissance des « fautes » et d'une demande de « pardon » dont les relents religieux ne sont pas des moindres. Lorsqu'il s'agit, pour un Etat, d'admettre des fautes dont le caractère « historique » ne fait guère de doute, l'esclavage, la colonisation, la torture, la persécution, le texte qui l'affirme, pour aussi peu normatif soit-il, marque la recherche d'apaisement des ressentiments ancrés dans les mémoires collectives³.

Or, le droit n'est pas sentimental. Toutefois, en ce que nombre de *questions sensibles*⁴ en forment la matière, se construit progressivement un droit fluctuant, susceptible de retournements inopinés, de mouvements intempestifs, de développements incohérents. Dans cette perspective, la fonction de l'appartenance, appréhendée là sous l'angle psychosociologique, conduit à l'élaboration d'un droit de contenu variable, aux concepts mouvants et aux notions instables, dont les

autres forces supplétives) : « *Le déracinement et les mauvaises conditions de l'accueil initial ont conduit ces personnes et leurs familles à connaître de graves difficultés d'insertion économique et sociale qui perdurent, plus de trente ans après le rapatriement. A la détresse matérielle s'est ajoutée une profonde détresse morale car cette population a particulièrement mal vécu l'absence de reconnaissance du sacrifice humain consenti pendant les opérations en Algérie et après l'indépendance* » (NB : les mentions soulignées dans les textes cités sont de l'auteur, sauf indications contraires).

¹ Dans la circulaire sus-citée du 25 octobre 1994, il est précisé que : « Avec la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie, la République française témoigne solennellement sa reconnaissance envers ces combattants et leur ouvre droit à un certain nombre de mesures. Ce texte de loi est le volet essentiel d'un plan d'action global et cohérent sur cinq ans, fondé sur trois objectifs : 1. *Reconnaître prioritairement la dette morale de la nation à l'égard de ces hommes et de ces femmes qui ont directement souffert de leur engagement au service de notre pays* ; 2. Tenir compte de la situation particulière des enfants en facilitant leur insertion économique et sociale ; 3. Créer les conditions, grâce à un effort financier important (...) d'un retour progressif au droit commun »

² Ex., circ. 24 juin 1997 relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, JO 26 juin 1997, p. 9819 (à propos des conjoints de réfugiés) : « La seule solution pour ces personnes est aujourd'hui de retourner dans leur pays d'origine et de présenter une demande de regroupement familial. Cette formule est toutefois difficile à mettre en oeuvre lorsque les conjoints de réfugiés peuvent éprouver des craintes pour leur sécurité en cas de retour dans leur pays et redouter d'être empêchés de le quitter pour revenir en France. Vous pourrez délivrer en conséquence aux conjoints de réfugiés statutaires, mariés depuis au moins un an, une carte de séjour temporaire, sous réserve d'une communauté de vie effective, de l'absence de menace à l'ordre public et de l'absence de polygamie ».

³ v. P. Ansart, (dir.), *Le ressentiment*, Bruylant, 2002.

⁴ v. *Questions sensibles*, PUF, CURAPP, 1998.

connotations idéologiques sont de plus en plus affirmées, à la constitution d'un droit qui évolue entre la prise en considération d'éléments de facture émotionnelle et la prise en compte d'une nécessaire distanciation par rapport à ceux-ci. Mais, entre émotion et raison, le droit devient source d'incertitudes et d'arbitraire. Pour répondre à un « besoin » de sécurité juridique et pour limiter les dérives auxquelles conduit droit compassionnel et droit repentancier, les « catégories juridiques » sont présentées comme des garde-fous – alors même que leurs fondements n'apparaissent pas toujours indemnes de tout subjectivisme ou dépourvus de ces affects qui donnent désormais au droit une tonalité aléatoire. Néanmoins, en tout état de cause, il n'existe pas de « sentiment d'appartenance à une catégorie juridique ».

L'usage de l'argument du « sentiment » souligne cependant, avec une certaine intensité, la tendance actuelle – nullement démentie par les autorités publiques, administrateurs et juges – à la personnalisation *des* droits et, par cela, à la subjectivisation *du* droit. Ce type d'approche comporte des risques substantiels. Il prépare la déconstruction du système juridique, déplaçant les qualités et propriétés de la loi, décomposant les caractéristiques structurantes des lois : la désintégration des propriétés de la loi, son impersonnalité et sa généralité qui constituaient le socle du principe d'égalité des hommes – et des femmes – en droit et en droits, induit l'énoncé de règles de plus en plus flexibles, élastiques, malléables, et suscite l'exposition de normes juridiques de plus en plus particularisées, singularisées, spécificatrices – souvent plus tribalisantes que simplement individualisantes. Elle confirme la remise en cause du légicentrisme et altère la fonction sociale des lois dont, notamment, celle de la définition des limites aux actions et actes, celle de la mesure de la transgression¹. Si les frontières entre la morale et le droit sont brouillées, le présupposé de la rationalité juridique se décompose, défaisant le caractère objectif des règles de droit et débridant les libertés au détriment du maintien de la cohésion sociale.

L'application d'une méthode qui associe sentiment, appartenance et détermination des droits porte alors atteinte aux principes clefs de la pensée républicaine. La pensée de la cohésion sociale, de la fraternité et de la solidarité est reléguée. Le Conseil constitutionnel s'est pourtant attaché à qualifier l'indivisibilité du peuple français² de principe de valeur constitutionnelle afin de limiter la fragmentation du corps social, d'empêcher la segmentation de la société civile en catégories sexuées d'abord³, en entités culturelles, religieuses, ethniques et raciales différenciées¹, ensuite.

¹ En dépit des sous-entendus de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon lequel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...), 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 ».

² Cons. const. DC n° 91-290, 9 mai 1991, *précité*.

³ Mais non en ce qui concerne le corps « politique », du fait d'une évolution particulière depuis le refus de ce type de dissociation [v. Cons. const. DC n° 82-146, du 18 novembre 1982, *Rec.*, 66] jusqu'à l'introduction de

Ce raisonnement a pour effet de limiter la considération par les pouvoirs publics de prétendus « sentiments d'appartenance » à de tels entités, groupes de population, minorités culturelles, religieuses, linguistiques... Si une notion d'appartenance peut être décelée en droit, à propos d'un individu, personne, sujet de droits, la référence aux sentiments qu'il éprouverait n'a guère de sens : l'appartenance ne désigne qu'une appartenance à une catégorie juridique prédéfinie – et cela, même si elle semble avoir été choisie, voulue, recherchée, sollicitée... La reconnaissance juridique de cette appartenance répond donc à des considérations particulières selon le schéma dans lequel elle s'inscrit : des conditions doivent être remplies, des formalités doivent être suivies, des procédures doivent être mises en œuvre, des modes de preuve doivent être déterminés, etc.

Déjà, sur le plan individuel, il ne suffit pas d'affirmer son appartenance à un groupe, à un corps, à un groupement, à une association pour que celle-ci soit authentifiée, s'avère fondée, se réalise effectivement dans chacun de ces cadres : d'une part, les appartenances se croisent et se superposent, et, d'autre part, dans ces ensembles, les identifiants sont à chaque fois différents – rendant ainsi compte de la complexité intrinsèque de la notion d'identité que certains voudraient réduire à une seule donnée, sommant l'individu de choisir l'une parmi les autres, ou plus justement, de privilégier l'une parmi les autres. Ces appartenances ne découlent pas des seules décisions individuelles² ; elles reposent sur des stratégies politiques et sur des conduites sociales³. A chaque fois, une vérification des fondements de ces

la notion de « parité » dans les discours politiques, [art. 3 Const. 1958 dernier alinéa : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »] et sa limitation au seul champ des élections politiques [v. L. Favoreu, L'inconstitutionnalité des quotas par sexe, *AJDA* 24 février 2003, p. 313].

¹ Cons. const. DC n° 99-412, 15 juin 1999, *précité*.

² Les appartenances qui relèvent d'une déclaration ou d'une affirmation strictement personnelles, déflorent le for intérieur [v. C. Haroche, (dir.), *Le for intérieur*, PUF, CURAPP, 1993] mais l'extériorisation d'une appartenance à un courant de pensée, voire à une obédience religieuse [à propos du port de signes distinctifs v. CE, avis consult., 27 novembre 1989 sur le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse, in *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 1997, p. 315] l'usage constant d'une langue régionale ou d'un patois local, l'adhésion à des groupements diversifiés (mouvements sectaires, groupements féministes, associations gays) n'ont pas de valeur ni de portée juridiques – même si, de par la lutte constante contre les faits, actes, paroles révélant une discrimination directe ou indirecte, elles peuvent être pourvues d'effets juridiques en ce qu'elles supposent des mesures de protection envers les uns ou des phénomènes de stigmatisation à l'égard des autres ; or, dans ce cas, l'appartenance n'est pas appréhendée du côté de celui qui l'affiche ou l'affirme, mais essentiellement du côté de ceux qui la supposent et la retiennent à l'appui de leurs actes, paroles et attitudes, – ainsi qu'il ressort des expressions tirées du code pénal qui évoquent, entre autres, « l'origine, le sexe, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race » ...

³ Qui, retraduites dans les discours de droit, marquent l'existence d'un état (famille, sexe), d'une incorporation (service national, cadre de l'armée), d'un contrat (de travail dans un établissement ou une entreprise), d'un statut (corps ou cadre d'emploi dans la fonction publique), d'une occupation (élève,

appartenances peut être diligentée, consistant à rechercher si les conditions d'acquisition sont réunies ou non, si elles sont régulières ou non, si elles justifient des conduites particulières ou non, si elles légitiment des actes, des propos ou non, etc. Les appartenances à des groupes comme à des catégories juridiques de personnes ne sont pas systématiquement acquises d'emblée, les appartenances qui ne sont pas constatées, quelles que pourraient être les affinités, les ressemblances et les proximités revendiquées par l'individu comme par le groupe, doivent en général être « reconnues » avant d'être enregistrées, elles sont en quelque sorte « réclamées »¹ : les demandes de reconnaissance d'une appartenance à des catégories juridiques qui sont sollicitées auprès des autorités publiques ne sont jamais établies sans formalités préliminaires (conditions préalables d'enregistrement, de recensement, d'inscription, d'attribution...).

Or, si l'appartenance à l'ensemble des habitants, des administrés, des usagers des services publics, des contribuables, des justiciables est d'emblée consentie, accordée, la demande de confirmation d'une appartenance à la nation, à la communauté, à la collectivité publique – et, en l'occurrence, suivant les conditions d'acquisition et de réintégration dans la nationalité française – répond à d'autres modalités. Dès l'instant où il s'agit de considérer la notion d'appartenance, dans la sphère publique, ce n'est pas la personne qui est directement saisie par le droit mais la situation dans laquelle elle se trouve par rapport au droit. La fonction des catégories juridiques est univoque. « Rechercher dans quelle catégorie juridique entre un fait ou un ensemble de faits (...) c'est simplement chercher à déterminer la règle applicable »², mais quand la règle applicable est parcourue par des dissensions politiques et manifeste des penchants sécuritaires, elle conduit à des modes de traitement spécifiques de la situation dans laquelle un individu se trouve.

Et, relevant les conditions relatives à l'acquisition de la nationalité française, il apparaît que l'assimilation à la communauté française s'effectue à l'aune de la faveur des pouvoirs publics : la reconnaissance d'une appartenance à la nation, au corps électoral, se réalise sur la base de décisions administratives élaborées et énoncées dans le champ d'un pouvoir discrétionnaire – qui, malgré le contrôle que le juge administratif peut être amené à opérer, confine à l'arbitraire : elle relève... de « mesures de faveur »³.

étudiant, chômeur, retraité), d'une adhésion (association, parti politique), d'une affiliation (syndicat), d'une situation (patient hospitalisé, détenu), d'une constatation (nationalité française du fait de la naissance ou en raison de la filiation)...

¹ Toute adhésion se réalise suivant des conditions préalables – conversion, cotisation, engagement... – sur parrainage, par cooptation, et après un temps de probation – délais de réflexion, rites d'initiation.

² M. Waline, *op.cit.* p. 365.

³ V. suivant d'autres perspectives et dans un autre champ; G. Koubi, Les mesures prises *en faveur* des personnes *défavorisées* - Réflexion sur les notions de faveur et défaveur en droit public français, *RRJ - Droit*

II – ... QU'EST ÉVALUÉE « L'APPARTENANCE » À LA COMMUNAUTÉ FRANÇAISE...

Une formule que, jusqu'à ces dernières années, le Conseil d'Etat soulignait dans chaque affaire mettant en cause les demandes de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, traduit une préoccupation constante quant au renforcement du pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de droit des étrangers : « la naturalisation constitue une *faveur* accordée par l'Etat français à un étranger et n'est donc jamais un *droit* pour l'intéressé »¹. Cette expression qui rend compte du fait qu'une *faveur* accordée par l'Etat à quiconque ne constitue jamais un droit pour l'intéressé, est désormais occultée, le Conseil d'Etat préférant de nos jours signifier que le ministre concerné dispose, en la matière, de « larges pouvoirs d'appréciation »². Toutefois, le changement de terminologie ne conduit pas à une défection de la logique des « mesures de faveur » en ce domaine particulier.

La formulation, dont les soubassements sont indéniablement politiques, conduisait à réfléchir sur la survivance d'une notion de *faveur* en droit public français, et, en ce jour, plus particulièrement dans les modes d'allégeance, d'affiliation à un régime comme dans les formes de reconnaissance de l'appartenance d'une personne à un groupe donné comme institué juridiquement, à une catégorie juridique.

Longtemps récurrente dans les affaires relatives à la naturalisation ou à la réintégration dans la nationalité française, l'expression n'est issue d'aucun texte législatif ou réglementaire. Elle prétend retracer l'idée émise dans l'intitulé du paragraphe V de la première section (Des modes d'acquisition de la nationalité française) du chapitre III du Code civil (De l'acquisition de la nationalité française), lequel est relatif à « l'acquisition de la nationalité française *par décision de l'autorité publique* »³. Elle est cependant clairement exposée dans l'*annexe* IV de l'arrêté du 26 juillet 2002 portant modification de l'arrêté du 16 mai 1974 modifié fixant les modèles de livret de famille⁴ – ce qui laisse subsister un doute sur sa qualité proprement

prospectif, 2003 ; A la faveur du ciblage... la consolidation des inégalités sociale, *Informations sociales*, n° consacré au ciblage des politiques sociales, 2003.

¹ Par ex., CE, 21 février 1996 *Mme Aicha Benchouk*, req. 145231 ; CE, 15 mars 1995, *M. Aahyad*, req. 148768 ; CE, 4 mars 1994, *M. Murugiah*, req. 119239 ; CE, 6 mai 1988, *M. Dung Tran dit Dung Di Caprio*, req. 78371 ; CE, 30 mars 1984, *M. Abécassis*, req. 40735.

² par ex., CE, 11 février 2002, *M. Runyaha*, req. 216913.

³ V. O. Doukouré, *Le droit français de la nationalité - Anthropologie juridique de la naturalisation*, mémoire Ecole doctorale de droit comparé, Etudes africaines, Paris I, 2001, sur site : www.sos-net.eu.org [consult. 7 déc. 2002].

⁴ ... le modèle de livret de famille ayant été modifié par l'article 1^{er} de cet arrêté du 26 juillet 2002, *JO*, 6 août 2002, p. 13386. Ceci laisse supposer que l'instruction générale du 29 mars 2002 relative à l'état civil, *JO* 28 avril 2002 (p. 7719) a subi des rectifications sur ce point. Cette instruction s'apparente à une codification des modes de traitement des dossiers d'état civil qui met à jour l'ensemble de la matière [« L'ampleur de cette

normative. A propos des mentions relatives à la nationalité française, il y est précisé que « *l'acquisition de la nationalité française par naturalisation, prononcée par décret, est une faveur accordée par l'Etat à l'étranger qui la sollicite*. Elle est soumise à des conditions légales et à une *appréciation souveraine* du ministre chargé des naturalisations ».

Sans s'attarder sur la translation d'une idée d'assimilation à une notion d'appartenance qui revêt, indéniablement, un sens distinctif en droit de la nationalité¹, ces expressions qui associent « faveur » et « droit » reposent sur une appréhension administrative du Code civil – activée depuis que le Code de la nationalité y a été intégré, bouleversant sa structure et sa philosophie. Le passage d'un champ à un autre, du champ politique et administratif au champ civil et personnel, a transformé la perception du droit de la nationalité comme du droit des étrangers ; en repliant les problématiques qui les traversaient sur la personne, ce transvasement prétend masquer, ou à tout le moins dissimuler, la nature profondément idéologique des mesures pouvant être prises en la matière.

A – Si une défiance constante à l'égard des étrangers, des immigrés installés en France, semble être pérennisée, les références aux notions d'origine, d'identité culturelle, de différence, de minorité l'accroissant de plus en plus, celle-ci se manifeste implicitement au travers de l'article 27-2 du Code civil selon lequel « les décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration peuvent être rapportés sur avis conforme du Conseil d'Etat dans le délai d'un an à compter de leur publication au Journal officiel si le requérant ne satisfait pas aux conditions légales ; *si la décision a été obtenue par mensonge ou fraude*, ces décrets peuvent être rapportés dans le délai de deux ans à partir de la découverte de la fraude »². Ces dispositions confirment la précarité intrinsèque de toute décision prise sur le fondement de la faveur ; or, en sus de cette instabilité, limitée heureusement à une année, la suspicion accompagne l'ensemble du processus de naturalisation.

Nonobstant le fait que le traitement des demandes de naturalisation,

dernière refonte [de l'instruction générale du 21 septembre 1955 relative à l'état civil a justifié la publication au Journal officiel du texte qui en était issu [instruction relative à l'état civil du 11 mai 1999]. Depuis cette date, un groupe a été mis en place. La présente modification, fruit de son travail, est *rendue nécessaire tant par l'évolution du droit interne que du droit international* ; elle concerne de nombreuses rubriques de l'instruction... »].

¹ ... histoire coloniale, amertume née de la décolonisation et modifications répétitives de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers étant associées.

² Notamment en omettant de signaler un mariage dans les « déclarations sur l'honneur » souscrites au moment du traitement de la demande de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française : par ex., CE, 29 juillet 2002, *Mme Sylvie X...*, req. 232294 ; CE, 28 juin 2002, *M. Benyagoub X...*, req. 236063.

d'acquisition de la nationalité française, de réintégration dans la nationalité française relève principalement des procédures d'application des textes juridiques développées au sein de circulaires administratives dites interprétatives¹, parfois non publiées² et de méthodes d'examen des documents présentés à leur appui, exposées dans des instructions d'ordre interne, non diffusées, qui doivent impérativement être mises en œuvre³, les dossiers déposés devant l'autorité administrative compétente en droit des étrangers sont des démarches relatives à l'enregistrement d'un désir d'appartenance à la communauté française. Ils constituent des demandes de reconnaissance non d'un rattachement à un territoire, mais d'une appartenance à une entité abstraite : la nation, plus qu'à un pays : la France.

Derrière ces termes se tapit une autre donnée : la *patrie*, avec son cortège d'obligations et de devoirs qui en appelait au loyalisme et à la loyauté⁴. La notion d'appartenance à la nation retraduisait les questionnements initiaux sur l'acquisition de la nationalité française mais elle est désormais radicalement transformée : la loyauté et le loyalisme sont désormais appréhendés à la lumière de la lutte contre le terrorisme, dans le cadre d'une idéologie profondément sécuritaire, semblent ainsi ne plus pouvoir jouer un rôle moteur dans les mécanismes d'intégration⁵. L'appartenance à la nation,

¹ Sauf lorsque le juge administratif est conduit à en relever le caractère réglementaire, au moins pour certaines de leurs dispositions : CE. ass, 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame de Kreisker*, Rec. CE, p. 64.

² v. P. Gonod, Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, *RD publ.* 1993, p. 1351.

³ v. G. Koubi, *Les circulaires administratives*, Economica, 2003.

⁴ Notions qui, de nos jours, de manière ténue, demeurent sous-jacentes à l'idée d'ordre public qui parcourt la construction, la déconstruction, la reconstruction du droit des étrangers : art. L. 3 du Code du service national : « Tous les citoyens français de sexe masculin doivent le service national de dix-huit à cinquante ans. Ils en accomplissent les obligations d'activité s'ils possèdent l'aptitude nécessaire et médicalement constatée. Des dispenses des obligations du service national actif peuvent être accordées dans les cas prévus aux articles L. 31 à L. 40. Les Françaises volontaires ont accès aux différentes formes du service national dans les limites et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. / *Les étrangers sans nationalité et ceux qui bénéficient du droit d'asile sont assujettis au service national. Les étrangères sans nationalité et celles qui bénéficient du droit d'asile peuvent se porter volontaires pour accéder aux différentes formes du service militaire dans les limites et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Toutefois, dans les organismes soumis à l'affectation collective de défense, le service de défense s'étend aux Français et aux étrangers mentionnés au troisième alinéa ci-dessus, âgés de plus de cinquante ans, ainsi qu'aux Françaises et aux étrangères sans nationalité ou bénéficiant du droit d'asile, âgées de plus de dix-huit ans.* Les obligations qui découlent de l'alinéa précédent s'appliquent nonobstant toutes dispositions conventionnelles ou statutaires relatives à la cessation de l'activité professionnelle ; elles cessent à l'âge de soixante-cinq ans ».

⁵ Pour ne citer que certaines des déconvenues en la matière, il suffit de relever la gestion chaotique de la situation des ressortissants originaires des anciennes colonies françaises ou de raconter les attermoissements infinis pour la résolution des problèmes rencontrés par ceux qui, contraints de s'installer en France, auraient dû se voir reconnaître sans hésitation tous les droits attachés à la nationalité française ; v. D. n° 2002-902 du 27 mai 2002 portant création d'une mission interministérielle aux rapatriés, *JO* 28 mai 2002 p. 9630 ; ce décret crée, dans ce cadre une section « rapatriés » et une section « Français musulmans rapatriés » (la discrimination que suppose la dissociation n'a pas été relevée) ; arr. 2 décembre 2002 relatif à l'organisation de la mission interministérielle aux rapatriés, *JO* 3 décembre 2002, p. 19822. Cet arrêté précise les missions

marquée par l'acquisition de la nationalité française, se lit au prisme d'une notion d'ordre public déterminante qui surplombe le droit des étrangers en France – ce, paradoxalement, à partir de sentiments prêtés aux citoyens, l'idée étant de se saisir d'un prétendu « sentiment d'insécurité collectif » pour parvenir à un « sentiment de sécurité » dont les éléments constitutifs sont de la seule appréciation des pouvoirs publics.

Par ailleurs, l'article 21-17 du Code civil (Titre I bis relatif à la nationalité) prévoit une condition de « résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de la demande de naturalisation » par un étranger¹ ; cette condition est dite de « stage » selon la lecture qu'en opère l'article suivant, l'article 21-18. Cet article 21-18 répercute, d'une certaine façon, dans son troisième alinéa certains échos des notions de vertu et de mérite, saisies au travers des termes de talents et de capacités. Ces aptitudes et compétences dépendent, elles aussi, de la seule appréciation des pouvoirs publics : « Le stage mentionné à l'article 21-17 est réduit à deux ans : (...); 2°. Pour celui qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France ». Une idée similaire se retrouve dans l'article 21-19 qui prévoit que « peut être naturalisé sans condition de stage : (...) 6°. L'étranger qui a rendu des services exceptionnels à la France ou celui dont la naturalisation présente pour la France un intérêt exceptionnel... ». Mais encore, selon l'article 21-21, « la nationalité française peut être conférée par naturalisation sur proposition du ministre des affaires étrangères à tout étranger francophone qui en fait la demande et qui contribue par son action éminente au rayonnement de la France et à la prospérité de ses relations économiques internationales ». Il serait erroné d'y voir une mesure

des 2 sections. L'article 2 prévoit que la section « rapatriés » se doit « de coordonner, en liaison avec l'Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer et le Service central des rapatriés, les dispositifs prévus pour l'indemnisation des rapatriés et leur protection sociale ; d'assurer le suivi des dossiers des rapatriés réinstallés et le secrétariat de la Commission nationale d'aide aux rapatriés réinstallés ; / de traiter le contentieux qui découle de la mise en oeuvre des mesures en faveur des rapatriés dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence du SCR ou de l'ANIFOM ; de traiter toute question relative aux politiques en faveur des rapatriés ». L'article 3 de cet arrêté précise les missions de la seconde section : « participer, en relation avec les administrations concernées, à l'élaboration des réglementations relatives au statut des harkis et autres membres de formations supplémentaires et assimilés ; / définir et d'organiser la mise en oeuvre des dispositifs de soutien et d'action sociale en faveur de ces personnes et de leurs familles ; / mobiliser l'ensemble des services publics concernés par les questions de formation professionnelle et d'emploi en faveur de ces populations ; / coordonner et animer l'action des préfetures et des collectivités territoriales partenaires dans ces domaines ». Les tournures linguistiques font de la première section une instance délibérative, de la seconde une commission consultative.

¹ V. aussi, art. 21-16 du Code civil : « Nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature du décret de naturalisation » : CE, 27 mai 2002 *M. Mekla Seghir Daouadji*, req. 234632 : « il ressort de ces dispositions que les conditions légales de la naturalisation ne sont pas réunies lorsque l'intéressé n'a pas fixé en France de manière stable le centre de ses intérêts » (en l'espèce, il avait quitté la France depuis plus de quinze mois pour exercer une activité professionnelle au Canada, alors même qu'il avait résidé en France depuis 1979 et désirait y revenir).

altruiste qui tiendrait compte de la situation propre et personnelle de l'étranger. Ce qui constitue la base de la décision est l'intérêt de la France, et plus particulièrement, ce sont des intérêts stratégiques et économiques : l'utilitarisme ainsi révélé donne à la faveur accordée une tonalité insidieuse ; si elle permet d'enregistrer l'appartenance de l'étranger à la communauté française, la faveur accordée accentue la césure entre les référents originaux et ses références sociales qui font état de son allégeance à l'Etat¹.

B – Puisque « la naturalisation constitue une *faveur* accordée par l'Etat français à un étranger et n'est donc jamais un *droit* pour l'intéressé », accorder une faveur est une mesure discrétionnaire ; le Conseil d'Etat entérine ces deux temps sans avoir cherché à en décoder les sous-entendus idéologiques. Ces éléments sous-tendent la réintroduction de la notion de faveur dans le système de droit, suscitant un questionnement encore inachevé sur les notions d'actes *favorables* ou *défavorables* aux intéressés, sur les catégories de personnes *défavorisées*, sur les fonctions de la *discrimination positive*, sur les actions menées à l'appui de thèmes, objets et domaines dits *prioritaires*. En quelque sorte, la question du favorable et du défavorable prend de plus en plus le pas sur les notions de raisonnable et de déraisonnable qui avaient jusqu'alors assuré, dans les systèmes juridiques des sociétés démocratiques contemporaines, une saisie objective des valeurs sociales.

De cette logique qui met la notion de faveur au cœur du contentieux de l'appartenance, l'idée que l'appartenance se choisit et se décide par le seul impétrant, apparaît indéniablement infondée. Le raisonnement conduit par les pouvoirs publics confirme combien les discours relatifs à la libre appartenance à un groupe, au choix par chacun de ses référents, au droit à la différence individuelle et collective induisent

¹ Et sur ce point, les « harkis » en France vivent cette cassure collective permanente, considérés comme « traitres » à la cause de la révolution algérienne d'un côté, et toujours regardés avec méfiance de l'autre côté alors même qu'ils ont (de par leur libre arbitre ou sous la contrainte) rejoint les forces armées de la puissance coloniale. La situation qui leur est faite, devrait inciter à réfléchir sur les effets politiques, sociaux et psychologiques de ces marques de reconnaissance : cf. arr. 4 décembre 1990 portant création d'une mission de réflexion sur les harkis, JO 16 décembre 1990 ; l'article 1^{er} de cet arrêté dispose : « Il est créé une mission de réflexion sur les harkis. Elle aura pour objet : - de dresser un bilan relatif à la situation morale et matérielle de la communauté ; - de dresser un bilan du dispositif des aides spécifiques en faveur de nos compatriotes français musulmans rapatriés mis en place depuis leur rapatriement ; - et enfin, de suggérer, au terme de cette analyse, des propositions au Gouvernement ». Par ailleurs, c'est en un seul temps marqué par une approche tendant à l'exposition d'un « droit repentancier » que le Conseil d'Etat annule une décision de reconduite à la frontière concernant un enfant de harki : « Considérant que Mme Tataï, de nationalité algérienne, est la fille d'un harki qui a combattu dans les rangs de l'armée française et qui est mort pour la France en 1960 ; qu'elle justifie ainsi de la qualité d'*orpheline de guerre* et qu'elle a d'ailleurs perçu à ce titre une allocation viagère de l'Office national des anciens combattants jusqu'à l'âge de seize ans ; qu'aux termes des articles L. 461 à L. 464 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, l'intéressée avait vocation à la qualité de pupille de la nation ; qu'il résulte de ces circonstances et notamment de l'histoire familiale de Mme Tataï, que la décision de reconduite à la frontière prise à son encontre est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ... » : CE, 27 juin 2001, Mme Tataï, req. 224521.

en erreur : quel que soit l'angle de vue, quel que soit le mode d'approche, une personne identifiée peut prétendre ou vouloir être rattachée à un groupe, à une entité, à un ensemble, mais ce sont les instances dominantes de ce groupe, de par leur propre autorité et celle que puisse être leur légitimité, qui *décident* de son appartenance ou de sa non-appartenance¹. La notion de *faveur* joue ainsi un rôle capital dans la détermination d'une appartenance à un groupe social comme à une catégorie juridique. Comme pour les décisions relatives à la régularisation des étrangers en France, en matière de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, elle repose sur la mise en œuvre d'un droit : celui de voir sa demande examinée, voire réexaminée, mais elle révèle l'exercice d'un fort pouvoir discrétionnaire qui, de mesures gracieuses en mesures partiales, frôle l'arbitraire. Le balancement entre soumission et domination, entre sujétion et puissance, reflète le regain des pratiques moyenâgeuses quand les puissants, rois et empereurs, distribuaient privilèges et prodiguaient faveurs au gré de leurs humeurs, suivant leurs coups de cœur, sans discernement, leur générosité ne révélant que condescendance et suffisance et invitant quiconque en devenait bénéficiaire à exprimer son allégeance et à signifier sa docilité.

Dans un avis du 22 août 1996, le Conseil d'Etat, saisi par le ministre de l'Intérieur, devait analyser les règles applicables aux personnes de nationalité étrangère non ressortissantes de l'Union européenne, résidant en France mais dépourvues de titre de séjour². Ces personnes se trouvaient souvent dans une situation en forme d'impasse qui les rendaient « ni expulsables, ni régularisables » ; le ministre demandait dans quelle mesure elles disposaient du « droit de voir régulariser leur séjour » du seul fait qu'elles répondaient à un certain nombre de conditions législatives recomposées et interprétées dans des circulaires administratives³, comme par exemple : être parent d'un enfant né en France ; s'être vu refuser le statut de réfugié ; être conjoint ou enfant d'un étranger résidant en France ; résider sur le territoire français depuis plusieurs années ; être entré sous le couvert d'un visa de court séjour alors expiré...

Dès les premières phrases de son avis, le Conseil d'Etat s'attache à éclaircir les termes de la question, la reformulant et la modifiant : « Il convient, tout d'abord, d'observer qu'il ne peut exister un « droit à la régularisation », expression contradictoire en elle-même. La régularisation, par définition, est accordée dans l'hypothèse où le demandeur d'un titre de séjour ne bénéficie pas d'un droit, sinon il

¹ v. G. Koubi, L'entre-deux des droits de l'homme et des droits des minorités: un concept d'appartenance ?, *Rev. trim. Droits de l'Homme*, n° 18, avril 1994, p. 177.

² CE ass. Avis consult. (Section de l'intérieur), 22 août 1996, n° 359.622.

³ v. CE, 13 janvier 1984, *Rouin*, req. 48422, *Rec. CE*, tables, p. 470 (à propos d'une circulaire de régularisation des travailleurs étrangers du 11 août 1981) ; CE, 21 novembre 1994, *M. Alixan Alkayrak* (à propos d'une circulaire du 23 juillet 1991 d'objet similaire), note : P. Gonod, *RFD adm.* 1995, p. 100 ; v. également, circ. 24 juin 1997 relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, *JO* 26 juin 1997, p. 9819.

suffirait qu'il le fasse valoir. Au contraire, l'autorité administrative a le pouvoir d'y procéder, sauf lorsque les textes le lui interdisent expressément, ce qu'ils ne font pas dans les cas mentionnés dans la demande d'avis. Ainsi cette autorité peut prendre à titre exceptionnel, et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une *mesure gracieuse favorable à l'intéressé*, justifiée par la situation particulière dans laquelle le demandeur établirait qu'il se trouve ». De ce fait, pour [a]voir sa situation régularisée, il ne suffit pas pour un étranger « sans papiers » de répondre aux conditions posées par les différentes circulaires du ministre de l'Intérieur émises à ce propos au fil des années : les critères exposés pour une régularisation de sa situation ne sont pas des critères d'appartenance à une catégorie d'étrangers dont la situation serait *de facto* régularisée¹. Relever de la catégorie des étrangers « régularisables » ne fait pas de l'étranger concerné, un étranger qui se trouvera, par la suite, en situation régulière au regard des lois relatives à l'entrée et au séjour en France. L'administration est seule à pouvoir décider de cette régularisation, son pouvoir d'appréciation ne connaissant pas d'autres limites que de forme et de procédure (délai de traitement du dossier, motivation...).

Le respect des formes et procédures pour traiter des demandes de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, nonobstant les indications qui pourraient être insérées dans des circulaires administratives émanant tant du ministre de l'Intérieur, du ministre de la Justice que des ministres ayant en charge l'emploi et le travail, les affaires sociales et la solidarité, repose sur la lecture de l'article 21-25-1 du Code civil : « La réponse de l'autorité publique à une demande d'acquisition de la nationalité française par naturalisation doit intervenir dix-huit mois au plus tard après la date à laquelle a été délivré au demandeur le récépissé constatant la remise de toutes les pièces nécessaires à la constitution d'un dossier complet. Ce délai peut être prolongé une seule fois de trois mois par décision motivée » ; l'article 27 précise encore que « toute décision déclarant irrecevable, ajournant ou rejetant une demande d'acquisition, de naturalisation ou de réintégration par décret ainsi qu'une autorisation de perdre la nationalité française doit être motivée ».

Le Conseil d'Etat réaffirme le principe de la règle de l'examen particulier de l'affaire qui s'impose à l'administration pour toute demande, réclamation ou recours administratif. Le raisonnement développé à propos de la régularisation trouve ici à s'appliquer : « Si donc le demandeur [...] a un droit, c'est celui de voir son propre cas donner lieu à examen et, éventuellement, à réexamen lorsqu'un élément nouveau apparaît dans sa situation ». Les éléments présentés à l'appui d'une demande de naturalisation, marquant un désir d'appartenance à la communauté française, un souhait de rattachement à la France, font, du fait de la procédure et des principes qui

¹ v. pour une analyse sociologique du parcours administratif suivi par des étrangers désormais régularisés à la suite de la circulaire du 24 juin 1997 sus-citée : B. Simonin, (dir.), dossier : De la régularisation à l'intégration : stratégies, atouts, obstacles... *Migrations - études*, n° 97, janv.-févr. 2001.

s'y attachent, l'objet d'analyses essentiellement au cas par cas¹.

III ... MAIS « À LA FAVEUR DES POUVOIRS PUBLICS »

Il n'existe pas de « droit à une faveur » quels que soient les éléments du dossier présenté et quelles que soient les situations des demandeurs.

A - Dans une décision du 18 janvier 1993, *Mlle Arab*², le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler que les conditions relatives à l'état de santé d'un candidat à la naturalisation ou à la réintégration dans la nationalité française avaient été abrogées, en dépit du maintien d'un examen médical. La matière – à cette époque, au vu du Code de la nationalité française et sans qu'ait été invoquée l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France – laissait à l'administration « un large pouvoir d'appréciation », notamment dans son analyse du bien-fondé d'une demande de réintégration dans la nationalité française. Quel que soit le cas, la décision de non-réintégration dans la nationalité française ne saurait se fonder légalement sur le seul état de santé du demandeur. En l'espèce, le motif principal du refus opposé par l'autorité administrative compétente à Mlle Arab était constitué sur l'appréciation de son état de santé (cécité). Or, se trouvant saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, sans transition, le Conseil d'Etat répète la formule, classique, selon laquelle « la naturalisation constitue une faveur accordée par l'Etat français à un étranger et n'est donc jamais un droit pour l'intéressé ». Mais, de la demande de réintégration à la nationalité française, le Conseil d'Etat passe à la question de naturalisation sans expliciter cette translation linguistique. Retenant le fait que l'ensemble de la famille de Mlle Arab est de nationalité algérienne – et estimant sans doute les motivations de sa demande insuffisantes – le juge relève que l'administration n'a commis « aucune erreur d'appréciation quant au *sort* à réserver à la demande de l'intéressée ». Ce « *sort* » peut être de diverses natures et de divers effets allant du refus définitif à l'ajournement de la demande, ce dernier temps marquant l'effort attendu du candidat à la naturalisation ou du demandeur d'une

¹ C'est d'ailleurs sur le fondement de ces principes que les demandes de régularisation globales d'un ensemble de personnes « sans papiers » aboutissent rarement, quelles que fussent les actions et revendications exprimées, de l'occupation de locaux diversifiés, dont notamment les églises à des actions quasi suicidaires comme celle de la grève de la faim. Les autorités administratives compétentes se réservent le droit de décider seules des composants de ces éléments, sans qu'il lui soit nécessaire d'arguer de notions humanitaires – qui souvent, ne révèlent que l'inférence d'une morale, d'une « bonne conscience » à sauvegarder.

² CE, 18 janvier 1993, *Mlle Arab*, req. 110311.

réintégration à la nationalité française.

Cette décision n'est pas exceptionnelle. La problématique des mesures de faveur a été reconnue à plusieurs reprises, elle est confortée par les discours politiques et administratifs et sera ainsi à chaque affaire consolidée par le juge administratif.

L'article 21-27 du Code civil détaille les conditions d'acquisition de la nationalité française par rapport à certaines données de droit pénal : « Nul ne peut acquérir la nationalité française ou être réintégré dans cette nationalité s'il a été l'objet soit d'une condamnation pour crimes ou délits constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou un acte de terrorisme, soit, quelle que soit l'infraction considérée, s'il a été condamné à une peine égale ou supérieure à six mois d'emprisonnement, non assortie d'une mesure de sursis » ; mais il ajoute encore qu'« il en est de même de celui qui a fait l'objet soit d'un arrêté d'expulsion non expressément rapporté ou abrogé, soit d'une interdiction du territoire français non entièrement exécutée (...) / il en est de même de celui dont le séjour en France est irrégulier au regard des lois et conventions relatives au séjour des étrangers en France ». Dans une décision du 30 mars 1984, *M. Abecassis*¹, le juge avait signalé que le fait de remplir les conditions posées par les articles 61 à 71 du Code de la nationalité – en vigueur dans cette espèce – « ne donne aucun droit à obtenir la naturalisation, laquelle constitue une faveur accordée par l'Etat français à un étranger »; cependant, il avait saisi l'occasion d'ajouter que « l'administration peut, pour refuser la naturalisation, se fonder sur des faits couverts par une loi d'amnistie, l'amnistie ayant pour seul effet d'enlever aux faits leur caractère délictueux sans interdire au ministre d'en tenir compte dans l'appréciation qu'il fait du comportement général d'un étranger à l'occasion de l'examen d'une demande de naturalisation ». L'interprétation ici donnée de la notion d'amnistie par le juge administratif révèle la variabilité de la notion de faits amnistiés selon les situations et les personnes en cause.

L'octroi d'une mesure de faveur suppose ainsi que les critères juridiques avérés pour tout un ensemble d'actions, d'activités ou d'actes, n'auraient pas cours pour attester de l'appartenance à la communauté française².

Indépendamment des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945³, l'article 21-14-1 al. 1 du Code civil prévoit que « la nationalité française est conférée par décret, sur proposition du ministre de la défense, à tout étranger engagé dans les

¹ CE, 30 mars 1984, *M. Abecassis*, req.° 40735.

² Alors que le rappel de faits amnistiés serait vigoureusement interdit pour certaines affaires mettant en cause des nationaux, il apparaît pouvoir fonder les décisions en matière de droit des étrangers. Ni oubli, ni pardon, ni grâce, ni indulgence ne seraient invocables, la logique comme la rationalité juridique et sociale ne se trouvant pas mises en œuvre en cette matière « sensible ».

³ Art. 15, Ord. 2 novembre 1945 : « sauf si la présence de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public, la carte de résident est délivrée de plein droit, sous réserve de la régularité du séjour ... 6°) à l'étranger ayant servi dans une unité combattante de l'armée française ».

armées françaises qui a été blessé en mission au cours ou à l'occasion d'un engagement opérationnel et qui en fait la demande ». De même, l'article 21-19 dispose que « peut être naturalisé sans condition de stage : (...) 4° L'étranger qui a effectivement accompli des services militaires dans une unité de l'armée française ou qui, en temps de guerre, a contracté un engagement volontaire dans les armées françaises ou alliées ». La qualité de combattant pour la France n'a de portée que dans deux cas : avoir été blessé, s'être volontairement engagé¹. Elle détient toutefois la valeur d'un argument substantiel pour les demandes de visa ou de titre de séjour². Mais, il n'y a pas d'automatisme en la matière et l'action d'éclat de l'un n'éclaire jamais la demande d'un autre, fût-il son conjoint, son fils ou sa fille³.

Pour illustrer ce propos, il suffirait de reprendre ce qui n'apparaît souvent que sous la forme d'un simple fait divers dans des journaux et magazines, comme cette « histoire d'une femme qui pensait pouvoir être française » :

« Quand Aïcha naît à Saïda en 1943, l'Algérie est française. Son père appartient à l'armée de terre de 1913 à 1943. Une carrière militaire française classique couronnée en 1930 par une Légion d'honneur. Après sa mort, sa femme obtient une pension de veuve de guerre. Les enfants sont pupilles de la nation. Aïcha a alors six mois. De cet homme, il ne reste qu'un livret militaire et une belle image : celle du père "mort pour la France". 1962, c'est en France, où elle vit depuis neuf ans, qu'Aïcha fête

¹ Le Conseil d'Etat estime que les mentions de l'article 15 de l'ordonnance de 1945 « n'ouvrent pas au bénéfice [d'un] étranger un droit à l'obtention d'un visa de long séjour sur le territoire français ; ainsi, en l'absence de stipulations d'une convention internationale ou de dispositions législatives ou réglementaires déterminant les cas dans lesquels le visa peut être refusé, [ces dispositions] ne font pas obstacle à ce que l'autorité diplomatique ou consulaire, saisie d'une demande de visa de long séjour par un étranger ayant servi dans une unité combattante de l'armée française, refuse la délivrance du visa sollicité en se fondant non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais aussi sur toute autre considération d'intérêt général » : CE, 8 juillet 2002, *M. X...*, req. 223323 [v. cependant, note 35].

² CE, 15 mai 2002, *Mme Fatma Benséghir*, req. 221242 : « Mme Benséghir, née le 5 décembre 1925, vivait seule en Algérie depuis le décès de son époux et de sa fille avec laquelle elle habitait ; six autres de ses enfants résidaient en France ; elle bénéficiait d'une pension de réversion du chef de son mari, ancien combattant de l'Armée française, prisonnier de guerre de 1940 à 1945 ; dans ces circonstances particulières, en refusant de délivrer à l'intéressée un visa de long séjour, le consul général de France à Alger a porté à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels il a pris la décision attaquée ».

³ Les décisions de justice sont, en la matière, indénombrables. Ainsi, la qualité d'ancien combattant de l'armée française dont se prévaut un étranger lors d'une demande d'entrée ou de séjour sur le territoire est généralement considérée par le juge comme étant « sans influence sur la légalité de la décision attaquée » ; de la même manière, les circonstances qu'un demandeur exposerait selon lesquelles il serait venu en France pour faire valoir ses droits ou les droits des membres de sa famille en sa ou en leur qualité d'héritiers de son père décédé et ancien combattant de l'armée française, ne suffisent pas pour le juge administratif « à établir que l'autorité administrative aurait commis une erreur manifeste dans l'appréciation des circonstances de la décision de refus de délivrance du titre de séjour ou d'un certificat de résidence sur la situation personnelle de l'intéressé ».

ses 20 ans et l'indépendance de l'Algérie. Toute la famille prend la nationalité algérienne. Aïcha, obéissante, suit. Mais sa vie est à Paris, carte de résidente en poche. Sa mère, malade, s'installe à son tour en France, à Toulon. Elle obtient sa réintégration dans la nationalité française en 1983. Aïcha présente la même requête en 1981. Simple formalité : Aïcha, née en Algérie française, d'un père militaire français et mort pour la nation française, a été française pendant vingt ans et n'a vécu en Algérie que les onze premières années de sa vie. Elle doit juste produire les extraits de naissance et les certificats de nationalité de ses parents. Mais le certificat de nationalité de son père est introuvable. Le service central de l'état civil de Nantes lui envoie la lettre-type : « Les archives d'Algérie ont été constituées par microfilmage des deux tiers des registres tenus dans ce pays avant son indépendance. L'acte sollicité fait partie des registres non microfilmés ». La logique est alors simplissime : s'il n'y a plus de trace officielle de la nationalité du capitaine Maata, c'est qu'il n'a pas été français. L'armée, elle, a bien gardé dans ses archives tous ses faits d'armes, retranscrits d'une petite écriture serrée sur un papier qu'Aïcha sort et récite à tout instant. Du sentiment, pour l'administration française. 1989, sa demande de réintégration est ajournée à deux ans. 1993, Aïcha saisit le Conseil d'Etat. Début 1996, la section du contentieux rejette sa demande et rappelle au passage que « la réintégration, comme la naturalisation, constitue une faveur accordée par l'Etat français à un ressortissant étranger »¹.

Néanmoins, quand il peut être constaté que les conditions préalables à l'acquisition de la nationalité française ne sont pas remplies, le ministre ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation, le refus de la naturalisation relevant d'une compétence liée : « le ministre est tenu de refuser la naturalisation, la demande étant déclarée irrecevable »².

B – L'article 21-15 du Code civil précise que « l'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique résulte d'une naturalisation accordée par décret à la demande de l'étranger ». La redondance, repérée dans la combinaison des termes de « décision de l'autorité publique » et de « décret », est la marque indéniable de l'exercice d'un pouvoir de l'administration³. Or, dans le cadre contentieux, ce n'est pas au nom de l'Etat que la décision est prise ; c'est « au nom du peuple français » que la notion de faveur trouve à s'inscrire dans notre système de droit⁴, ici, à l'occasion de

¹ Relatée sous ce titre : Aïcha, celle dont la France ne veut plus, *Nouvel Observateur*, 1997, n° 1685.

² CE, 1^{er} février 1989, *M. Olé Ivar Jakobsen*, req. 90823 ; or, curieusement, à la suite de ce constat, l'avertissement est recommencé : « cependant, le fait de remplir ces diverses conditions ne donnant aucun droit à obtenir la naturalisation, laquelle constitue une faveur accordée par l'Etat français à un étranger [...], il appartient au ministre chargé des naturalisations d'apprécier s'il y a lieu de la décider, de la refuser ou de l'ajourner ».

³ v. O. Doukouré, *Le droit français de la nationalité - Anthropologie juridique de la naturalisation*, mémoire Ecole doctorale de droit comparé, Etudes africaines, Paris I, 2001, www.sos-net.eu.org [consult. 7 déc. 2002].

⁴ Art. L. 12 CJA : « Les jugements sont rendus au nom du peuple français » ; les premiers termes des articles

la situation des étrangers en France, immigrés ou immigrants, qui sollicitent une « appartenance » administrative, politique et sociale à la France.

Cette notion de faveur, aussi dissimulée soit-elle, repose sur tout un ensemble de préceptes moraux dont les contours sont vagues et dont la substance reste floue or, elle est en instance de s'implanter dans toutes les branches du droit dès lors qu'une question d'appartenance à une entité, à une classe sociale, à une catégorie juridique, à un groupe de population, à un espace, en serait l'objet...

L'article 21-4 du Code civil, relevant des dispositions concernant l'acquisition de la nationalité française par mariage, prévoit encore que « le Gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'Etat, *pour indignité ou défaut d'assimilation*, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger ... En cas d'opposition du Gouvernement, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française... ». L'idée d'indignité n'est pas le pendant inverse de la notion de dignité – notion qui, dans ce cadre, ne renvoie pas au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et ne repose pas sur l'idée de moralité qui s'inscrit à l'article 21-23 du Code civil : « Nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de bonnes vie et mœurs »¹. L'indignité à laquelle se réfère l'article 21-4 doit être comprise comme

cités ci-après reprennent cette disposition : art. R.741-3 : « Les jugements des tribunaux administratifs débute par les mots "Au nom du peuple français" ... » ; art. R.741-4 : « Les arrêts des Cours administratives d'appel débute par les mots "Au nom du peuple français" ... » ; art. R.741-5 : « Les décisions du Conseil d'Etat débute par les mots "Au nom du peuple français" ... » ; art. R.742-3 : Les ordonnances débute par les mots « "Au nom du peuple français" ... » .

¹ La dominante des discours est toujours, tout aussi paradoxale que cela puisse sembler, *l'intégration*. Les bonnes mœurs auxquelles se réfère l'article 21-23 renvoient plus particulièrement aux questions relatives au « mariage », tant pour ce qui concerne les mariages des enfants pubères, les mariages dits « blancs », que pour la prohibition des mariages forcés ou l'interdit de la polygamie. De par la loi, « un étranger polygame vivant en France avec un conjoint ne peut se voir accorder le bénéfice du regroupement familial pour un autre conjoint », la conséquence en est que « seuls les enfants du demandeur et de son conjoint admis au titre du regroupement familial peuvent bénéficier du regroupement. Sont exclus ... les enfants d'un autre conjoint non admissible au regroupement familial » (ord. 1945, art. 30). Une circulaire du 7 novembre 1994 signale que « le droit constitutionnel à une vie familiale normale (...) s'exerce dans le respect des règles relatives à la maîtrise des flux migratoires », aussi, le législateur s'octroie le pouvoir de préciser « les conditions dans lesquelles le droit au regroupement familial [peut] être refusé. *Celles qui ont un caractère social sont nécessaires à la réussite de l'intégration* » (circ. 7 novembre 1994 relative au regroupement familial, JO 9 novembre 1994, p. 15939). Un refus peut être opposé, une exclusion peut être décidée. Adressée aux préfets, une circulaire du 1^{er} mars 2000 relative au regroupement familial des étrangers annonce ainsi que « dans les deux cas, refus ou exclusion, le législateur a pris soin de ne pas lier votre compétence et de vous laisser apprécier si un regroupement familial peut être autorisé, même si toutes les conditions de fond ne sont pas remplies. Il ne s'agit pas, juridiquement et littéralement, de cinq conditions à remplir par l'intéressé, mais des motifs limitativement énumérés qui permettent à l'administration de refuser le regroupement familial au demandeur ou aux bénéficiaires concernés » (circ. DPM/DM 2-3 n° 2000-114, 1^{er} mars 2000 relative au regroupement familial des étrangers, PM 1 13/1195, *texte non paru au Journal officiel*). Cependant, afin d'éviter des dérives, trop courantes en la matière, la circulaire précise encore que « le membre de famille dont la présence en France constitue une menace pour l'ordre public peut être exclu du

une incapacité, une inaptitude à s'insérer dans la société¹, à en admettre les valeurs, à en assimiler les conduites.

Ce peut être autant des faits de dépendance² et d'absence d'autonomie de pensée et d'action par rapport aux codes sociaux et juridiques du pays d'émigration (pays d'origine), que des difficultés à se plier aux codes du pays d'immigration (en l'occurrence, la France)³. Les engagements politiques⁴ répondent également à cette perception de la dignité mais leur appréhension relève d'une appréciation de l'assimilation des valeurs sociales défendues par la société plutôt que d'une approche qui mettrait au cœur du débat la notion d'indignité.

L'article 21-4 du Code civil, outre l'indignité, introduit aussi parmi les motifs de refus de naturalisation le « défaut d'assimilation ». L'assimilation revêt une connotation idéologique particulière tant elle est marquée par les politiques mises en œuvre durant la période coloniale, tant elle fut un des moyens d'inculcation des valeurs culturelles françaises, notamment en Algérie. Cette notion d'assimilation, si elle est un résidu de la colonisation française, acquiert le caractère de critère déterminant pour le prononcé d'une mesure de faveur, pour accorder la naturalisation à un étranger qui la demande⁵. Elle rassemble, en quelque sorte, les différents critères utilisés pour apprécier une appartenance à la communauté française.

L'article 21-20 du Code civil prévoit que « peut être naturalisée sans condition de stage la personne qui appartient à l'entité culturelle et linguistique

regroupement familial, sans que la demande soit automatiquement rejetée pour l'ensemble des bénéficiaires du regroupement familial. Vous entendez la notion de menace pour l'ordre public *au sens strict*. Il est exclu de retenir des considérations d'ordre économique ou social pour estimer qu'il existe une menace à l'ordre public ».

¹ v. J.-Y. Vincent, Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice, in G. Koubi (dir.), *De la citoyenneté*, Litec, 1995, p. 102.

² D'où les conditions de « ressources » qui doivent être évaluées comme « suffisantes » pour tout étranger sollicitant un visa d'entrée sur le territoire ou demandant le renouvellement de son titre de séjour.

³ La question cruciale de l'exclusion constitue, de nos jours, l'un des pivots des illustrations venant à l'appui de ces modes de constatation de la non-assimilation des valeurs sociétales.

⁴ Dans une affaire relative à l'obtention du statut de réfugié en France, parce qu'une attestation, particulièrement circonstanciée, faisant état de la participation du demandeur à « des manifestations en faveur des droits de l'homme et de ses sympathies vis-à-vis du parti communiste soudanais (...) n'a pas été vue par l'office français de protection des réfugiés et apatrides », le Conseil d'Etat, soulignant les « risques personnels graves en cas de retour au Soudan » courus par l'intéressé, estime que, si l'expulsion du territoire est fondée en droit, le pays de destination ne peut être, en l'espèce, le Soudan : CE, Prt, 28 décembre 2001, *Préfet de police c/ M. El Bachir Deyab Osman*, req. 216159.

⁵ v. cependant, CE, 5 novembre 1999 *Ministre de l'intégration et de la lutte contre l'exclusion c/ M. Sawadogo*, req. 172674 : le refus opposé à M. Sawadogo ressortissant du Burkina Faso, de présenter une demande de réintégration dans la nationalité française « en raison d'un défaut d'assimilation », était fondé sur le fait que, bien que monogame, il était marié sous le régime polygamique, régime qui était, à ce moment, le régime de droit commun au Burkina Faso ; la décision de refus pour défaut d'assimilation s'avère dès lors infondée.

française, lorsqu'elle est ressortissante des territoires ou *Etats dont la langue officielle ou l'une des langues officielles est le français*, soit lorsque *le français est sa langue maternelle*, soit lorsqu'elle justifie d'une *scolarisation minimale de cinq années dans un établissement enseignant en langue française* ». L'article 21-24 complète ces données : « 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 française* ». Dans une décision du 28 septembre 1988, *Mme Fleming*, le Conseil d'Etat estimait que l'intéressée, ressortissante britannique, née en 1920, quand bien même elle résiderait depuis 1930 sur la partie française de l'île de Saint-Martin, et qu'elle aurait été reconnue en 1958 par son père, de nationalité française, du fait qu'elle ne comprend ni ne parle la langue française, ne remplissait pas la condition de l'assimilation à la communauté française, la connaissance de la langue étant plus qu'insuffisante. Pourtant, ainsi que le juge le fait remarquer en l'espèce, « la majorité des habitants français de l'île de Saint-Martin utilise habituellement la langue anglaise ». Néanmoins, la nationalité étant liée à la perception de la citoyenneté, le rapport entre la nationalité et le territoire sur lequel réside le demandeur ne peut être le critère principal d'appréciation de la demande. Aussi, selon le Conseil d'Etat, « le ministre des affaires sociales n'a pas fait une inexacte application des dispositions ... du Code de la nationalité [alors en vigueur] en déclarant irrecevable la demande de naturalisation de Mme Fleming *en raison de son insuffisante assimilation à la communauté française* »¹. C'est suivant une argumentation similaire que Mme Mateo Valerio, ressortissante dominicaine, épouse d'un français, résidant en Guyane française et parlant couramment le créole guyanais habituellement utilisé dans cette portion du territoire de la République française « témoignait d'une assimilation insuffisante à la communauté française ». Le refus de réponse favorable apporté à la demande de naturalisation par mariage était ainsi justifié par le fait qu'elle « ne pouvait soutenir une conversation courante en français ». La connaissance de la langue française, et de celle-ci exclusivement, est donc fondamentale : l'usage courant d'une langue régionale ou d'un dialecte local qui seraient pourtant du patrimoine linguistique de la France, ne saurait suffire ainsi qu'on peut le déduire de cette décision du Conseil d'Etat du 7 novembre 2001². Faudrait-il considérer que la connaissance de la langue française serait le premier palier d'une adhésion aux « valeurs républicaines » ?

Discerner ce que recouvrent ces « valeurs » qui s'attachent à la perception de la République française, n'est guère aisé. Le terme n'apparaît pas dans les dispositions

¹ CE, 23 septembre 1988, *Mme Fleming*, req. 73554.

² CE, 7 novembre 2001 *Mme Mateo Valerio*, req. 212057, concl. I. de Silva, *Petites Affiches* 24 décembre 2001, p. 20, note J.-P. Thiellay, *AJDA-hebdo*, 23 septembre 2002, p. 815. Il resterait sans aucun doute à creuser la précision intégrée à l'article 21-24 du Code civil selon lequel la connaissance « suffisante » de la langue française par un étranger sollicitant sa naturalisation devrait être évaluée « selon sa condition ».

relatives aux modes d'acquisition de la nationalité ; les mentions figurant dans l'article 21-27 du Code civil n'apportent aucun éclairage sur ce point en tant qu'elles précisent que « nul ne peut acquérir la nationalité française ou être réintégré dans cette nationalité s'il a été l'objet ... d'une condamnation pour crimes ou délits constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou un acte de terrorisme... ». Ce n'est pas en se référant à des intérêts de la France, ni dans le cadre de la lutte contre le terrorisme que la question des valeurs défendues dans la société française interfère, souvent implicitement, dans le discours du juge administratif. Sans que ces valeurs puissent être clairement identifiées, le Conseil d'Etat a pu en signifier certains composants sans vraiment les isoler d'un ensemble de principes moraux et politiques. Il les a agencés autour de notions juridiques telles la laïcité ou l'égalité, et de facteurs sociaux et civils pouvant aller d'une appréciation des comportements attendus de toute personne, lesquels doivent être pacifiques et tolérants jusqu'à la prise en considération de sentiments moraux, relevant du respect d'autrui, de la déférence envers les autorités, de la civilité comme de la décence.

Pourtant, c'est finalement à une notion d'allégeance – qui est un des éléments clefs de la notion d'appartenance – que la fonction des valeurs républicaines renvoie alors même que la problématique devrait être enserrée dans l'application de la constitution, des lois et des traités internationaux¹. Ainsi, le juge, plutôt que signifier les atteintes aux lois réprimant les propos discriminatoires et prônant des actions violentes, se contente d'affirmer qu'entretenir « des liens étroits avec une organisation islamiste menant une action de propagande en faveur de thèses extrémistes et prônant le rejet des valeurs essentielles de la société française » ne peut permettre à quiconque l'acquisition de la nationalité française². Pour aussi évidente que la présente solution pourrait paraître, notamment dans une conjoncture qui qualifie la lutte anti-terroriste de priorité absolue, faudrait-il supposer qu'il est finalement demandé aux étrangers qui, résidant en France depuis de nombreuses années³, sollicitent leur naturalisation, en dépit des discriminations dont ils font l'objet, de devenir et d'être « plus français que les français » et d'en donner à chaque fois la preuve ?

De ces quelques aperçus fragmentaires, issus de la combinaison entre droit de la nationalité et droit des étrangers, ressort un constat inachevé en forme d'interrogation permanente qui pourrait être étendue au-delà de ces seuls champs.

¹ CE, 11 février 2002, *M. Ruwayha*, req. 216913 : le requérant « entretenait des relations avec divers groupements politiques du Moyen-Orient », « un tel motif, tiré de considérations touchant à la conduite des relations internationales de la France, qui n'est pas matériellement inexact, est au nombre de ceux qui permettent au ministre, lequel dispose en cette matière d'un large pouvoir d'appréciation, de refuser d'accorder la nationalité française ».

² CE, 29 juillet 2002, *M. Abderrahmane X.*, req. 224538.

³ v. cependant, E. Rude-Antoine, (dir.), *L'immigration face aux lois de la République*, Karthala, 1992.

La reconnaissance d'une appartenance à une entité requiert un processus complexe qui lie la lecture des parcours et itinéraires personnels (familiaux et individuels) et la considération de facteurs conjoncturels (contexte politique, intérêts économiques, mouvements sociaux) suivant une interprétation préétablie des normes juridiques ou sociales (forgées par le groupe et diligentées par les instances décidantes de ce groupe) et selon une hiérarchie prédéfinie des notions structurantes du groupe (nécessaire au maintien de sa cohésion et à la sauvegarde des liens collectifs qui s'y développent à la soumission comme à la compréhension du système social, politique ou juridique). La *faveur* invite à prendre acte de la soumission ou de la résignation qui est attendue du candidat, de l'impétrant qui, du fait de la discipline qu'elles prônent, s'astreint à l'obéissance aux normes et à la docilité. Elle prend en quelque sorte la forme d'une inféodation. Quant à la compréhension du système requise, composante de la notion de connaissance (de la langue, des valeurs, des principes et du droit), elle contraint les individus concernés à adopter des attitudes et conduites qui manifesteraient, de manière concrète et effective, l'adhésion au groupe, donc de leur appartenance à ce groupe... Elle renvoie à une notion de sujétion, à une forme d'allégeance.

En dépit des différentes étapes subies et réussies, parce qu'issue de mesures de faveur, de décisions discrétionnaires, de règles aléatoires, l'appartenance à un groupe social comme à une catégorie juridique, n'est jamais acquise une fois pour toutes, elle n'est jamais définitive : peuvent y interférer des phénomènes de défiance, des stratégies de fermeture, des attitudes de crispation desquelles procèdent des décisions de déchéance, d'exclusion, de bannissement, d'expulsion, de renvoi, de récusation... Tous les membres du groupe ou de la catégorie sont susceptibles de connaître ces rejets ou abandons, mais c'est trop souvent au nom d'une « origine » qui en signifierait l'extériorité et l'extranéité initiales que les appartenances sont défaites, déniées¹... – aussi est-il de plus en plus nécessaire, dans une société démocratique, de se garder du « démon des origines »².

Paris, le 23 mars 2003

Geneviève KOUBI

*Centre de théorie du droit, CNRS, Paris X Nanterre
et Centre d'étude et de recherches : Fondements du droit public
Paris X Nanterre et Cergy-Pontoise*

¹ V. par ex., M. Tribalat, *De l'immigration à l'assimilation - enquêtes sur les populations d'origine étrangère en France*, La Découverte, coll. Recherches, 1996.

² V. H. Le Bras, *Le démon des origines - Démographie et extrême droite*, L'Aube, coll. essais, 1998.

L'INTÉGRATION RÉUSSIE DES ISRAÉLITES A AIX-EN-PROVENCE DE LA RÉVOLUTION A L'AUBE DE LA III^e RÉPUBLIQUE

La présence juive à Aix est ancienne puisqu'au Moyen Age y vivait une importante communauté de plus de 1.200 personnes. Celle-ci disparaît, en 1500-1501, quand Louis XII bannit les israélites de Provence après son rattachement à la France. Le judaïsme n'est pas, en effet, une religion licite dans ce royaume où les juifs sont proscrits depuis plus de cent ans. Beaucoup d'exilés trouvent alors refuge dans l'enclave pontificale voisine à Avignon, Carpentras, Cavaillon, Isle sur la Sorgue. Vers le milieu du XVIII^e siècle, des marchands judéo-comtadins profitent de la liberté de commerce proclamée lors des foires pour venir à Aix comme tous les étrangers et y demeurer discrètement quelques jours supplémentaires. Ils obtiennent parfois des autorisations temporaires de séjour. Mais, ils y sont soumis à des tracasseries car leurs homologues chrétiens, inquiets de leur concurrence, les dénigrent et réclament leur expulsion. Tenaces, les judéo-comtadins bravent ces difficultés. A partir de 1780, ils sont de plus en plus nombreux à essaimer dans toute la Provence, désireux d'échapper aux pénibles contraintes réglementaires, sociales et financières de leurs carrières comme à leur inconfort. Ils sillonnent la région ou louent en catimini un local pour se livrer à leurs transactions. Les troubles qui agitent Avignon et le Comtat, à partir de 1789, déterminent de nouveaux départs d'israélites. Le décret de l'Assemblée législative des 27 septembre-13 novembre 1791, en leur accordant la plénitude des droits de citoyen, supprime toute entrave à leur émigration. Quelques familles judéo-comtadines viennent alors s'établir à Aix car l'ancienne capitale de Provence, auréolée de son passé prestigieux, présente des atouts économiques non négligeables. Si Aix compte, en 1789, près d'une cinquantaine d'israélites, ils sont 168 en 1808, 138 en 1831, 143 en 1841, 126 en 1851, 228 en 1861, 395 en 1866, 358 en 1872, sur une population qui évolue de 20.000 à 29.000 personnes dans le même temps. Représentant moins de 1,50 % des Aixois, ils pourraient passer inaperçus si ce n'était leur relative concentration dans un quartier délimité par le cours Mirabeau, la halle au grains, la rue de la Miséricorde (Clémenceau) et le cours Sextius où leur présence est sensible. En dépit de leur faiblesse numérique, les israélites, judéo-comtadins pour la plupart¹, vont par leur fort désir d'intégration et de

¹ En 1808, Aix ne compte qu'une ashkénaze pour 167 judéo-comtadins et, en 1851, le pourcentage d'ashkénazes n'atteint que 12,7 %.

promotion, jouer un rôle important à Aix durant la période étudiée, sans pour autant renier leur judaïcité.

I - L'INTÉGRATION DES ISRAÉLITES

Leur insertion dans la société aixoise va être facilitée par leur dévouement à l'intérêt public et leur sociabilité.

A - Leur dévouement à l'intérêt public

Leur civisme et leur philanthropie en sont l'illustration.

1 - Leur civisme exemplaire

Les juifs aixois, dès leur arrivée, témoignent d'un vigoureux sens civique.

En 1790, à l'appel de l'Assemblée constituante, plusieurs font des « dons patriotiques » conséquents. En l'an II et en l'an III, ils secourent la municipalité par des libéralités en numéraire ou sous forme de bijoux. En l'an II, le rabbin remet même, au nom de ses coreligionnaires, des chaînettes et des grelots décorant l'écrin de la Torah ainsi que le bâton en argent servant à la lecture liturgique « pour être employés à l'usage que la commune trouvera bon pour le bien et l'intérêt général » précise-t-il¹. En avril 1793, quelques négociants israélites décernent aux volontaires d'un bataillon aixois 70.734 livres (soit le tiers de la somme récoltée dans toute la ville). En l'an VI, deux négociants judéo-comtadins se font remarquer lors d'une souscription visant à financer une expédition contre l'Angleterre avec laquelle la France est en guerre². Dans les premiers jours de mars 1848, afin d'aider le gouvernement à surmonter ses difficultés, Jassuda Bédarride, qui est maire, paye d'avance ses impôts et invite, par voie de presse, les citoyens à suivre son exemple³. En avril 1848, il verse avec cinq autres responsables communautaires, des sommes conséquentes pour permettre l'établissement d'un comptoir d'escompte destiné à remédier à la crise monétaire⁴.

La communauté juive aixoise, soucieuse de sa respectabilité, collabore aussi avec les autorités au maintien de l'ordre. En l'an II et en 1848, de nombreux judéo-comtadins, n'hésitant pas à payer de leur personne,

¹ Arch. com. Aix. LL. 156, 157 et 158.

² Arch. com. Aix. LL. 214 et 215.

³ *Mémorial* 5 mars 1848.

⁴ *La Provence* 2, 6, 13 et 20 avril 1848.

servent avec enthousiasme dans la garde nationale ; quelques uns d'entre eux sont élus officiers, ce qui atteste de leur popularité. Trois personnes ont une attitude exemplaire :

-Le rabbin Digne, en 1822, prie lui-même la police de « prendre des moyens propres à réprimer son fils ». Ce dernier, ancien soldat, dans l'armée impériale a des accès de violence, depuis son retour à la vie civile, ce qui ternit l'image de la communauté.

-Josué Bédarride, en 1825, signale un vol de morue dont il a été témoin.

-La dame Carcassonne, concierge de la synagogue, en 1847, rapporte au commissariat des larcins jetés par des malfaiteurs dans son jardin¹.

-Les jeunes israélites, à la différence de beaucoup d'Aixoïis, ne se dérobent pas à leurs obligations militaires. Une dizaine s'engagent comme volontaires durant la période étudiée, tels les deux fils du négociant Jonathan Valabrègue, en 1870 : Abel, qui est élève-pharmacien n'a que 20 ans et demi ; Gabriel, 23. Abel décède en 1871, pendant le siège de Paris indique sa tombe, au cimetière d'Aix, surmontée d'une colonne brisée sur laquelle on peut lire ces trois mots : Dieu, Dévouement, Patrie. Leur frère Antony n'a pas pu suivre leur exemple en raison, sans doute, de sa santé délicate. Il manifeste, néanmoins, son civisme, en se démenant au sein de la commission municipale chargée de la défense nationale. Les proclamations de cet homme de lettres galvanisent les esprits et redonnent espoir aux aixois².

En octobre 1870, plusieurs notables israélites participent d'une manière substantielle à l'achat d'armes pour la garde nationale aixoise. Le 4 décembre 1870, à l'initiative de son président judéo-comtadin Moïse Laroque, le tribunal de commerce réunit 500 frs pour concourir à cet équipement et, durant toute cette guerre franco-prussienne, les responsables communautaires soutiennent le comité d'aide aux blessés³.

Ces marques de civisme valent aux israélites des éloges des autorités. Dès 1824, le comte de Villeneuve, préfet des Bouches-du-Rhône, écrit : « Depuis que les Israélites ont été reconnus citoyens et qu'on les a admis à tous les emplois, ils ont donné des preuves non équivoques de dévouement pour le bien public et l'administration n'a jamais eu que de bons témoignages à rendre sur leur conduite politique »⁴.

Leur philanthropie facilite tout autant leur intégration dans la société

¹ Arch. com. Aix. I.1, art. 7, fol. 78 ; I.1. art. 13, fol. 204 ; I.1, art. 30, fol. 66.

² Arch. com. Aix. H.2. art. 7 ; H.2. art. 9, fol. 24 et 439 ; D.1. art. 22, fol. 206, 210 v° et D.1. art. 23, fol. 28 v° ; *L'écho des Bouches-du-Rhône* 6 novembre 1870.

³ *L'écho des Bouches-du-Rhône* 4-23 octobre et 9 décembre 1870.

⁴ C. De Villeneuve, *Statistiques du département des Bouches-du-Rhône*, Marseille, Ricard, tome II, 1824, p. 705.

aixoise.

2- Leur philanthropie édifiante

Durant tout le XIX^e siècle, les israélites manifestent leur sollicitude envers les malheureux de toutes confessions.

Un « bureau de la miséricorde », composé de quatre membres, siège, dès 1822, au temple de la rue Mazarine. En 1830, une somme de 898 frs, employée à secourir « les pauvres passants », figure au budget de la synagogue. Les fidèles concourent, par ailleurs, à l'entretien d'une salle d'asile, d'une société de bienfaisance et de deux écoles gratuites pour les indigents établies à Marseille. En juin 1839, les dames sont invitées à confectionner des ouvrages pour une tombola au profit de ces établissements d'enseignement¹.

Les israélites aixois se distinguent particulièrement, par leur générosité, lors de souscriptions en faveur de victimes d'épidémies de choléra ou d'inondations².

Plusieurs, dans leurs testaments, font des legs importants à l'hospice ou au bureau de bienfaisance. Régine Bédarride, en 1833, laisse 100 frs aux pauvres de la ville ; Michaël Bédarrides, en 1838, fait distribuer 500 frs à ceux du culte israélite et 500 frs aux catholiques. Enfin, à sa mort, en 1843, le propriétaire Crémieu confie sa très riche collection conchyliologique au muséum d'histoire naturelle d'Aix³.

Des notables israélites s'investissent dans des sociétés caritatives :

-Hananel Crémieu, l'un des responsables communautaires, est nommé par le préfet, en avril 1850, membre de la commission aixoise chargée de réfléchir aux réformes à apporter aux sociétés de prévoyance et de secours mutuel.

-En 1851, le Docteur Lisbonne est médecin de la société d'assistance mutuelle de la ville.

-Salomon-Bessalel Bédarride et Mardochée Crémieu s'activent au bureau de bienfaisance.

-Hananel Crémieu et Moïse Laroque collaborent à la commission administrative du Mont-de-Piété pendant de longues années.

-Les avocats Jassuda Bédarride et Jules-Salomon Crémieu assurent des permanences au bureau des consultations gratuites du Palais.

¹ Arch. dép. Marseille. 126.V.2 ; 127.V.1 ; C. De Villeneuve, *op. cit.*, tome II, 1824, p. 703.

² Arch. com. Aix. I.6. art. 13 ; *Mémorial* 6 décembre 1840 et 3 janvier 1841.

³ Cf. A. PASCAL, Monographie du bureau de bienfaisance d'Aix-en-Provence, *Annales de Provence*, 1923, pp. 96-106 et Monographie de l'hôpital Saint-Jacques d'Aix-en-Provence, *Annales de Provence*, 1920-1921, pp. 238-241 ; Musée d'histoire naturelle d'Aix. Registre des donateurs, p. 1.

-Hananel Crémieu, Léon Crémieu et Moïse Laroque sont administrateurs de la Caisse d'épargne qui, dans l'esprit de ses promoteurs, est destinée à inspirer le goût de l'économie et de la prévoyance chez le peuple.

-En 1863, Jassuda Bédarride fait partie de la commission chargée de recueillir des fonds pour les ouvriers rouennais sans travail.

-En 1896, Benjamin Abram s'implique dans la « Société Aix-Vélo de Provence » qui concourt aux fêtes de charité par des courses de bicyclettes.

Leurs épouses ne sont pas de reste :

-A l'oeuvre des crèches, en 1861, parmi ses 78 bénévoles figurent Mesdames Gustave-Emmanuel Bédarrides, Édouard Bédarrides et Léon Crémieu.

En 1887, sur les 46 militantes de la section aixoise de l'Union des femmes de France, 13 israélites sont dénombrées (28,26 %). La vice-présidente en est Mme Eliacin Naquet. Ce groupement a pour but de secourir les blessés en cas de guerre. A cet effet, il organise « des cours destinés à propager les notions élémentaires d'hygiène et de petite chirurgie indispensables non seulement pour former de bonnes ambulancières-infirmières, mais encore pour compléter l'éducation que toute mère de famille doit posséder »¹.

Un autre atout facilitant l'intégration des israélites est leur sociabilité.

B - Leur sociabilité

Celle-ci semble très appréciée à en juger par les liens étroits unissant les juifs au reste de la population aixoise et leur participation à divers groupements.

1 - Leurs liens étroits avec la population aixoise

Les israélites, dès leur installation, manifestent un désir d'échanges avec les chrétiens. Ces contacts entre judéo-comtadins et catholiques sont d'autant plus aisés que les premiers y sont habitués depuis des siècles. Très proches des provençaux, ils parlent leur langue et ont l'esprit « imprégné du même humanisme, de la même malice et de la même sagesse ensoleillées » explique Armand Lunel². Des relations d'affaires, domestiques, mais surtout amicales, s'instaurent rapidement entre les deux groupes. Dès 1794, les israélites font appel à des non-juifs comme témoins lors d'heureux événements, rédigent leurs testaments ou accomplissent, en leur présence, des

¹ *L'écho des Bouches-du-Rhône* 23 mars 1851, 22 janvier et 17 juin 1860, 28 janvier 1866 ; Arch. dép. Marseille. 93.V.2 ; Musée Arbaud. Dossier 303.

² A. Lunel, Comtat Venaissin, *L'arche*, 26 septembre-15 octobre 1972, p. 24.

formalités de décès¹. Afin d'éviter que le culte juif soit entouré d'un halo mystérieux, entretenant confusions et préjugés, il arrive que des chrétiens soient invités à des offices à la synagogue. En 1824, plusieurs amis catholiques du rabbin Mardochée Crémieu viennent écouter sa dernière homélie prononcée pour Kippour. Le 22 septembre 1840, les autorités de la ville et une foule de personnes de toutes confessions participent à l'inauguration du temple de la rue Mazarine. Beaucoup, n'ayant pu trouver place dans le bâtiment archicoble, doivent suivre la cérémonie de l'extérieur.

Conscients de la puissance du clergé aixois, illustrée par *La conquête de Plassans*², les israélites s'efforcent de l'amadouer par divers gestes :

-En octobre 1847, des prières de reconnaissance sont dites à la synagogue en faveur du pape Pie IX qui vient de nommer une commission afin d'améliorer le sort de ses sujets israélites.

-Le 4 février 1848, Jassuda Bédarride fait don d'une statue de la vierge à la confrérie des pénitents gris.

-En octobre 1869, au cours d'un voyage à Rome, l'avoué Salomon-Bessalel Bédarride rend visite à Pie IX « qui lui donne en partant sa bénédiction apostolique mais le dispense de lui baiser les pieds », indique *l'Écho des Bouches-du-Rhône* du 3 octobre 1869.

Des liens personnels s'établissent même entre juifs et ecclésiastiques. Ainsi Hananel Crémieu a de bons contacts avec l'abbé Diouloufret qui enseigne l'hébreu à la faculté de théologie. L'avocat général Gustave-Emmanuel Bédarrides réussit à s'attirer la sympathie de l'archevêque d'Aix. L'abbé Jersey de Bonde, qui dirige une oeuvre de jeunesse, est un familier des Crémieu, tandis que les Cohen partagent leur maison avec une ancienne religieuse³. Ces chrétiens n'éprouveraient-ils pas un secret plaisir à travailler les Écritures avec leurs ascendants ?

¹ Sur 97 mariages célébrés à Aix, entre israélites, de 1793 à 1872, on en dénombre 55 (soit 56,70 %) où les témoins ne sont pas uniquement juifs. Ils se répartissent de la manière suivante :

- 1 témoin chrétien : 23 mariages (23,71 %),
- 2 témoins chrétiens : 17 mariages (17,53 %),
- 3 témoins chrétiens : 11 mariages (11,34 %),
- 4 témoins chrétiens : 4 mariages (4,12 %).

Le recours à des chrétiens lors des déclarations de naissances est moins fréquent. Sur les 254 enfants nés dans la communauté israélite aixoise, durant la même période, 179 sont faites en présence de deux témoins israélites (70,47 %), 35, d'un chrétien et d'un juif (13,78 %) et 40, de deux « gentils » (15,75 %). Parmi ces quarante dernières, 13 concernent des enfants nés hors mariages ou issus de couples mixtes.

² En 1856, le nombre de religieux à Aix est de 654 sur une population de 26.136 habitants, soit 2,5 %.

³ *Archives israélites de France*, 1840, pp. 13, 139, 140, 596 ; Arch. des pénitents gris d'Aix; Arch. nat. BB.6.II.26 ; Arch. com. Aix. F.1. art. 9, fol. 131.

2 - Leur participation à divers groupements

Les qualités relationnelles des juifs aixois, leur dévouement à l'intérêt général les amène à s'investir dans des associations. Si l'aristocratique cercle Sextius, appelé le cercle des nobles, leur demeure fermé en 1830, de nombreux établissements les accueillent volontiers.

•Les cercles

Ainsi fréquentent-ils divers cercles, le plus souvent mondains, où l'on peut se distraire en compagnie de gens généralement issus du même milieu social.

Dès 1821, un dirigeant communautaire, le banquier Michaël Bédarrides, est admis au cercle du Musée, composé d'une cinquantaine de propriétaires, d'hommes de loi, de médecins, entretenant des « relations d'estime et d'affection mutuelles ». Leur but est « de se procurer un honnête et utile délassement par leurs réunions, la liberté de leurs entretiens, la lecture de gazettes et leurs jeux dans un lieu non public et exempt de la licence qui se pratique dans les cafés » précisent les statuts de ce club.

En janvier 1822, ce même Bédarrides est l'un des organisateurs du bal donné, à l'occasion du carnaval, par la société du Trianon qui rassemble des personnes de bonne moralité.

De 1822 à 1837, les banquiers et négociants Bédarrides, Crémieu, Laroque, Lyon, Milhaud sont membres du cercle du commerce. Cette association est le point de rencontre du monde des affaires car les courtiers y affichent chaque semaine le prix des denrées locales.

De 1847 à 1852, parmi les 123 affiliés du libéral cercle constitutionnel figurent 16 israélites : les avocats Alphandéry, Bédarride et Crémieu, l'avoué Bédarride, les banquiers Edouard Bédarrides et Léon Crémieu, le médecin Lisbonne, les négociants Bédarrides, Hananel Crémieu, Moïse Crémieu, Laroque, Gabriel Milhaud, Joseph Milhaud, les propriétaires Léon Crémieu, Crémieu-Vidal, le substitut Gustave-Emmanuel Bédarrides.

En 1855, ce dernier, devenu président de chambre, est l'un des fondateurs du cercle de la ville d'Aix auquel participent Édouard Bédarrides et Léon Crémieu. Parmi les 85 habitués de cet établissement se rencontrent les principaux fonctionnaires de la ville et une cinquantaine de nobles.

De 1857 à 1860, Édouard Bédarrides, Idida, Léon et Moïse Crémieu appartiennent au cercle de l'union qui regroupe 64 personnes, « les plus honorables de la ville » note le sous-préfet. Malheureusement, ces grands bourgeois s'y livrent à un jeu effréné et perdent des sommes considérables. Le préfet, ému par ce désordre, ordonne la fermeture du « tripot » en décembre 1859.

En 1860, le cercle impérial, de la même veine que le précédent, accueille Édouard Bédarrides, Idida, Jassuda et Léon Crémieu parmi ses 64 sociétaires.

De 1856 à 1864, dans la cinquantaine d'habitues du conservateur cercle de Provence, on note la présence des négociants Bédarrides, Mardochée Crémieu, de l'avocat Jules-Salomon Crémieu et de l'avoué Salomon Lisbonne.

En 1868, le littérateur Antony Valabrègue siège, en compagnie de Cézanne, au cercle du Midi. Ses vingt-cinq membres, issus surtout de l'artisanat, s'y retrouvent 3 dans un but de mutualité et de coopération » stipulent ses statuts.

En 1870, Gabriel Lisbonne est à l'Athénée où viennent se détendre une vingtaine d'étudiants.

En 1871, Salomon-Bessalel Bédarride, le propriétaire Bédarride-Vidal et Daniel Milhaud, sont au nombre des 101 militants du cercle républicain.

De jeunes israélites fréquentent également les cafés du Cours. Ils s'y adonnent au billard ou à des jeux de hasard au grand mécontentement de leurs parents. Joseph Alphanéry, d'une habileté redoutable, réussit à gagner de fortes sommes d'argent au « Café Clément ».

•Les associations culturelles

Si l'académie des sciences, agriculture, arts et belles-lettres d'Aix leur demeure inaccessible au XIXe siècle, plusieurs associations culturelles accueillent des judéo-comtadins.

-Les cercles musicaux

De 1864 à 1866, font partie des quelques 180 mélomanes du cercle musical : l'avocat Benjamin Abram, le propriétaire Ernest Bédarrides, le chapelier Zacharie Haas, les négociants Lionel Bédarrides, Mardochée Crémieu, Gabriel Milhaud. Ce dernier qui chante, de 1880 à 1885, à la chorale Sainte-Cécile va-t-il contribuer à l'éveil musical de son fils Darius ?

-Les groupes de comédiens amateurs

Adolphe Crémieux, étudiant à Aix, vers 1819, fait du théâtre en amateur. Édouard Bédarrides et son épouse Léonie se produisent avec d'autres amis dans un vaudeville joué, lors d'une soirée à la sous-préfecture, à l'occasion du carnaval, en février 1858.

-Les comités des fêtes

Quatre israélites prêtent un concours bénévole à des cérémonies historiques.

Jassuda Bédarride et Léon Crémieu participent, en 1851, au comité chargé de la préparation de la Fête-Dieu. En mai 1869, lors de la reconstitution de l'entrée du Roi René à Aix, au milieu d'un cortège formé,

pour l'essentiel, de nobles, Benjamin Abram tient le rôle de roi de la Basoche, son lieutenant est un certain Crémieu, vraisemblablement s'agit-il d'Adrien, le fils de l'avocat Jules-Salomon Crémieu. Ces deux jeunes gens entendent-ils, ainsi, marquer leur parité avec l'aristocratie aixoise, rendre hommage au "bon roi René" d'Anjou qui protégea les juifs de Provence au XVe siècle, ou tout simplement faire une bonne action puisque cette manifestation est organisée dans le cadre d'une fête de charité ?

•Les associations éducatives

Sous le Second Empire, Charles-Fernand Alphandéry et Benjamin Abram se montrent assidus à la société de jurisprudence qui rassemble périodiquement au Palais des juristes pour débattre de questions de droit et, principalement, des avocats stagiaires pour les former à la discussion.

En 1869, Benjamin Abram, Salomon-Bessalel Bédarride et Daniel Milhaud sont membres du comité aixois de patronage des écoles polonaises en France. Le but de cette institution, fondée à l'initiative de Léonilas Wolowski, un homme de lettres, est de favoriser le développement de ces établissements d'enseignement. Lors de sa première réunion, ce comité choisit d'élargir son action, se déclarant « prêt à protéger toutes les infortunes polonaises qui lui paraîtraient dignes de l'être ».

En 1899, Lionel Bédarrides, Adrien Crémieu et Gabriel Milhaud sont à l'amicale des anciens élèves du collège Bourbon et du Lycée Mignet. Ses buts sont de subvenir à la scolarité des enfants méritants, mais peu fortunés, et d'encourager les élèves par des prix.

•Les loges

Enfin, plusieurs israélites sont initiés dans des loges maçonniques aixoises. Onze adhèrent aux conservateurs Amis de la Bienfaisance, situés près de la synagogue. Dix-huit se risquent aux très républicains Arts et l'Amitié ; deux, au populaire Maillet écossais. Six exercent des responsabilités au sein de ces ateliers.

-Aux Arts et l'Amitié, sont orateurs : l'avoué Bédarride de 1848 à 1850, Jules-Salomon Crémieu de 1863 à 1869, Benjamin Abram en 1869.

-Aux Amis de la Bienfaisance, en 1851, Jules-Salomon Crémieu est orateur, Jacob Lisbonne, trésorier, Léon Crémieu, auditeur des comptes.

-Au Maillet écossais, Javal-Halphen est vénérable sous le Second Empire.

Jassuda Bédarride, Jules-Salomon Crémieu, Léon Crémieu, Daniel Milhaud atteignent même de hauts grades et sont membres du chapitre des Arts et l'Amitié¹.

¹ Musée Arbaud. Dossier 330 ; Arch. dép. Marseille. 4. M.632, 633, 634, 635 ; Arch. dép. Aix. Registres des Arts et l'Amitié ; Arch. N. Rouland ; Mémorial 21 février 1858 et 1^{er} novembre 1874.

Cet engagement est très bénéfique car les maçons, au XIX^e siècle, quadrillent la ville et contribuent à y répandre un esprit de tolérance. Ce climat de compréhension va faciliter l'ascension des israélites comme l'épanouissement de leurs qualités.

II - LA PROMOTION DES ISRAÉLITES

Dans le Comtat Venaissin, jusqu'à son annexion, les israélites étaient soumis par la réglementation pontificale à toutes sortes de discriminations. Ainsi, ne pouvaient-ils pas posséder d'immeubles, de maisons, ni de terres, en dehors de leur habitation dans les carrières. Le commerce des marchandises neuves, des denrées alimentaires et des animaux leur était interdit. Ils ne devaient exercer aucune fonction publique les plaçant en position de supériorité ou d'autorité sur des chrétiens. L'ensemble de ces restrictions avait poussé les juifs vers la friperie, la brocante, le prêt d'argent et le métier de tailleur.

La Révolution, en proclamant l'Égalité civile, fait disparaître toutes ces entraves et permet aux israélites de développer librement leurs talents. Dès lors, leur promotion est rapide. Elle est perceptible au travers de leur réussite professionnelle et de leur participation à la vie politique locale.

A - Leur réussite professionnelle

Leur ascension économique et l'émergence d'une élite intellectuelle traduisent ce succès.

1 - Leur ascension économique

Cette ascension débute par l'achat de biens immobiliers. Entre 1791 et 1798, une douzaine de juifs aixois se portent acquéreurs de biens nationaux et, tout au long du XIX^e, ils accumulent maisons, locaux commerciaux et domaines agricoles¹. Plusieurs immigrants judéo-comtadins bâtissent, en quelques années, d'importantes fortunes égales ou supérieures à celles des meilleures maisons de l'aristocratie, tels Michaël Bédarrides, Mardochee Crémieu ou Hananel-David Crémieu, trois des deux cents contribuables les plus imposés de la ville en 1802, ou Jacob Crémieu dont le patrimoine dépasse la coquette somme de 400.000 frs en 1849. Les dots de leurs jeunes

¹ P. Moulin, *Documents relatifs à la vente des biens nationaux dans le département des Bouches-du-Rhône*, Marseille, Barlatier, 1908-1911, tome 1, pp. 453, 456, 460-461, 507 ; tome 2, pp. 132, 458-460, 466, 558 ; tome 3, p. 546.

filles, très supérieures à la moyenne de celles des chrétiennes, montrent l'opulence des familles juives. Leur train de maison confirme leur aisance : en 1851, 17 ménages sur 32 (53%) sont pourvus de serviteurs et des inventaires après décès dévoilent la richesse de leurs intérieurs.

L'évolution professionnelle de certains témoigne de leur ascension sociale et du succès de leurs entreprises.

•Le négoce et la banque

Les Bédarrides et les Crémieu, peu après leur arrivée à Aix, se lancent avec bonheur dans les affaires, créant des filatures de soie et une fabrique de draps. Qualifiés de marchands, de revendeurs, voire même de marchands de bestiaux au début de la Révolution, ils figurent comme « propriétaires » sur un tableau dressé, en 1806. A partir de la Restauration, ils cumulent les activités de négociants et de banquiers. Michaël Bédarrides est également commanditaire d'une grosse fabrique de produits chimiques ; Jacob Crémieu possède une auberge ; Samuel Bédarrides, un lavoir à laine et deux entrepôts.

Les Crémieu, Milhaud et Laroque s'associent au début du XIXe siècle pour « faire la commission des denrées du pays », principalement celle d'amandes, d'huile et de laine. Leur maison prend une envergure considérable avec l'ouverture, le 10 octobre 1856, d'une ligne de chemin de fer reliant Aix à Marseille et la construction d'une gare, à proximité de ses magasins. Dès lors, son négoce des amandes revêt une dimension internationale¹.

Les marchands juifs, de niveau plus modeste, sont aussi pleins d'allant.

•Les forains

Assez spectaculaire est l'enrichissement de deux forains : Jacob Astruc et Nathan Beaucaire.

Le premier, colporteur en 1809, marchand en 1825, est qualifié de propriétaire, en 1835. A sa mort, en 1838, deux jours sont nécessaires au notaire chargé de procéder à l'inventaire de ses biens.

Le second, marchand de chevaux, en 1809, possède à son décès, en 1831, une maison de plusieurs étages, somptueusement meublée, et moult bijoux, dont une canne à pommeau d'or².

•L'habillement

Dès 1831, Moïse Bédarride, a une boutique de vêtements "bien assortie" dotée de l'enseigne rassurante « Au gagne-petit ». Mais ce sont surtout des ashkénazes qui dominent le secteur de l'habillement :

-Caïn Aïman, fils d'un colporteur, né à Versailles en 1806, fonde, vers

¹ Arch. M. Amado et P. Abram.

² Arch. dép. Aix. 302.E.1410 et 305.E.369.

1840, rue de la Miséricorde (Fabrot), « La ville de Paris », un magasin de prêt-à-porter qui devient le rendez-vous des élégants. Étant l'un des premiers commerçants aixois à mesurer l'impact de la publicité, il attire sa clientèle par d'incessants encarts tentateurs dans la presse. Son entreprise essaima : à la fin de l'Empire, deux de ses gendres, également ashkénazes, ouvrent des commerces similaires au centre-ville.

Zacharie Haas, né en 1834 à Sarreguemines, crée à la Rotonde, vers 1865, une chapellerie qui prend une grande importance puisqu'elle emploie trois cents ouvriers, en 1875. Audacieux, Zacharie Haas n'hésite pas à monter à Paris, en juillet 1867, présenter à l'exposition universelle, les produits de son industrie. Cette manifestation étant consacrée à l'histoire du travail de l'âge de pierre au XIXe siècle, il a même l'idée ingénieuse d'y installer un atelier fabriquant des couvre-chefs sous le regard des visiteurs. Son initiative, très appréciée, est récompensée par une médaille d'honneur¹.

•La restauration

En octobre 1865, Salomon-David Foa, né à Toulon, en 1815, ouvre le « Café de France », rue des Chapeliers, à l'hôtel d'Eguilles. Décoré avec goût, muni de tout le confort désirable, doté d'un salon, d'une terrasse et d'une salle de billard, cet établissement est aussitôt très fréquenté. Ce succès décide son propriétaire, débordant d'idées, à y créer, à grand renfort de publicité, en avril 1866, un restaurant à prix fixe et à y donner, en mars 1867, des concerts. A la fin de l'année, Salomon-David Foa y aménage un hôtel, tandis qu'il ouvre sur le Cours, face à la fontaine d'eau chaude, le « Café des Tuileries ». Ce débit de boisson ne désemplit pas quand l'imaginatif patron, en février 1868, le transforme en café-concert et y engage des artistes venus de toute la France².

•Les gentlemen-farmers

Certains commerçants ou négociants israélites, qui acquièrent des domaines agricoles, se muent en véritables gentlemen-farmers : suivant de près la gestion de leurs exploitations, ils s'efforcent de les mettre en valeur et de les moderniser par des innovations techniques. Lors d'un concours agricole, en 1864, un Bédarride reçoit une médaille d'argent pour sa fabrication de semoule. A l'occasion d'une manifestation analogue, en 1869, Moïse Laroque obtient une médaille d'or pour le vin rouge de sa propriété de Puyricard et Salomon-David Foa, une médaille de bronze pour sa machine à triturer³.

De nombreux satisfécit sont décernés à tous ces hommes laborieux et

¹ *La Provence* 26 novembre 1843, 30 avril 1846, 30 novembre 1848 ; *L'écho des Bouches-du-Rhône* 7 juillet 1867, 25 avril, 14 novembre et 19 décembre 1869 ; J.-B. BAILLE, *La Provence à l'exposition universelle de 1867*, Marseille, Barlatier-Feissat et Demonchy, 1867, p. 8.

² *Mémorial* 8-15-29 avril 1866, 31 mars et 3 novembre 1867, 20 septembre 1868.

³ *Mémorial* 25 septembre 1864 et 25 avril 1869.

entreprenants par les autorités. Leur réussite, comme leurs qualités, suscitent chez leurs collègues plus de respect que de jalousie. Elles valent à Édouard Bédarrides, Hananel et Léon Crémieu, Zacharie Haas, Moïse Laroque, Joseph et Gabriel Milhaud d'être élus, à plusieurs reprises juges au tribunal de commerce. L'équité et l'esprit de conciliation de Joseph Milhaud, l'arrière grand-père du compositeur, étant légendaires, les commerçants, bien souvent, préfèrent recourir à son arbitrage, plutôt qu'au tribunal, pour résoudre leurs litiges. Joseph Milhaud et Moïse Laroque sont également membres de la chambre consultative des arts et manufactures. Cet organisme, qui est le porte-parole des milieux d'affaires auprès du gouvernement, s'efforce de stimuler l'activité économique par ses multiples initiatives. Moïse Laroque cumule les responsabilités : président du tribunal de commerce et de la chambre des arts et manufactures pendant plus de vingt ans, il représente l'arrondissement d'Aix à la chambre de commerce de Marseille, s'investit au sein de la chambre d'agriculture et contribue à la création de la caisse du Crédit rural¹. En récompense de son action, la Légion d'honneur lui est décernée et son nom est attribué à une rue de la cité.

Cette rapide ascension économique reflète-t-elle une poursuite de l'excellence ? On serait tenté de le penser à en juger par la réussite scolaire des jeunes juifs.

2 - L'émergence d'une élite intellectuelle

Dès 1808, 31 enfants juifs fréquentent les écoles publiques de l'arrondissement. Les fillettes ne sont pas oubliées puisqu'en 1835, on note la présence d'une institutrice israélite à Aix². En 1850, la communauté comprend déjà un médecin, quatre hommes de robe (deux avocats, un avoué, un magistrat) et deux banquiers car les adolescents les plus doués ont été poussés, après le collège, vers des études supérieures.

•Une jeunesse méritante

Entre 1811 et 1871, en effet, une soixantaine de jeunes israélites, venus de toute la Provence fréquentent la faculté de droit d'Aix. Neuf s'y distinguent : Albert Alphanbéry, Lucien Bédarrides, Ernest et Joseph Carcassonne, Adrien, Édouard et Jules-Salomon Crémieu, ainsi que Moïse-Osée Valabrègue y obtiennent des prix. Benjamin Abram, Jules-Salomon Crémieu et Moïse-Osée Valabrègue y soutiennent leur doctorat³.

Certains étudiants israélites accèdent à des professions libérales, d'autres briguent des emplois publics.

¹ Arch. com. Aix. F.2. art. 2, 4 et 9 ; Musée Arbaud. M.D.81

² Arch. dép. Marseille. 112.V.1 ; Arch. com. Aix. E.1.35, art. 14 v°.

³ Arch. Faculté de Droit d'Aix.

•Les avocats

-Parmi les avocats, le plus connu est le nîmois Adolphe-Isaac Crémieux qui est inscrit à la faculté d'Aix, de 1815 à 1817. Considéré comme l'un des plus brillants avocats du XIXe siècle, il est promu ministre de la Justice dans le gouvernement provisoire, en 1848, et dans celui de la Défense nationale, en 1870. Auteur de nombreuses publications, il se fait remarquer par sa campagne pour l'abandon du serment *more judaïco*, demandé aux seuls israélites devant les tribunaux, et est à l'origine du décret attribuant la citoyenneté française aux juifs d'Algérie, en 1870. Il préside aussi le Consistoire central, de 1843 à 1845, et l'Alliance Israélite Universelle, de 1868 à 1880, à la fondation de laquelle il a pris part, en 1860. Il conserve cependant des attaches à Aix, où il vient plaider à différentes reprises. Les aixois se pressent, alors, pour l'écouter, le considérant un peu comme des leurs.

-Jassuda Bédarride, fils d'un cardeur de laine, est né à Aix en 1804. Il s'inscrit au barreau de sa ville natale, en 1825, et en est bâtonnier, de 1846 à 1848. Son habileté, son éloquence, ses recherches forcent l'admiration de ses confrères et celle des chroniqueurs judiciaires. Ses travaux sur le droit des sociétés, les brevets d'invention, le dol, la fraude, l'arbitrage, les faillites, le droit maritime, comme ses commentaires du code de commerce (17 volumes) attestent des qualités de cet éminent jurisconsulte et lui valent de devenir membre correspondant de l'académie de législation de Toulouse.

-Le marseillais Joseph Cohen s'installe comme avocat à Aix, en 1837. Ce pénaliste réputé collabore parallèlement au *Mémorial*, un journal local. En 1843, il se rend en Algérie pour y étudier les conditions de vie de ses coreligionnaires. Il y organise un consistoire dont il est, en 1845, président et qu'il représente à Paris, après son retour, en 1848. Rédacteur en chef, puis directeur de divers organes parisiens, il fait paraître plusieurs articles consacrés aux israélites algériens et à la liberté des cultes, ainsi que des études relatives à l'histoire du judaïsme, à l'Empire allemand, à la législation des eaux ou à des questions constitutionnelles. En 1867, il est nommé officier de la Légion d'honneur pour services rendus à l'Empire.

-Jules-Salomon Crémieux, né à Nîmes, en 1819, est le fils d'un riche propriétaire. Après avoir soutenu une brillante thèse consacrée à la *Théorie des actions possessoires*, il s'établit avocat à Aix, en 1842, et devient bâtonnier, de 1866 à 1868.

-Adrien Crémieux, son fils, né à Aix en 1852, inscrit au barreau, en 1874, est bâtonnier de 1897 à 1899 ; son petit-fils, le professeur de droit Louis Crémieux, assure cette même fonction électorale de 1937 à 1939.

-Benjamin Abram, fils d'un propriétaire, né à Marseille en 1846, est avocat à Aix, dès 1866, puis bâtonnier, de 1886 à 1888 ; il apparaît à ses

contemporains comme le « grand civiliste » de la III^e République¹.

-Une douzaine d'autres jeunes israélites s'inscrivent au barreau aixois durant la période étudiée : David Crémieu en 1827, Joseph Alphandéry, Gustave-Emmanuel Bédarrides, Moïse Laroque en 1837, Daniel Beaucaire en 1838, Javal-Halphen en 1855, Charles-Fernand Alphandéry en 1858, Albert Alphandéry, Alexandre Abram, Albert Bédarrides, Moïse-Osée Valabrègue en 1866 et Eliacin Naquet en 1869.

•Les avoués

-Salomon-Bessalel Bédarride, né en 1809, frère de Jassuda Bédarride, devient l'un des principaux avoués aixois. Il se fait remarquer par différentes recherches sur les octrois, les hypothèques, la procédure et un article dans le *Mémorial* préconisant une réforme de l'enseignement de cette matière dans les facultés.

-Edouard-Salomon Lisbonne, né à Nyons en 1820, fils d'un négociant, s'installe comme avoué à Aix vers 1857.

•Les magistrats

Certains de ces hommes de robe aspirent à entrer dans la magistrature, ce qui ne va pas sans difficultés, quand on est juif. Ainsi la candidature du très brillant Auguste Carcassonne à un emploi de juge à Tarascon, en 1855, est rejetée car « il ne jouit pas d'une considération suffisante, étant israélite », indique une note confidentielle du procureur impérial de cette localité².

Ceux qui y parviennent, comme la plupart des magistrats à cette époque, appartiennent à des familles très fortunées, élément crucial, qui détermine presque, en ce temps, la perspective d'une promotion et d'une brillante carrière.

-Gustave-Emmanuel Bédarrides, fils d'un banquier, né à Aix en 1817, connaît un cursus éblouissant. Substitut du procureur du Roi à la Cour d'Aix, à 23 ans, en 1840 ; promu, en 1848, premier avocat général, par Adolphe Crémieux ; président de chambre, en 1854 ; on lui confère, en 1877, la présidence de la chambre des requêtes de la Cour de cassation. Ses compétences l'amènent à participer au conseil académique, à la commission de surveillance des écoles normales d'Aix et, par sept fois, à des jurys de concours d'agrégation. La cravate de commandeur vient récompenser ce magistrat d'exception, en 1879.

-Très audacieux, son fils Michel-Édouard-Albert, né à Aix, en 1845, sert dans la magistrature coloniale.

-En 1870, à la chute du régime, Adolphe Crémieux, revenu au

¹ Arch. nat. Archives biographiques françaises ; M. Provence, *Le cours Mirabeau*, Aix-en-Provence, éd. du Bastidon, 1953, p. 133.

² Arch. dép. Aix. 74.U.3-4.

gouvernement, favorise le recrutement de quelques unes de ses connaissances : cinq judéo-comtadins sont alors nommés magistrats dans le ressort de la Cour d'Aix : Charles-Fernand Alphanféry, procureur à Grasse, Alexandre Abram, substitut à Castellane, Benjamin Abram, substitut à Brignoles, Edouard-Salomon Lisbonne, juge de paix à Arles et Ernest Valabrégue, juge au tribunal de première instance d'Aix. Charles-Fernand Alphanféry devient, en 1883, procureur général à la Cour de Bordeaux. Ernest Valabrégue, promu conseiller à la cour d'Aix, en 1881, s'y fait remarquer par sa science juridique, sa grande érudition, comme par ses publications dans *La revue pratique de droit français*. Ses qualités lui valent de recevoir, en 1903, la Légion d'honneur¹.

Les passages au ministère de la Justice d'Adolphe Crémieux ont donc permis de forcer certains préjugés.

•Un agrégé de droit

Eliacin Naquet, né à Carpentras en 1843, est le frère d'Alfred Naquet, l'instigateur de la loi sur le divorce. Il fait de brillantes études à la faculté de droit d'Aix, puis à celle de Paris où il soutient sa thèse en 1869. Admis à l'agrégation, en 1870, dès son premier concours, il est affecté à la faculté de Grenoble, en qualité de chargé de cours, en juin 1870. Nommé substitut général à la Cour de Lyon, le 3 octobre 1870, il revient à l'enseignement, le 25 septembre 1871, un poste lui étant offert à la faculté d'Aix. Il va y occuper successivement les chaires de procédure civile, de législation criminelle et de droit civil. On lui confie, de plus, des cours de droit de l'enregistrement et de droit notarial. Le 5 septembre 1883, Eliacin Naquet retourne à la magistrature en qualité de procureur général à la Cour d'Aix ; un décret de 1903 lui confère, enfin, le titre de premier président honoraire. Auteur d'ouvrages sur les droits d'enregistrement, la tierce opposition, l'organisation judiciaire, l'enseignement du droit, il écrit également des articles portant sur ces matières dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* ainsi qu'au *Recueil Sirey*. Plusieurs décorations viennent récompenser cet éminent jurisconsulte puisqu'il est officier de la légion d'Honneur et de l'Instruction publique, commandeur du Mérite agricole, grand officier de la Couronne d'Italie et du Medjidié².

•Un médecin

Joseph-Haïm Lisbonne, fils d'un négociant, né à Aix en 1815, est le premier médecin israélite à s'y installer vers la fin des années 40 et à être chef

¹ Arch. nat. BB.6.II.26, 619 ; *L'écho des Bouches-du-Rhône* 13-27 novembre 1870 et 22 janvier 1871.

² *Dictionnaire des Bouches-du-Rhône*, Paris, Flammarion, 1901, pp. 859-860 ; M. De Montvallonn, Deux magistrats provençaux : Naquet et Fassin, *Annales de Provence*, 1922, pp. 195-211.

des hospices¹.

•Un homme de lettres

Antony Valabrègue, fils d'un propriétaire, voit le jour à Aix, en 1844, et y fait ses études au collège. Ami de Zola, il publie des recueils de poèmes ainsi que de nombreuses études littéraires ou artistiques et devient rédacteur de différentes revues. « C'est au soleil du Midi que le poète a mûri. Cette poésie large et fortement colorée se ressent de la lumière ardente et des larges horizons de la campagne aixoise » écrit fièrement le *Mémorial* du 7 juin 1868, qui publie périodiquement quelques unes de ses compositions².

•Les jeunes enseignants

Plus modestement, certains jeunes gens choisissent de faire carrière dans l'enseignement primaire.

Si, en novembre 1815, sous la Restauration, le recteur s'oppose à l'admission d'un candidat israélite, pourtant très brillant, à l'École normale d'Aix, estimant que « pour pouvoir devenir membre de l'Université, il faut professer la religion chrétienne », la situation évolue sous la monarchie de Juillet. Le catholicisme, n'étant plus « la religion de l'État », mais « la religion professée par la majorité des Français », de jeunes juifs font carrière dans l'enseignement.

En 1842, Abraham Azuelos et Coralie Cohen sont les majors de l'examen permettant d'enseigner dans le primaire. La direction de l'école israélite de Marseille va être confiée à la jeune fille.

En 1848, Ernestine Crémieux, est reçue première sur trente-trois candidates au brevet de capacité pour les institutrices.

En 1867, Moïse Monteux, élève à l'école d'application, annexée à l'école normale, remporte un prix.

En 1871, une demoiselle Milhaud, après ses études au pensionnat Sainte-Clotilde d'Aix, est classée première au brevet de capacité pour l'enseignement primaire, tandis qu'une demoiselle Cohen obtient ses brevets simple et supérieur³.

Le succès de ces jeunes filles doit être souligné car jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, l'instruction demeurait un privilège masculin. Seules deux dames israélites avaient été capables de signer le registre ouvert à Aix en application du décret du 20 juillet 1808 et, lors des 60 unions célébrées de 1793 à 1830, 26 mariées avaient déclaré ne pas savoir.

¹ Arch. com. Aix. I.1. art. 49, fol. 41 v°.

² *Dictionnaire des Bouches-du-Rhône*, op.cit., p. 1144 ; *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle Larousse*, 2^{ème} supplément, p. 1968 ; *Encyclopédie départementale des Bouches-du-Rhône*, tome XI, p. 533.

³ Arch. nat. F.17.4160 ; *Archives israélites de France*, 1842, p. 525 ; *L'écho des Bouches-du-Rhône* 18 août 1867, 30 juillet 1871 ; *La Provence* 7 septembre 1848, 6 mai 1871.

La promotion des israélites se traduit également dans leur participation à la vie politique locale.

B - La participation des israélites à la vie politique locale

Perceptible durant toute la période étudiée, elle prend toute son ampleur à l'avènement de la III^e République.

1 - De 1789 à la chute du Second Empire

En 1789, les quelques israélites installés à Aix, saluent avec enthousiasme l'effondrement du système politique et social de l'ancien régime. Ils adhèrent au mouvement révolutionnaire et, se sentant français tant de cœur que d'esprit, font preuve d'un grand dévouement patriotique. Bénéstruc Milhaud prête à Mirabeau, élu député du Tiers État aux États généraux, les 4.000 livres nécessaires pour se rendre à Paris, en échange de la promesse « de faire de lui un homme », se rappelle Darius Milhaud, son descendant¹. Le 17 septembre 1793, le rabbin Salomon Crémieu et le « citoyen » Moïse-Hananel Crémieu sont élus notables de la municipalité. En 1790, tous deux se sont fait apprécier au sein de la Société des Amis de la Constitution, un club de tendance girondine. En l'an III, ils adhèrent avec sept autres coreligionnaires à celui des Anti-politiques, d'inspiration montagnarde. Les prénoms de Marie-Union et de Douce-Liberté donnés par Mardochée Crémieu et Michaël Bédarrides à leurs filles, en 1793, reflètent bien leur foi politique².

A partir de l'an VIII, les israélites doivent, par prudence, dissimuler leurs convictions. Appliquant le précepte talmudique : « La loi du pays a force de loi », la plupart se rallient, du moins officiellement, aux régimes successifs, d'autant que l'article 6 des décisions du Grand Sanhédrin et la circulaire du consistoire de Marseille de mai 1809 leur prescrivent « respect, attachement et fidélité » au Prince. Dociles, Michaël Bédarrides et Benjamin Crémieu, deux responsables communautaires, présentent, en 1819 et 1826, dans leurs discours, Louis XVIII comme le « meilleur des rois ». En 1821, une quête organisée pour l'érection d'un monument à la mémoire du Duc de Berry recueille une somme conséquente dans la communauté aixoise. En 1840, lors de l'inauguration de la synagogue, Joseph Milhaud, l'un des administrateurs du temple, qualifie Louis-Philippe de « monarque éclairé et

¹ D. Milhaud, *Notes sans musique*, Paris, Julliard, 1949, p. 12.

² Arch. com. Aix. LL. 79, fol. 114 v^o ; LL. 103, art. 7 ; Arch. dép. Marseille. L. 2025 et 2035.

chéri »¹.

Sous la Monarchie de Juillet, les israélites aixois, réunissant plus d'une quinzaine d'électeurs, sont probablement « courtisés » lors des scrutins. Camille Latreille, étudiant à Aix en 1834, le confirme lorsqu'il écrit : « l'activité politique battit son plein, à l'approche des élections. Thiers était le candidat du juste-milieu, et l'on disait que l'élection dépendait du vote des juifs, fort nombreux à Aix, surtout dans la rue Villeverte »². Des banquiers ou négociants israélites accèdent, alors, au conseil municipal tels Joseph Bédarride en septembre 1830 et décembre 1831, Hananel-David Crémieu en août 1838 ou Léon Crémieu en août 1846 ; ce dernier, en raison de ses compétences, devient membre du comité des finances. Cette participation permet à ces trois notables de soutenir énergiquement les intérêts de leur communauté, à plusieurs reprises³.

De 1815 à 1848, en dépit de cette allégeance officielle à la royauté, des israélites téméraires n'hésitent pas à afficher des opinions républicaines. Le 8 février 1816, Elie Digne, fils du rabbin, crache sur une fille qui fredonne un hymne royaliste et la menace de représailles. Le 4 juillet 1831, Abraham Bédarride, surpris à chanter des airs patriotiques à la Rotonde, est molesté. Le 30 juillet 1833, l'avocat Jassuda Bédarride assiste à un banquet en compagnie d'un révolutionnaire italien étroitement surveillé par la police. Il défend aux côtés de Joseph Cohen, avec conviction, des membres de sociétés secrètes ou des journalistes poursuivis pour délits de presse⁴.

Jassuda Bédarride qui est « la figure de proue » des républicains est, à ce titre, régulièrement attaqué par l'organe conservateur *La Provence* qui va jusqu'à le qualifier de « fils d'Israël » ou « d'Eliacin prédestiné ». Le fait d'être juif est un argument que ses adversaires politiques utilisent pour le discréditer. Nommé maire, le 10 mars 1848, par arrêté du commissaire du gouvernement Émile Ollivier, confirmé par un arrêté ministériel du 13 octobre 1848, il se fait remarquer par sa bonne gestion, son dévouement à l'intérêt général, sa sensibilité aux problèmes sociaux et son ardeur à défendre le nouveau régime. Le 27 août 1848, il est élu conseiller général du canton d'Aix-Sud et occupe ce poste jusqu'en 1852. Inscrit sur la liste rouge lors des élections législatives qui ont lieu au printemps 1849, il est battu et se démet de ses fonctions de maire, le 16 mai. Il demeure néanmoins au sein du conseil

¹ Arch. nat. F.19.034 ; Arch. dép. Marseille. 125.V.1 et V.2 ; Bibliothèque Méjanès Aix. Fonds Bruno Durand 192 (11).

² C. La treille, *Le romantisme en Provence-Aix en 1834*, Aix, Dragon, 1914.

³ Arch. com. Aix. D.1. art. 9, fol. 182 ; D.1. art. 10, fol. 51 v° ; D.1. art. 12, fol. 118 ; D.1. art. 15, fol. 101 et 109.

⁴ Arch. com. Aix. I.1. art. 5 ; I.1. art. 30 - 8 février 1816 ; I.1. art. 31 - 4 juillet 1831 ; I.4. art. 27 - 30 juillet 1833 ; *Mémorial* 2-5-9-12 décembre 1841.

municipal jusqu'en 1852 et est membre de la commission de surveillance de l'école normale d'institutrices d'Aix. Le gouvernement impérial, rendant hommage à ses mérites, lui décerne, en août 1870, la Légion d'honneur, dont il devient officier, en 1880¹.

La communauté israélite semble se rallier au coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte. Celui-ci tient à la flatter lors de sa visite à Aix en décorant de sa main l'avocat général Gustave-Emmanuel Bédarrides de la Légion d'honneur ainsi qu'en dansant un quadrille avec l'épouse de ce dernier et Mme Léon Crémieu.

Léon Crémieu et Moïse Laroque sont élus respectivement conseillers municipaux en 1852 et 1865. Le premier, qui est membre du comité des finances, démissionne en 1862, à la suite de la déconfiture de sa banque. Moïse Laroque demeure en exercice jusqu'en septembre 1870.

Sous l'Empire, des cantiques sont chantés le 15 août, à la synagogue, pour célébrer la fête de Napoléon III, conformément aux instructions du ministre des cultes et, en 1868, à cette même occasion, Salomon-David Foa, le propriétaire du « Café des Tuileries » compose une cantate².

Malgré ces égards, les sentiments républicains demeurent bien ancrés chez certains judéo-comtadins comme en témoigne le meeting tenu par Adolphe Crémieux au cirque de la Rotonde devant 1.500 personnes, dans les premiers jours de mai 1870. Venu appeler les aixois à répondre non au plébiscite organisé par Napoléon III, il développe, dans un plaidoyer en faveur de la République, le programme présenté par Gambetta dans son discours de Belleville, l'année précédente³.

2 - L'avènement de la III^e République

Lors de la proclamation de la République, en septembre 1870, la communauté israélite ne dissimule pas son enthousiasme et joue un rôle de premier plan.

Jassuda Bédarride écrit dans l'*Écho des Bouches-du-Rhône* du 25 septembre : « La République a été le culte de toute ma vie. Je puis proclamer

¹ Arch. nat. Arch. biogr. françaises ; R. Klotz, *Les maires juifs d'Aix-en-Provence (1848-1896)*, Mairie d'Aix-en-Provence, 2000 ; *Encyclopédie départementale des Bouches-du-Rhône*, tome XI, p. 63 ; E. Castre, *Le conseil général des Bouches-du-Rhône. Analyse et extraits des délibérations (1800-1838) - Dictionnaire biographique (1800-1912)*, Marseille, Aschero et Vial, 1912, p. 301 ; *Mémorial* 12 février 1882.

² Arch. nat. BB.6.II.26 ; Arch. com. Aix. D.1. art. 16, fol. 204 ; D.1. art. 22, fol. 201 v^o ; *La Provence* 7 octobre 1852 ; *L'écho des Bouches-du-Rhône* 23 août 1863 ; D. Foa, *Cantate dédiée à S. M. Napoléon III le jour de sa fête (15 août 1868)*, Aix, Remondet-Aubin, 1868.

³ *Mémorial* 8 mai 1870.

hautement que je n'ai jamais servi, ni ne servirai jamais qu'elle, et que si ma vie suffisait pour la rendre aussi grande, aussi glorieuse que je le désire, je la donnerais sans hésitation et sans regret ».

Le 4 septembre au soir, à l'annonce des événements parisiens, les républicains se portent à l'Hôtel de ville et mettent en place une nouvelle municipalité de vingt-huit personnes, parmi lesquelles figurent quatre notables israélites : Salomon-Bessalel Bédarride, Benjamin Abram, Daniel Milhaud et Antony Valabrègue.

Le 9 septembre, l'avocat marseillais d'origine judéo-comtadine Gaston Crémieux est dépêché par Esquiros, administrateur supérieur du département, pour procéder à l'installation de cette municipalité. Accueilli aux cris de « Vive la République », il prononce une allocution de circonstances aussi chaleureuse que patriotique.

Salomon-Bessalel Bédarride remplit les fonctions de premier adjoint et, comme ses trois autres coreligionnaires, participe à des commissions spécialisées.

Tous s'y montrent d'emblée véritablement passionnés par leur nouveau rôle et s'investissent corps et âme au service de la République. Salomon-Bessalel Bédarride, à l'image de son frère, manifeste une grande sensibilité aux problèmes sociaux. Il accumule les responsabilités puisqu'il est élu, en 1871, représentant du canton d'Aix-sud au Conseil général, poste qu'il occupe jusqu'en 1886. En mars 1871, Salomon-Bessalel Bédarride assure même les fonctions de sous-préfet par intérim durant quelques jours¹.

La municipalité provisoire, nommée par acclamation le 4 septembre au soir, doit, en vertu de la loi du 14 avril 1871, céder la place à l'ancien conseil municipal, le 16 avril.

Moïse Laroque, toujours très dynamique, se retrouve adjoint au maire, à la commission des finances, à celle des eaux et du canal du Verdon. Il assure ces tâches jusqu'en 1874².

Cette même année, l'ingénieur civil Emmanuel Lévy, un ashkénaze, est élu conseiller municipal, fonction qu'il occupe jusqu'en 1878.

De 1876 à 1884, Salomon-Bessalel est maire de la ville. Son bon sens et sa puissance de travail lui valent de devenir président du conseil général, de 1880 à 1881. En 1880, la Légion d'honneur récompense cet homme de cœur³.

Eliacin Naquet est conseiller municipal de 1878 à 1882. Représentant

¹ *L'écho des Bouches-du-Rhône* 25 septembre 1870, 12 mars 1871 ; Arch. com. Aix. D.1. art. 22, fol. 203-210 ; D.1. art. 23, fol. 1 ; *Encyclopédie départementale des Bouches-du-Rhône*, tome V, p. 261.

² Arch. com. Aix. D.1. art. 23, fol. 40 v°, 42 et 42 v°.

³ R. Klotz, *op. cit.* ; *Encyclopédie départementale des Bouches-du-Rhône*, tome V, p. 266 ; tome XI, pp. 63-64 ; E. Castre, *op. cit.*, p. 301.

du canton de Cadenet au conseil général du Vaucluse, de 1879 à 1885, il est vice-président de cette institution, de 1881 à 1885.

Benjamin Abram, neveu de Salomon-Bessalel Bédarride, est maire d'Aix de 1888 à 1896. Conseiller général du canton de Lambesc de 1880 à 1896, il préside le conseil général en 1886-1887 et obtient la Légion d'honneur en 1887¹.

La cité reconnaissante perpétuera le souvenir de ces maires israélites en donnant leurs noms à des rues de la ville.

En moins de cinquante ans, les israélites ont donc réussi à s'agréger parfaitement à la population aixoise et à jouer un rôle culturel, économique ou politique sans commune mesure avec leur nombre dérisoire.

Mais cette performance ne s'est-elle pas faite au détriment de leurs sentiments religieux ?

III - L'ATTACHEMENT AU JUDAÏSME DES ISRAÉLITES AIXOIS

La survivance du judaïsme et de ses adeptes, depuis de longs siècles, est en rapport étroit avec une fidélité aux prescriptions de la Loi mosaïque, quel que soit le pays, quelle que soit l'époque. Les israélites aixois, au XIXe siècle, sont attachés à cette perpétuation puisqu'ils pratiquent leur culte et s'efforcent même de sauvegarder leurs traditions : le maintien de celles-ci n'est nullement incompatible, pour des esprits éclairés, avec la vie, les moeurs, les règles du groupe environnant majoritaire.

A - Leur pratique religieuse

Celle-ci se manifeste au travers des institutions communautaires et consistoriales comme dans le respect individuel des préceptes religieux.

1 -Les institutions communautaires et la participation au fonctionnement des institutions consistoriales

•Les institutions communautaires

-Le temple

Jusqu'en 1809, les israélites aixois n'ont pas de temple, mais s'assemblent chez l'un d'entre eux pour leurs prières, indique une note trouvée

¹ R. Klotz, *op. cit.* ; *Dictionnaire biographique des Bouches-du-Rhône, op. cit.*, p. 5 ; *Encyclopédie départementale des Bouches-du-Rhône*, tome V, p. 262 ; tome XI, p. 3.

dans les archives du consistoire. Peu après, un temple est créé et, en 1814, un second s'avère nécessaire, par suite de dissensions internes. L'un est situé 11, rue des Gantiers, l'autre, face à la fontaine des Augustins. Cette scission, qui prend fin en 1818, contraint les dirigeants communautaires à chercher un nouveau local car les deux temples existants n'ont pas une capacité d'accueil suffisante pour réunir l'ensemble des fidèles. Si les israélites s'accordent à vouloir tenir leur rang dans cette société aixoise si mondaine, ils sont cependant trop peu nombreux pour louer un immeuble imposant. Afin d'accélérer la résolution de ce dilemme épineux, le consistoire de Marseille juge utile d'adresser cette mise en garde à Joseph Milhaud, en 1819 : « Si la parcimonie est la boussole qui dirige nos coreligionnaires d'Aix, il faut laisser les choses comme elles sont ; mais si on met un peu d'amour-propre à se montrer avec décence sans ostentation, à établir le lieu saint d'une manière corrélative au nouvel ordre des choses dans lequel nous nous trouvons, si on veut que cette partie ostensible de notre religion et de notre culte inspire le respect et à nous et aux autres, on se départira de cet esprit d'économie stricte qui semble nous condamner, de notre aveu, à ne nous montrer que comme une classe inférieure à l'ordre social »¹. Sans doute, ce souci de respectabilité détermine-t-il l'implantation, vers 1819, du temple, au n° 2 de l'aristocratique rue Mazarine, dans un local d'abord provisoire, aménagé à grands frais. En septembre 1840, une nouvelle synagogue, construite au même emplacement, est inaugurée². Michaël Bédarrides, Benjamin, David-Hananel, Hananel Crémieu et Joseph Milhaud en sont les administrateurs durant la période étudiée tandis qu'un ou une *shamash* (concierge) sont préposés à son entretien.

-Les rabbins

Dès son implantation, la communauté, qui vit regroupée dans un quartier du centre-ville, dispose d'un solide encadrement rabbinique. Trois membres de la famille Crémieu et Emmanuel Monteux sont en effet qualifiés de rabbins sur les archives révolutionnaires consultées. Vers 1806, outre ces savants qui enseignent la Torah et l'hébreu, la communauté dispose d'un rabbin salarié, doté d'une belle voix, en la personne d'Isaïe-Samuel Digne. Celui-ci est assisté d'un chantre (Jacob-David Lyon, de 1815 à 1819, et Abraham Monteux, de 1819 à 1835). A la mort d'Isaïe-Samuel Digne, en 1846, Benjamin-Bonafous Lyon, qui connaît le rite et la prononciation du Comtat, est choisi pour le remplacer, conformément à l'article 48 de l'ordonnance du 25 mai 1844. Les juifs d'Aix sont en effet si attachés à leur rituel judéo-comtadin, avec des chants en hébreu mêlé de provençal, que le

¹ Arch. nat. F.19.11028 ; F.19.11034 ; Arch. dép. Marseille. 116.V.1.

² Arch. dép. Marseille. 126.V.2 ; *Mémorial* 26 septembre 1840 et A. -M. De La Tour Keyrié, *Promenade d'un étranger à Aix*, Aix, Makaire, 1886, p. 91.

rabbin Benoît Weil, un lorrain qui succède, en 1886, à Benjamin-Bonafous Lyon doit l'apprendre et s'y plier. Cette liturgie particulière est observée jusqu'en 1942 à la synagogue d'Aix. Les fonctions du rabbin sont « l'office divin aux heures accoutumées, les prières d'usage à l'occasion des circoncisions, la bénédiction nuptiale et l'accompagnement des décédés jusqu'au lieu de sépulture » lit-on dans les *Statistiques du département des Bouches-du-Rhône*, parues en 1824¹. Mais, les rabbins Digne et Lyon qui demeurent une quarantaine d'années en exercice jouent certainement un rôle plus important au sein de leur communauté : vivant au milieu d'elle, ces deux pères de famille ont pendant longtemps exercé un activité profane (le rabbin Digne celle de tailleur, le rabbin Lyon, celle de revendeur), ils connaissent donc bien les préoccupations de leurs ouailles et sont à même de s'en faire écouter².

-L'abatteur rituel

Les registres de recensement mentionnent, dès la Restauration, la présence d'un abatteur rituel, ce qui témoigne de l'observance de certaines règles de la *Kashrout*. La fonction est d'abord occupée par David Carcassonne, puis, à partir de la monarchie de Juillet, par Benjamin Milhaud³.

-Le cimetière

L'une des premières préoccupations de la communauté israélite est d'obtenir un lieu de sépulture afin de pouvoir ensevelir ses morts conformément à ses préceptes religieux : dans les cimetières catholiques les cadavres sont parfois entassés dans une même fosse et on procède, au bout d'un certain nombre d'années, à des exhumations ; or la loi mosaïque défend de toucher aux dépouilles mortelles confiées à la terre et d'inhumer sur une surface ayant déjà servi au même usage, sauf si les corps sont séparés par une épaisseur de terre de six largeurs de main. Répondant aux vœux des familles juives, la municipalité décide le 19 février 1791 de tracer une ligne de division dans l'enceinte du cimetière affecté aux non-catholiques, créé en 1788 au nord de l'hôpital Saint-Jacques, à la suite de l'édit de novembre 1787. Afin d'avoir l'usage exclusif de ce lieu d'inhumation, les israélites sont même autorisés à élever un mur et à ouvrir une porte à leurs frais. Lors de la création du cimetière Saint-Pierre, en 1833, une parcelle particulière leur est affectée en application de l'article 15 du décret du 23 Prairial an XII (12 juin 1804). Le 9 octobre 1847, à la demande des administrateurs du culte israélite, la municipalité décide d'exhausser le mur séparant le cimetière israélite de celui

¹ C. De Villeneuve, *op. cit.*, tome II, p. 702.

² Arch. dép. Marseille. 97.V.1 ; 112.V.1 ; 114.V.1 ; Arch. du consistoire central. I.C.C. 28, liasse 2.

³ Arch. com. Aix. F.1. art. 9, fol. 147 et F.1. art. 13, fol. 211 v°.

des catholiques, d'environ un mètre sur toute sa longueur, et d'installer un portail à l'entrée de l'enclos. A la droite de cette dernière, un local est édifié pour permettre de procéder aux rites de purification auxquels veillent les bénévoles d'une société d'inhumation¹.

•La participation au fonctionnement des institutions consistoriales

Les israélites aixois participent au fonctionnement du consistoire de la circonscription dont ils relèvent, établi à Marseille, en vertu du décret du 17 mars 1808. Durant la période étudiée, Jassuda Bédarride, Michaël Bédarrides, Benjamin Crémieu, Hananel Crémieu, Hananel-David Crémieu et Yontob-Baruch Laroque sont élus membres dudit consistoire, d'abord par le corps des notables de la circonscription, conformément aux articles 8 et 9 du décret du 17 mars 1808 ainsi que des articles 25 et 26 de l'ordonnance du 25 mai 1844, puis, au suffrage universel à partir de 1850, selon les instructions ministérielles du 15 décembre 1849. Toutefois, en raison de leurs tâches financières ingrates (établissement du budget des dépenses consistoriales et du rôle de répartition, contrôle des comptes), plusieurs notables aixois font preuve d'absentéisme lors des assemblées consistoriales.

On décèle également des résistances chez certains israélites à payer les taxes arrêtées par le consistoire de Marseille pour les frais du culte, de 1813 à 1831. Ce dernier s'ouvre de ces difficultés au consistoire central, le 7 septembre 1831, en ces termes : « Il y a toujours des récalcitrants lorsqu'il s'agit des contributions, mais la grande majorité de nos coreligionnaires est pieuse².

2 - Le respect individuel des préceptes religieux

Si les archives de la synagogue ont disparu, divers indices attestent du respect des principes fondamentaux de leur religion par les juifs aixois.

Ceux-ci, en dépit de leurs liens étroits avec des chrétiens, demeurent imperméables aux tentatives de prosélytisme puisqu'on ne trouve qu'une seule conversion au catholicisme, celle de Joseph Beaucaire, à l'occasion de son mariage, en 1790. Cette fermeté est d'autant plus méritoire qu'on relève sous le Second Empire le passage à Aix, à différentes reprises, de trois prédicateurs d'origine ashkénaze, appartenant à la congrégation de Notre-Dame de Sion, fondée en 1842 par Marie-Théodore de Ratisbonne, afin de

¹ Arch. com. Aix. BB.113, fol. 52 v° ; BB.258, fol. 528 ; D.1. art. 15, fol. 156 ; LL.74, fol. 159 v°.

² Cf. R. Scialom, Le statut du culte israélite à Aix-en-Provence entre 1813 et 1834, *Revue de la Recherche juridique-Droit prospectif*, 2000, n°2, pp. 861-884.

travailler à la conversion des juifs¹.

La législation hébraïque prohibant les mariages entre juifs et étrangers à la religion israélite, on ne dénombre que deux mariages mixtes sur les quatre-vingt-dix-neuf célébrés dans la communauté aixoise de 1792 à 1872 (2,02 %). Aucun des témoins, lors de ces deux hyménées, n'est juif, ce qui peut être interprété comme un signe de réprobation de leurs coreligionnaires. Les dates des mariages reflètent l'observance de préceptes religieux : les unions sont très rares en avril car débute l'*Omer*, une période de tristesse et de deuil de trente-trois jours, de *Pessah* à *Chavou'oth*. Elles le sont également en juillet-août car c'est le temps des *Bein Hametsarim* (période de détresse), trois semaines durant lesquelles les ébaudissements sont proscrits. En revanche, les liaisons entre juifs et non-juifs semblent plus fréquentes. Une des premières relevées est celle de Michaël Bédarrides et de Thérèse Fourmilier, qui ont une fille, en 1787². La plus célèbre est celle d'Hortense-Léa Crémieu et du jeune Prosper de Castillon, en 1851, évoquée par Mistral dans ses *Mémoires et récits*³. La légitimation par des couples mixtes, de 1794 à 1850, de dix enfants, nés hors mariages témoigne de ces relations affectives. L'attribution à dix-sept nouveau-nés abandonnés de patronymes pouvant passer pour judéo-comtadins laisse subodorer celles-ci.

Le choix des prénoms des nouveau-nés est également révélateur des sentiments religieux des parents : sur les 256 enfants nés dans la communauté israélite aixoise de 1793 à 1872 : 120 garçons (92,31 %) et 100 filles (79,37 %) reçoivent un prénom reflétant leur confession. Une raison religieuse explique, sans doute, cette différence de pourcentage : la circoncision, qui symbolise l'alliance avec Dieu et lors de laquelle les garçons reçoivent leur nom hébreu. Les petites filles y échappant, ne portent pas automatiquement un nom biblique. La cérémonie de la nomination est, pour elles, facultative. Les appellations théophores, comportant un élément du nom divin, abondent dans notre corpus : on en répertorie un peu plus d'une soixantaine.

L'observance des traditions religieuses est décelable dans divers documents. Ainsi, trouve-t-on dans les budgets de la synagogue, en 1818 et 1819, une somme de 75 frs affectée à la distribution de pain azyne lors de *Pessah* et une somme de 40 frs allouée pour l'achat de palmes et cédrats nécessaires à la célébration de *Soukkoth*, la fête des cabanes. Dans les comptes de 1830, figurent 250 frs correspondant au produit de la vente des honneurs religieux, ce qui confirme les assauts de générosité des membres de la communauté en faveur de bonnes oeuvres. Le musée Arbaud détient une

¹ Arch. com. Aix. GG.39, fol. 236 v° ; *L'écho des Bouches du Rhône* 24 novembre 1850 ; 7-28 avril 1853 ; 9-30 décembre 1866.

² Arch. com. Aix. GG.67, fol. 56.

³ F. Mistral, *Mémoires et récits*, Paris, Plon-Nourrit, 1906, p. 184.

lettre adressée par l'avocat Jules-Salomon Crémieu au Marquis de Lagoy, l'invitant à la circoncision de son petit-fils et à un *Seder* (le repas de Pâques). Darius Milhaud évoque aussi, dans ses mémoires, ce dîner de famille annuel où l'on mangeait des *coudoles*¹ venus de Carpentras et au cours duquel son « père lisait les prières en hébreu »². *L'univers israélite* de 1849 relate la *bat-mitsva* (majorité religieuse) de trois jeunes aixoises faites à la synagogue de Marseille, en juin. Une missive de Mardochée Crémieu, en 1819, atteste du respect de la *chive'a*, cette période de sept jours, durant laquelle les parents du défunt doivent demeurer dans la maison mortuaire et observer les obligations de deuil³. Le décès de Salomon-Bessalél Bédarride survenu le 29 septembre 1886, jour de *Rosh ha-shanah*, amène sa famille à ne procéder à son enterrement qu'une semaine plus tard⁴.

Des inventaires après décès témoignent de préoccupations religieuses. Dans celui de Michaël Bédarrides, en 1839, se rencontrent des *besamim*, ces petits vases contenant des épices qu'on respire le samedi soir à la fin du *Shabbat*, des grenades et des grelots servant à décorer les rouleaux liturgiques, six gravures représentant des épisodes de l'histoire d'Esther et trente-cinq volumes en hébreu. Dans celui de Léa Crémieu, en 1856, on dénombre, outre des grenades, trois cent vingt volumes en hébreu. Mais la présence de tables de jeux chez Michaël Bédarrides ne contrevient-elle pas à la *Halakhah* ? L'adhésion de nombreux notables à des cercles semble confirmer ce type d'infraction⁵.

L'attachement aux traditions religieuses se perçoit au cimetière : en raison de l'interdiction de reproduire l'image humaine, interdiction tirée du deuxième commandement (Exode XX. 3-5), aucun portrait n'orne les tombes. Les premières, qui datent de 1848, sont de simples pierres tumulaires ou des dalles plates sans aucune recherche dans l'ornementation. La religion juive, en effet, réprovoque les décorations ostentatoires des monuments funéraires⁶. Toutefois, à partir de 1871, la conception des tombes est de plus en plus influencée par l'art de la société majoritaire. D'autres structures et symboles, plus spécifiques du cimetière chrétien de l'époque, sont alors représentés, tels des sarcophages, des colonnes tronquées ou un vase couvert de voile. Les matériaux se diversifient : le granit, succède au calcaire et d'élégantes ferronneries font leur apparition. L'égalité face à la mort n'est plus préservée.

¹ Nom comtois pour le pain azyne.

² D. Milhaud, *Ma vie heureuse*, Paris, Belfond, 1987, pp. 14-15.

³ Arch. dép. Marseille. 118.V.1 et 126.V.2 ; Musée Arbaud. Fonds Duranti-La Calade ; *L'univers israélite* 1849-1850, pp. 520-523.

⁴ Betsa 6a ; *Mémorial* et *L'écho des Bouches-du-Rhône* 3 octobre 1886.

⁵ Arch. dép. Marseille. 309.E.1740 et 1779.

⁶ Aroukh ha-Choulhan (YD 364,6).

Caractéristique des tombes juives, l'écriture carrée de l'hébreu se déploie majestueusement sur la pierre jusqu'à la fin du XIXe siècle. Mais, seules cinq sépultures, antérieures à 1851, ne sont revêtues que de caractères hébraïques. Dès 1848, l'épithaphe en langue française double l'épithaphe traditionnelle hébraïque et le message religieux, bien souvent, ne diffère pratiquement plus de celui employé sur les tombes des catholiques. A partir de 1870, les signes du mérite militaire et des vertus patriotiques se gravent volontiers sur les tombes. Les épithaphe délivrent un message plus social que religieux en indiquant les mérites civiques du défunt, ses fonctions et ses distinctions. Ainsi, sur la tombe de Salomon-Bessalel Bédarride figurent une toque, une Légion d'honneur et cette épithaphe : « A la mémoire de Salomon-Bessalel Bédarride, avoué près le tribunal d'Aix, ancien maire d'Aix, ancien président du conseil général des Bouches-du-Rhône, officier de la Légion d'honneur, décédé le 29 septembre 1886 à l'âge de 77 ans ». L'ancien cimetière israélite d'Aix témoigne donc de l'intégration des juifs en France au XIXe siècle, de leurs transformations culturelles, mais aussi de leur piété puisque dix-sept tombes de personnes décédées, entre 1849 et 1937, portent des épithaphe reflétant leurs sentiments religieux, six d'entre elles sont revêtues de citations bibliques et une vingtaine rappellent les qualités du défunt, propres à lui faire accéder à la vie éternelle.

D'autres manifestations post-mortem de la foi des israélites aixois procèdent de leur volonté de sauvegarder leurs traditions religieuses.

B - Leur volonté de sauvegarder leurs traditions religieuses

Le rabbin Mardochée Crémieu entreprend cette tâche, invitant ses disciples à poursuivre sa lutte.

1 - L'action exemplaire du rabbin Mardochée Crémieu¹

Jusqu'à sa mort, survenue en 1825, le rabbin Mardochée Crémieu, domine par son charisme la communauté aixoise. Celui-ci naît à Carpentras, en 1750, dans une famille d'érudits où on s'adonne à l'étude du Talmud. Il a d'abord pour maître le rabbin Jacob Spire de Prague, qui s'est établi à Carpentras, en qualité de professeur. Ses progrès sont rapides : tout jeune Mardochée Crémieu peut assister aux séances d'une académie de rabbins carpentrassiens qui jouissent, alors, d'une grande réputation en Europe. Ses connaissances apparaissent bientôt si remarquables qu'il y reçoit, à son tour,

¹ Cf. M. Amado, Mardochée Crémieu, rabbin à Carpentras et homme dans le siècle à Aix, *L'écho des carrières*, n°12, 1997, pp. 25-27 et J.-C. Cohen, Chronique des carrières, *L'écho des carrières*, n° 31, 2002, pp. 37-39.

le titre de rabbin. Dès lors, il va se livrer tout entier à l'étude, y consacrant jusqu'à quatorze heures par jour, rapporte son neveu Joseph Milhaud qui rédige sa biographie¹. Il s'attache plus particulièrement aux écrits de Joseph Karo et fait éditer, en 1783, à Livourne, où il se rend, *Les paroles de Mardochée*, ouvrage en quatre volumes, qui le place au rang des « plus doctes rabbins modernes »². Mardochée Crémieu manifeste également du goût pour les sciences puisqu'il enseigne l'astronomie et les mathématiques à l'école juive de Carpentras.

Vers 1790, il se fixe à Aix où il continue ses travaux avec la même passion. Sa bonté, son affabilité, sa simplicité, son extérieur imposant inspirent le respect. Sa piété force l'admiration, elle conduit ceux qui le fréquentent à suivre son exemple. Nombreux sont ceux qui lui soumettent leurs litiges car ce rabbin, bienveillant envers tout le monde, prend à coeur de maintenir l'harmonie dans sa communauté. On vient même de l'Hérault le consulter en matière de *get*, son jugement faisant autorité en matière talmudique³.

La réputation de Mardochée Crémieu lui vaut d'être désigné, en 1806, pour participer à l'assemblée convoquée à Paris sur ordre de l'Empereur. Mais, Mardochée Crémieu n'est pas homme à transiger avec sa conscience : redoutant que le gouvernement use de violence pour obtenir des décisions contraires à ses principes, il décline l'invitation.

Mardochée Crémieu s'applique dans ses homélies à maintenir la ferveur religieuse de ses coreligionnaires auxquels il enseigne l'hébreu et le Talmud⁴. Il fait imprimer et diffuser à ses frais ses enseignements dans la communauté et s'efforce de donner une solide éducation religieuse aux enfants. En effet, ceux-ci sont particulièrement exposés au prosélytisme chrétien car ils fréquentent des établissements encadrés par des religieux tel le collège Bourbon qui est un passage obligé pour les israélites soucieux de la réussite sociale de leur progéniture⁵.

En 1822, un changement important s'opère chez ce rabbin, qui a jusqu'ici donné l'exemple de l'intégration. Mardochée Crémieu qui a, à présent 72 ans, laisse croître sa barbe et tronque les vêtements qu'il portait jusque là contre un costume de juif oriental. Il nourrit même le projet d'aller finir ses jours en Terre Sainte, assure-t-on. Mardochée Crémieu n'entend-il pas ainsi

¹ J. Milhaud, Notice biographique du rabbin Mardochée Crémieu, *Archives israélites de France*, 1841, pp. 727-732 et 1842, pp. 11-14 et 136-140.

² J. Milhaud, *art. cité*, p. 729.

³ I. LEVI, Une consultation rabbinique de Mardochée Crémieu (1806), *Revue des études juives*, 1929, pp. 35-36.

⁴ *Indicateur de la ville d'Aix pour l'année 1823*, Aix, Guigue, p. 21.

⁵ Collection R. Vidal-Naquet : Distribution des prix au collège Bourbon en 1824.

délivrer un ultime message à ses coreligionnaires ? Ne veut-il pas en frappant leurs esprits, les mettre en garde contre les dangers d'une assimilation ou contre l'abandon des traditions juives qu'il redoute ? Il meurt en 1825, au cours d'un office religieux, sans avoir pu accomplir son *alyah*. Néanmoins son message semble entendu puisque Jassuda Bédarride, son élève, dans le discours qu'il prononce lors de ses obsèques, déclare : « Que la mémoire de cet homme vertueux se perpétue en nous. Honorons ses vertus, et souvenons-nous que si sa bouche avait pu nous transmettre ses dernières volontés, il nous aurait recommandé de continuer nos exercices pieux ; il nous aurait assurés que, de la droite de l'Éternel où il est assis, ses regards paternels seront toujours tournés vers nous ; et qu'unissant ses prières aux nôtres, il suppliera le Dieu d'Israël d'envoyer à son peuple le Messie que sa bonté divine lui a promis pour la reconstruction du Saint Temple de Jérusalem et la Rédemption éternelle »¹.

Ceux que Mardochee Crémieu a formés se montrent respectueux de ses enseignements et continuent son oeuvre.

2 - Le combat de ses disciples

En effet, plusieurs israélites aixois, au XIXe siècle, s'efforcent de consigner le trésor liturgique judéo-comtadin, mènent des recherches bibliques, développent l'enseignement de l'hébreu, tentent de défendre leur particularisme face au catholicisme dominant, en se faisant, au besoin, les champions de la laïcité.

•La retranscription du trésor liturgique judéo-comtadin

Peu de temps après la mort de Mardochee Crémieu, l'impression des prières et chants judéo-comtadins, est entreprise à Aix. Ceux-ci ayant été transmis jusque là par tradition orale, on juge urgent de les coucher par écrit pour éviter qu'ils ne sombrent dans l'oubli ou ne soient altérés.

Moïse Crémieu, initié par son oncle Mardochee Crémieu à l'étude de la Bible, entend réaliser une édition exhaustive et critique du rituel en usage dans les synagogues du Comtat. Aucune imprimerie hébraïque n'existant à Aix, il commande à Paris les caractères indispensables, apprend à lire l'hébreu à un ouvrier typographe et surveille la composition de son ouvrage en lui épelant les mots lettre par lettre. En 1835, il confie l'achèvement de ce travail

¹ J. Bédarride, *Discours prononcé sur la tombe de l'illustre rabbin Mardochee Crémieu par Jassuda Bédarride*, Aix, Tavernier, 1825.

à un ancien imprimeur italien israélite, connaissant l'hébreu¹. C'est dans ces conditions qu'il publie, de 1829 à 1836, un *Commentaire sur les prières à l'usage des quatre synagogues de Carpentras, Cavaillon, l'Isle et Avignon*² et un *Commentaire sur quelques parties du commentaire biblique d'Abraham Ibn Ezra*³.

Michaël Milhaud, le fils du sacrificateur de la communauté, fait paraître en 1855, sous la direction d'Hananel Crémieu, un *Rituel des prières en hébreu à l'usage des israélites de l'ancien Comtat*⁴.

En 1890, à la demande du consistoire de Marseille, Jules-Salomon Crémieu et Mardochée Crémieu, respectivement arrière petit-neveu et petit-fils du rabbin Mardochée, rédigent un ouvrage de plus de deux cents pages, intitulé *Chants hébraïques suivant le rite des communautés israélites de l'ancien Comtat Venaissin*⁵. Gustave-Emmanuel Bédarrides collabore à ce travail en composant un chœur et un morceau pour quatre voix⁶. Sous toutes les portées figurent le texte hébreu en caractères latins avec la prononciation adoptée dans le Comtat. Désormais les judéo-comtadins disposent d'un recueil de partitions fort commode lors des cérémonies. « En entreprenant le travail que le consistoire avait sollicité de leur dévouement, en mettant avec zèle et désintéressement au service de leur religion leurs connaissances hébraïques et musicales, MM. Jules Crémieu et Mardochée Crémieu continuent leurs vieilles traditions familiales » écrit le président du consistoire Vidal-Naquet, en introduction de cet ouvrage.

•Les recherches bibliques

Formé par Mardochée Crémieu et fils d'un rabbin, Joseph Milhaud, leur est fidèle : ce savant hébraïste consacre tous ses loisirs aux études bibliques. En 1855, il fait imprimer une volumineuse *Étude historique morale et religieuse sur les deux premiers livres du Pentateuque : La genèse et*

¹ C.-F.-H. Barjavel, *Dictionnaire historique, biographique et bibliographique du département de Vaucluse*, Carpentras, Devillario, 1841, tome 1, pp. 417-419 ; H. Crémieu, Notice biographique sur M. Moïse Crémieux, fils de Salomon d'Aix, *Archives israélites de France*, 1840, pp. 47-48, 372-376, 418-422 et A. Lunel, Le temps retrouvé à Aix, *L'Arche*, 26 janvier-25 février 1972, p. 63.

² M. Crémieu, *Commentaire de Moïse Crémieu sur les prières à l'usage des quatre synagogues de Carpentras, Cavaillon, l'Isle et Avignon*, Aix, Guigue, 1829-1835, 6 tomes.

³ M. Crémieu, *Commentaire de Moïse Crémieu sur le Commentaire du rabbin Abraham Ibn Ezra*, Aix, Mouret, 1833-1836, 5 tomes.

⁴ M. Milhaud, *Rituel des prières en hébreu à l'usage des israélites de l'ancien Comtat*, Aix, Vitalis, 1855, 2 tomes.

⁵ J.-S. Crémieu et M. Crémieu, *Chants hébraïques suivant le rite des communautés israélites de l'ancien Comtat Venaissin (Musique)*, Paris, Delanchy, 1890.

⁶ J.-S. Crémieu et M. Crémieu, *op. cit.*, pp. 167-168 et 204-206.

*l'exode*¹. Partageant les craintes du rabbin Mardochee Crémieu, désireux de perpétuer le souvenir de ses enseignements, il rédige la notice biographique précitée pour *Archives Israélites*, en 1841-1842.

•L'enseignement de l'hébreu

Si à partir de 1845, aucun membre de la communauté aixoise ne signe en caractères hébraïques, l'étude de cette langue n'est pas abandonnée². La correspondance échangée, durant de nombreuses années entre l'avocat Jules-Salomon Crémieu et le marquis de Lagoy, conservée au Musée Arbaud, atteste de leur maîtrise de l'hébreu.

Auguste-Edmond de Meyran, marquis de Lagoy, né en 1821 dans une famille d'érudits aixois, est initié à l'hébreu par l'abbé Diouloufët, qui l'enseigne à la faculté de théologie d'Aix, de 1854 à 1867. Pour compléter son apprentissage, le Marquis de Lagoy a également recours à Hananel Crémieu qui, comme son père, est un savant talmudiste. Hananel Crémieu semble se prêter très volontiers à cette tâche profitable à la diffusion de la langue sacrée.

Les progrès du Marquis de Lagoy sont rapides ; mais désireux de se perfectionner, il s'applique à entretenir une correspondance hébraïque avec le grand rabbin Isidor et son voisin l'avocat Jules-Salomon Crémieu. Ce dernier prend un réel plaisir à ces exercices qu'il transforme vite en un divertissement. Nous avons retrouvé au Musé Arbaud quelques cinq cents de ces billets adressés au Marquis de Lagoy, vers 1870-1880. La plupart renferment des devinettes, des charades, des rébus et des calembours, parfois légèrement grivois. Son fils Adrien Crémieu, qui maîtrise également l'hébreu, est de la partie. Tous ces documents nous montrent que Jules-Salomon Crémieu connaît encore le *chouadit*, ce patois comtadin farci de termes hébreux plus ou moins déformés³. Ainsi, est-il ému d'adresser au Marquis de Lagoy, une chanson hébraïco-comtadine qui lui est parvenue. Une grande complicité unit ces deux hommes : en redingote et haut-de-forme, ils se plaisent à faire quotidiennement, vers 16 heures, une promenade sur la rive gauche du cours Mirabeau réservée à l'aristocratie, en devisant tout fort dans la langue des prophètes, quelquefois même galamment au passage d'une jolie dame, rapporte Armand Lunel. Ces exercices ostentatoires sur l'allée noble du cours Mirabeau ne visent-ils pas à promouvoir l'étude de l'hébreu ? Dans une de ses lettres au Marquis de Lagoy, Jules-Salomon Crémieu se préoccupe de l'achat

¹ J. Milhaud, *Étude historique morale et religieuse sur les deux premiers livres du Pentateuque : La genèse et l'exode*, Aix, Illy, 1855.

² Une des dernières personnes à signer en hébreu est le vieux David-Aaron Bédarride, le père de Jassuda et Salomon-Bessalel, qui décède en 1851, à 84 ans (Arch. com. Aix. E.1.51, fol. 14 v°).

³ Cf. M. Mayer-Crémieux, *Langue judéo-comtadine, L'écho des carrières*, n°17, 1998, pp. 21-22.

d'un ouvrage pour un certain Jérôme. Sans doute s'agit-il de Jérôme Duranti-La Calade. Leurs efforts sont payés de retour : à partir de 1891, ce dernier peut, à son tour, enseigner l'hébreu à la faculté des Lettres et, passionné par cette étude, publie des articles sur les juifs aixois au Moyen Âge¹.

Grâce aux disciples du rabbin Mardochee Crémieu, Aix devient donc au XIX^e siècle, le conservatoire du trésor spirituel judéo-comtadin. D'autres élèves, tout aussi sensibles au message de ce rabbin, amorcent un nouveau combat.

•La revendication particulariste de Gustave-Emmanuel Bédarrides

Dans le dossier administratif de Gustave-Emmanuel Bédarrides se trouvent tout à la fois des remarques, émanant de ses supérieurs, frisant un antisémitisme outrancier, et de nombreuses observations sur sa quasi-appartenance à la société chrétienne, qualité qui facilite grandement son acceptation et son étonnante carrière dans une société et un État qui, officiellement, se réclament toujours du catholicisme. Ainsi le président Verger, en 1849, note que son nouvel avocat général, « bien qu'appartenant à la religion israélite, a les formes, les idées de la société chrétienne » ; le procureur général Desolliers, au contraire, fait ces réflexions peu amènes : « M. Bédarrides appartient, comme son nom l'indique, à la nation juive. Comme tous ses coreligionnaires, il a l'esprit des affaires et de l'adresse dans sa conduite... ». Ces préjugés nous sont confirmés par le procureur général Courrent qui déplore, dans une lettre adressée à Adolphe Crémieux en 1848, « qu'une minorité n'ait pas approuvé la promotion de Bédarrides, parce qu'il est israélite »². C'est dire qu'entre l'assimilation et le particularisme, la carrière exceptionnelle de Bédarrides ne va pas sans problème. « Ayant les formes, les idées de la société chrétienne » aux yeux de ses responsables hiérarchiques, il n'en est pas moins fidèle à la communauté juive et contribue grandement à son animation. Il se montre particulièrement actif au consistoire de Marseille avant de siéger de longues années au Consistoire central des israélites de France dont il devient même vice-président, en 1873. Il y est réélu en 1881, 1885 et 1889 et y exerce une influence prédominante jusqu'à sa mort, en 1898, comme en attestent les archives du Consistoire central : année par année, il assiste très régulièrement à toutes ses séances, aidant à l'interprétation juridique d'un texte, rédigeant des projets de déclarations ou de lettres au ministre des Cultes, se montrant toujours soucieux des intérêts de sa communauté. En 1872, Gustave-Emmanuel Bédarrides est également élu au

¹ J. De Duranti-La Calade, *Les études d'Edmond de Meyran Marquis de Lagoy, Allocution prononcée à la faculté des Lettres le 15 décembre 1893*, Aix, Makaïre, 1894 et A. Lunel, *Le temps retrouvé à Aix*, art. cit., p. 64.

² Arch. nat. BB.6.II. 26 et 109.

comité central de l'Alliance israélite universelle où il demeure jusqu'à son décès. Le but de cette institution, créée en 1860, est « de travailler partout à l'émancipation et au progrès des Israélites et de prêter un concours efficace à ceux qui souffrent pour leur qualité d'israélites ». Gustave-Emmanuel Bédarrides cumule donc de multiples fonctions dans les lieux essentiels où prend corps, sous différentes formes, la vie collective du judaïsme français¹.

Très adroitement, Gustave-Emmanuel Bédarrides met à profit sa position, lors de manifestations officielles, pour affirmer son identité et revendiquer son particularisme.

Dans le discours qu'il prononce, en février 1862, à l'occasion de son installation à Bastia, en qualité de procureur général, il témoigne de sa culture biblique et de son idéal en affirmant vouloir défendre l'ordre social au nom de la religion, puisque « toute justice émane de Dieu », se plaît-il à rappeler².

Lors de l'audience de rentrée de la Cour de cassation, en novembre 1867, Gustave-Emmanuel Bédarrides, alors avocat général, doit assister, conformément aux usages, en compagnie des membres de la Cour à la messe du Saint-Esprit à la Sainte-Chapelle, dite encore la « messe des révérences », tant celles-ci y sont fréquentes. A l'issue de cette cérémonie, Gustave-Emmanuel Bédarrides qui est chargé de prononcer le traditionnel discours, choisit de faire l'éloge de Dupérier, cet avocat au parlement de Provence, qui a été un ligueur avant de se rallier à Henri IV. Bédarrides, qui vient d'être contraint d'enfreindre la *Halakhah*, saisit cette occasion pour chanter les louanges du bon roi Henri IV et de Michel de L'Hospital, deux champions de la tolérance religieuse, soucieux de la liberté de culte des réformés³. N'entend-il pas ainsi protester contre la violence qui est faite aux juifs dans une société où les plus éminents fonctionnaires doivent encore force courbettes au catholicisme comme le montre cette messe du Saint-Esprit ? Ne revendique-t-il pas implicitement le respect de sa communauté particulariste par l'État ou une meilleure reconnaissance de la place du judaïsme ?

Ce sentiment d'humiliation, face à l'omnipotence catholique, amène certains israélites à se faire les artisans de la laïcité.

•Le combat en faveur de la laïcité

Salomon-Bessalel Bédarride profite de sa participation à la municipalité pour susciter la création d'écoles laïques gratuites de filles et de garçons à Aix. Sans doute veut-il, tout en rendant accessible l'instruction aux

¹ Arch. du Consistoire central. Procès verbaux du Consistoire central. N° 61.E.6 et A. Chouraqui, *L'alliance israélite universelle et la renaissance juive contemporaine*, Paris, P.U.F., 1965, p. 418.

² *Mémorial* 23 mars 1862.

³ Cour de cassation, audience de rentrée du 4 novembre 1867, *Discours prononcé par M. Bédarrides, Dupérier et le droit provençal*, Paris, Cosse, Marchal, 1867.

classes défavorisées, permettre à ses coreligionnaires de soustraire leurs enfants aux pressions religieuses auxquelles ils sont exposés dans les écoles privées. En novembre 1870, à son instigation, la municipalité écrit au Recteur afin que les instituteurs congréganistes cessent de dispenser des cours d'instruction religieuse durant le temps imparti aux autres enseignements¹.

Raoul Abram, un descendant du rabbin Mardochee Crémieu, fonde à Aix, en 1905, l'association des Amis de l'Éducation laïque dont le but est « de garantir, sous toutes ses formes, l'éducation laïque des enfants du peuple »².

Mais ce nouveau combat ne transforme-t-il pas ses militants en agnostiques ? N'amorce-t-il pas un déclin du sentiment religieux ? L'euphorie suscitée par le triomphe de la République laïque n'entraîne-t-elle pas une baisse de vigilance face aux influences chrétiennes ? Ne favorise-t-elle pas la progression de l'indifférentisme ?

Les anciens « juifs du pape » ont donc réussi à s'intégrer dès le début du XIXe siècle à la cité et à ses institutions. Bien encadrés par de fortes structures communautaires, sociables, conviviaux, laborieux, attentifs à leur image, animés par un très fort sens civique, une volonté de promotion et d'adaptation, ils bénéficient de la bienveillance des autorités et sont considérés comme des français à part entière. Leur situation, dès la Monarchie de Juillet, ne se différencie pratiquement plus de celle des chrétiens. Ils n'ont pas pour autant renié leur culture puisque certains connaissent le *chouadit* et demeurent, pour l'essentiel, fidèles à leurs traditions religieuses, à l'avènement de la IIIe République. Ceci est d'autant plus méritoire que l'ancienne capitale de Provence est fortement soumise à l'emprise du clergé, jusqu'en 1870. Le succès de cette intégration doit sans doute beaucoup à la tolérance des aixois, qui respectent leurs minoritaires juifs, et aux municipalités, qui prennent en compte leurs vœux. Les juifs, se sentant en confiance et surtout en accord avec les prescriptions de leur culte, s'attachent à leur cité. Reconnaisants, ils s'en font des citoyens respectueux et zélés. C'est, en effet, ainsi que naît une harmonie culturelle dans une agglomération, cette harmonie si précieuse à la société³.

Christiane DEROBERT-RATEL

Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon-Var

Membre du C.E.R.C.

¹ Arch. com. Aix. D.1. art. 22, fol. 228 ; D.1. art. 23, fol. 4 et 5 v° ; D.1. art. 25, fol. 76, 100, 169 ; D.1. art. 27, fol. 7 v°.

² Arch. dép. Marseille. 4.M. 632.

³ Cf. D. Cohen, *La promotion des Juifs en France à l'époque du Second Empire (1852-1870)*, Publications Université de Provence, 1980, tome 2, p. 799 et *Les cimetières juifs de Marseille, Marseille*, n°109, 1977, p. 80.

Appartenances religieuses et conflits identitaires en Alsace (1681-1789)

Dans le cadre impérial allemand, avant leur réunion à la France, les Etats d'Alsace jouissent d'une certaine autonomie, ils n'ont plus « de relations intimes avec l'Empire »¹. Après la guerre de trente ans, par le traité de Münster du 24 octobre 1648, la France obtient les possessions de la Maison d'Autriche en Alsace, viendront ensuite s'agréger² les différents territoires alsaciens³, dont la ville libre impériale de Strasbourg, véritable république autonome. La guerre de trente ans, sanglante guerre civile⁴, politique et religieuse, amenait donc en Alsace un changement de souveraineté. Certes, il est souvent avancé que la politique monarchique s'inspire, au départ, du

¹ V. sur ce point, Jean Benoist, *Le premier Administrateur de l'Alsace française : Jacques de la Grange, Intendant d'Alsace de 1673 à 1698*, Strasbourg : Thèse droit, Librairie Istra, 1930, p.33 : « Les Etats de l'Alsace, dans la première moitié du XVII^e siècle, n'ont plus de relations intimes avec l'Empire. Les relations officielles sont lâches. Elles se bornent au fait de siéger aux diètes, ce qui est rare : on n'en a constitué aucune depuis l'Empereur Mathias. La dernière, celle de 1614, dut se séparer sans s'entendre sur son ordre du jour. En réalité, bien avant les négociations de Westphalie, il n'y a plus de vie politique commune entre l'Empire et la marche occidentale ».

² Suite au traité de Westphalie (signé à Münster en 1648), puis au traité de Minègue (1680) et à la conquête de Strasbourg en 1681, l'Alsace est alors presque complètement annexée à la France, seule la République de Mulhouse attendra l'année 1798 pour demander son rattachement à la France.

³ La situation politique des villes d'Alsace, avant la progressive emprise de la France, était la suivante : « Les villes d'Alsace ont conquis en s'émancipant, une autonomie politique presque complète. Dix d'entre elles ont formé une confédération, « la Décapole ». Ce sont Landau, Wissembourg, Haguenau, Rosheim, Obernai, Schlestadt, Colmar, Kaysersberg, Turckheim et Munster. En fait ces villes sont indépendantes : le Landvogt, au nom de l'Empire, doit seulement être présent au renouvellement annuel du Magistrat et touche, sur elles, certains droits. A côté de la Décapole, Strasbourg, ville libre impériale, est une véritable république autonome. Elle a ses sujets : les habitants de Barr, Wasselonne, Schiltigheim et de l'autre côté du Rhin, ceux de Kehl. Enfin Mulhouse a contracté, au XVI^e siècle, une alliance avec les quatre cantons protestants de la Suisse et est réputée faire partie de la Confédération helvétique ». (Jean Benoist, op.cit, p.32).

⁴ En ce sens, Henry Bogdan, L'Europe centrale perd la moitié de sa population environ, dans *Historia* n°629 (mai 1999), p.52 : « L'Europe centrale a été saignée à blanc par la guerre. Il faudra attendre le milieu du XVIII^e siècle pour que le Saint Empire retrouve les quelques 20 millions d'habitants qu'il comptait au début du XVII^e siècle et qui n'étaient guère plus de 7 millions vers 1650 ».

principe selon lequel « il ne faut point toucher aux usages d'Alsace »¹, mais l'anarchie,² qui semble alors se développer, va rapidement amener de nouvelles orientations³.

En matière de religion, l'Alsace se distinguait jusque là par la coexistence des communautés catholiques, protestantes et juives. Ce pluralisme confessionnel découlait, pour les deux grandes religions européennes, du principe « tel prince, telle religion » établi pour l'ensemble de l'Empire germanique par la paix d'Augsbourg de 1555⁴. Mais si la France qui

¹ Ce principe, qui inspire dans un premier temps la politique monarchique en Alsace, fut inscrit par un contrôleur général des finances au dos d'une dépêche du maréchal d'Huxelles. (Rodolphe Reuss, *L'Alsace au XVII^e siècle*, Paris, 1890, tome Ier, p. 270).

² V. sur ce point la lettre de Condé adressée à Louvois en 1673 : « Une des choses qui m'a paru plus essentielle en ce pays-ci, c'est qu'il n'y a aucune espèce de gouvernement et quasi-aucune autorité établie » (Lettre de Condé à Louvois, publiée par le Duc d'Aumale dans : « La dernière campagne de Condé », et citée par Rodolphe Reuss, *op.cit.*, tome I^{er}, p.270).

³ Certaines clauses du Traité de Münster favorisaient en effet, du fait de leur caractère ambiguë, une certaine « anarchie ». V. en ce sens, Jean-Jacques Mourreau, Les traités de Westphalie : une paix réussie, dans *Historia* n°624, année 1998, pp.80-81 : « La paix a toujours un prix. En réponse aux demandes de « satisfaction » présentées par la France et la Suède, l'Empereur Frédéric III doit consentir à des pertes territoriales. Les plénipotentiaires français conduits par Henri d'Orléans, duc de Longeville, veulent arracher à l'Autriche les Trois Evêchés d'Alsace, les villes fortifiées sur le Rhin (Philippsbourg, Brisach) enfin les territoire sis à l'est du Rhin (le Brisgau) et les villes forestières du Rhin supérieur (Rheinfelden, Waldshut, Saeckingen et Lauffenbourg). Les plénipotentiaires autrichiens Traumannsdorf et Volmar se refusent d'abord à lâcher l'Alsace. Soucieux d'éviter à tout prix que la France ne puisse siéger à la Diète d'Empire, ils finissent par céder, non sans glisser des clauses ambiguës et contradictoires relatives à la Haute et à la Basse-Alsace. Ce qui éclaire la remarque de Volmar s'exclamant « Le plus fort l'emportera ». Ces clauses feront naître des interprétations divergentes du traité de Münster (...). D'emblée, elles susciteront la résistance des villes libres de la Décapole et la longue controverse sur la question d'Alsace ».

⁴ Ce texte était comparable aux lois fondamentales françaises, tout comme d'ailleurs, les traités de Westphalie. V. en ce sens, Antoine Leca, *Institutions publiques françaises avant 1789*, Aix-en-Provence : PUAM, 1994, n°368, p.390 : « Si le terme de « loi fondamentale » est purement français, la notion qu'il recouvre n'est pas spécifique à la France. L'Empire germanique et la Grande-Bretagne connaissaient quelque chose d'équivalent. Le premier possédait les lois fondamentales les plus nombreuses et les mieux fixées de toute l'Europe. Elles demeurèrent en vigueur jusqu'à la fin de l'Empire (1807). Les Allemands les analysaient comme des pactes. Les plus importantes d'entre elles avaient été transcrites et publiées au nom de l'Empereur, avec la mention expresse du consentement des Etats constitutifs de l'Empire. C'est le cas de quatre types de textes : 1° le code impérial de 1356, plus connu sous le nom de « Bulle d'Or », qui est un acte *sui generis* réglant la dévolution de la couronne impériale, 2° les Recès de l'Empire, qui sont des lois établies par la volonté mutuelle de l'Empereur et de la Diète générale : par exemple la Paix profane (1495) sur la tranquillité publique et la paix d'Augsbourg (1555) sur la répartition des confessions catholiques et luthériennes, 3° les Capitulations, qui sont des engagements que les Empereurs prenaient au moment de leur désignation, 4° les traités de Westphalie de 1648, qui sont des actes internationaux qui devaient être exécutés comme lois fondamentales de l'Empire. Ils mirent un terme à la guerre de Trente Ans (1619-1648)

prend possession de l'Alsace en 1648, est encore pluraliste en matière religieuse¹, conformément à l'Edit de Nantes de 1598² et à la grâce d'Alès de 1629³ ; la politique religieuse que va initier Louis XIV, notamment lorsqu'il

déclenchée par l'Empereur Ferdinand II, qui avait cru pouvoir changer unilatéralement les règles de dévolution de la Couronne et les principes de la paix d'Augsbourg ».

¹ Le pluralisme confessionnel ne se retrouve pas seulement en France, mais ici comme ailleurs il fut établi sur des bases incertaines et il n'avait pas ainsi vocation à durer. V. en ce sens, A. Leca, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, Aix-en-Provence : PUAM, 1998, n° 102, p.222 : « La Réforme n'établit nulle part la liberté religieuse et les Etats catholiques et protestants rivalisèrent dans l'intolérance. Seuls, un petit nombre de pays, la Transylvanie en 1564-1568, la France en 1598, la Pologne en 1572, la Hongrie en 1608 et la Bohême en 1609 établirent plus ou moins la liberté des cultes, afin de sauvegarder la paix publique du fait de la persistance de communautés de confessions différentes sur un même territoire. Partout le régime établi résultait de conditions politiques particulières. Nulle part il correspondait à un puissant mouvement en faveur d'une liberté religieuse qui paraissait théologiquement inacceptable aux uns comme aux autres. Dès lors, aucun d'eux ne s'avéra durable ».

² L'Edit de Nantes, dont on met souvent en avant l'esprit de tolérance, n'était pourtant pas propice à une paix durable. V. en ce sens, Liliane Crété, L'Edit de Nantes de 1598 était voué à l'échec, dans *Historia*, n° 615, mars 1998, p.38 : « Henri IV avait octroyé à ses anciens compagnons de très grands avantages : les frais de culte et le salaire des pasteurs étaient pris en charge par l'Etat ; les protestants conservaient leurs colloques et leurs synodes provinciaux et nationaux ; ils pouvaient se faire représenter officiellement auprès du roi et, surtout, ils disposaient pendant huit ans de 150 lieux de refuge dont 66 places fortes – châteaux forts, bourgs ou villes. Cette dernière concession constituait un privilège inouï qui allait vite placer les protestants dans une situation intenable puisqu'elle faisait du parti huguenot un Etat dans l'Etat ». Cette situation était en fait intenable pour les deux parties en présence et douze ans après la mort d'Henri IV une première brèche commença à fissurer le bancal édifice législatif. En ce sens, Liliane Crété, *ibid*, p.39 : « Mais bientôt éclatèrent de nouveaux conflits. Le premier fut provoqué par la marche sur le Béarn du jeune Louis XIII, à la tête d'une forte armée, pour y établir la messe. Beaucoup de Huguenots virent dans cet acte d'autorité une violation de l'Edit de Nantes, ce qu'il n'était peut-être pas. Bravant l'interdiction, l'assemblée protestante se mit sur le pied de guerre, et de proche en proche eurent lieu des prises d'armes. Mais on ne peut pas dire que ce fut à proprement parler des guerres de religion. Les villes, plus que la noblesse, se révoltèrent et, si l'on excepte Henri de Rohan et son frère Soubise, peu de grands mirent leur épée au service du « parti ». La paix de Montpellier, signée en 1622, ouvrit une brèche dans l'Edit de Nantes : Montpellier devint ville ouverte, Millau, Nîmes, Castres, Uzès furent privées de leurs fortifications. Les assemblées politiques furent interdites, et devant La Rochelle les royaux renforcèrent Fort-Louis ; de plus les protestants perdaient 80 lieux de refuge dans l'Ouest et le Sud-Ouest ».

³ Notons que la grâce d'Alès confirmait la liberté de culte tout en privant cependant les Huguenots de leurs moyens de défense. V. en ce sens, Antoine Leca, *Institutions publiques françaises, op.cit.* p.521 : « La monarchie absolue résolut progressivement le conflit religieux, né de la Réforme, en cantonnant le protestantisme dans une aire délimitée, puis en le réduisant, avant de l'interdire tout à fait. Au lendemain des guerres de religion (1562-1594), Henri IV promulgua l'édit de Nantes (1598) qui accordait aux protestants la liberté de culte dans un certain nombre de zones géographiques et reconnaissait à l'Eglise réformée une organisation religieuse hiérarchisée. Par ailleurs le premier Bourbon et Louis XIII (jusqu'en 1629) tolérèrent que les Huguenots conservent de nombreuses places fortifiées. A l'instigation de Richelieu, la

révoque l'Edit de Nantes en 1685, ne sera cependant pas sans incidence sur le pluralisme confessionnel de la nouvelle province¹.

Certes l'Alsace est théoriquement peu concernée par la révocation d'un Edit pris avant l'annexion et jamais introduit sur son territoire ; mais la monarchie va utiliser diverses mesures pour favoriser définitivement la religion « du souverain ». Dans ce contexte nouveau, l'appartenance religieuse s'affirme rapidement et durablement comme le critère essentiel de l'affirmation identitaire des alsaciens. A côté de cette source de conflits, la propagation de la langue s'inscrit aussi dans le mouvement de « francisation » des populations locales.

Notre exposé suivra donc cet ordre en revenant d'abord sur les conflits identitaires en matière de religion (I), pour ensuite traiter des différents essais d'assimilation par la langue (II).

I - LES CONFLITS IDENTITAIRES D'ORIGINE RELIGIEUSE

Louis XIV est donc forcé, par les circonstances, de tolérer en Alsace la présence de « la religion prétendue réformée »² qu'il combat pourtant dans le reste du royaume. L'équilibre confessionnel, qui s'était plus ou moins maintenu³ depuis la Réforme était cependant menacé. Dès 1685, Le multiconfessionnalisme alsacien contraste évidemment avec la volonté d'unité

paix d'Alès (1629) leur ôta leur dangereuse organisation politico-militaire qui les constituait en Etat dans l'Etat. Mais elle les priva de moyens de défense ».

¹ En ce sens, *Histoire de l'Alsace*, publiée sous la direction de P. Dollinger, Privat-Editeur, Toulouse, 1970, p.297 : « Si au départ la France qui a pénétré en Alsace est celle de l'Edit de Nantes (1598)... très rapidement, Louis XIV développe la politique d'application restrictive des textes avant d'en venir à la révocation de l'Edit de Nantes (1685). Sans doute ce dernier n'a-t-il jamais été introduit en Alsace : celle-ci demeure à l'écart de l'acte de révocation, mais un certain nombre de mesures tendent à modifier le statut ancien, à rétablir l'équilibre des deux confessions avant que ne s'installe, conformément aux idées de l'époque, la prééminence de la religion du souverain ».

² Cette dénomination est employée dans l'Edit de Nantes (1598) pour désigner la religion protestante, certainement « pour ne pas blesser les consciences catholiques... » (En ce sens, P.C.Timbal et A.Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris : Dalloz, 10^e édition, 2000, n°237, p.454).

³ On note cependant, que dès la guerre de Trente Ans, la « reconquête » catholique était amorcée, V. en ce sens, Michel Richard, *La vie quotidienne des protestants sous l'Ancien Régime*, Paris : Hachette, 1966, p. 272 : « Les circonstances politiques (guerre de Trente As, puis l'établissement des Bourbons catholiques) firent que durant tout le XVII^e siècle, aucune paroisse protestante nouvelle ne fut créée. Par contre, sur les deux cents paroisses luthériennes existant en 1600, quinze furent reconquises par les catholiques avant 1648, et soixante quatre sous Louis XIV. »

religieuse imposée dans les autres provinces par l'Edit de Fontainebleau¹. De nombreuses mesures vont alors être prises pour propager la religion du souverain catholique (A), les conflits consécutifs à cette politique vont renforcer le lien, déjà très fort en Alsace, entre identité et religion (B).

A - La propagation de la religion du souverain catholique à la fin du XVIIe siècle

Le premier Administrateur de l'Alsace, Jacques de La Grange, nous donne des statistiques assez précises sur la carte confessionnelle de la province en 1697. Sur 257 000 habitants on comptait plus de 170 000 catholiques, près de 70 000 luthériens, 12 000 calvinistes et 3 600 juifs. Il y avait plus de catholiques en Haute-Alsace qu'en Basse-Alsace où les seigneuries et villes protestantes étaient plus nombreuses, avec notamment la métropole luthérienne de Strasbourg². La majorité des protestants étaient ainsi luthériens, et donc de même confession que les protestants allemands.

La royauté française va utiliser un grand nombre de mesures pour limiter l'extension du protestantisme. Dès 1681 la cathédrale de Strasbourg est

¹ V. sur ce point P.C. Timbal et A.Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux sous l'Ancien Régime*, op.cit. n°237, p.455 : « Cet Edit, codifiant et aggravant les mesures antérieures, révoque l'Edit de Nantes et ne laisse rien subsister de ses dispositions libérales... Le culte public et même le culte privé sont prohibés, les temples sont détruits ou désaffectés ; les communautés protestantes sont dissoutes et leurs biens confisqués... Les pasteurs doivent abjurer dans un délai de 15 jours ou quitter le royaume sous peine de galères... Aux fidèles il est interdit, au contraire, de quitter le royaume sous peine de galères et de confiscation ; mais ils ne peuvent exercer aucune fonction publique et, s'il est admis qu'ils conservent leur croyance, leurs enfants doivent être baptisés et élevés dans la foi catholique... L'Edit de Fontainebleau a été une grave erreur ; il a ranimé les luttes religieuses et provoqué une regrettable émigration ».

² Les statistiques fournies par de La Grange sont celles qui servaient à l'établissement des impôts royaux, la Province est alors divisée en trois circonscriptions financières ou « bureaux de finances », elles sont citées par Julien Hayem dans *Mémoires et Documents pour servir à l'histoire du commerce et de l'industrie en France*, sixième série, Paris : Hachette, 1921, p.176 : « Le bureau de Brisach, écrit-il, est composé de 16 villes ; 354 bourgs, villages, paroisses ou hameaux ; 13 525 feux et 65 355 âmes, dont : 63 318 catholiques, 1 050 luthériens, 90 calvinistes et 897 juifs – Le bureau de Strasbourg : de 27 villes ; 271 bourgs, villages, paroisses ou hameaux ; 23712 feux ; 122 735 âmes, dont : 70 907 catholiques, 45 740 luthériens, 4 558 calvinistes et 1 467 juifs – Le bureau de Landau : de 23 villes ; 440 bourgs, villages, paroisses ou hameaux ; 14 182 feux ; 68 913 âmes, dont : 37 504 catholiques, 22 856 luthériens, 7 352 calvinistes et 1 301 juifs – Le tout ensemble fait le nombre de : 66 villes ; 1065 bourgs, villages, paroisses ou hameaux ; 51 422 feux ; 257 003 âmes, dont : 171 792 catholiques, 69 546 luthériens, 12 000 calvinistes et 3 665 juifs ».

restituée au culte catholique¹, ce geste symbolique annonce des changements encore plus importants.

En mars 1683, l'Edit de Compiègne défend aux ministres de la religion prétendue réformée de recevoir des catholiques au temple ou à la prêche².

Trois mois plus tard l'Edit de Bellegarde tout en réaffirmant la liberté de conscience et l'exercice du culte protestant, défend à tout sujet catholique de changer de religion ; le non respect de cette règle entraînait la suppression du lieu de culte incriminé. Il est en effet édicté que : « L'exercice du culte desdites religions (de Luther ou Calvin) sera interdit pour jamais dans les lieux où un catholique aura été admis à faire profession d'icelles »³.

Ces premières Edits qui tendent à interdire toute extension de la religion protestante, n'établissent en revanche aucune réciprocité. Très rapidement, au contraire, d'autres mesures sont prises pour favoriser la conversion au catholicisme ; ainsi en août 1683 une Ordonnance prise par de La Grange décharge les nouveaux convertis « ...pendant le temps de trois années consécutives, à commencer du jour de leur conversion, non seulement du logement des gens de guerre, tant d'infanterie, de cavalerie et autres... mais aussi de toutes impositions, tant pour la subvention que pour la subsistance desdits gens et autres quelles qu'elles puissent être... »⁴

Ces incitations fiscales sont même suivies d'aides directes, les nouveaux convertis disposent ainsi d'un délai de trois ans pour payer leurs dettes, des gratifications personnelles sont aussi distribuées. Les personnalités sont ainsi particulièrement récompensées, le sieur Kempfer, Syndic de la noblesse de Basse-Alsace reçoit par exemple mille écus pour sa conversion⁵.

Ce premier ensemble de dispositions crée non seulement une inégalité entre les confessions, mais plus encore, il porte atteinte à l'identité, à la liberté de conscience des protestants. Un grand nombre d'entre eux finissent par

¹ La cathédrale était depuis plus de cent ans aux mains des luthériens. V. en ce sens, J.Benoist, *Le premier Administrateur de l'Alsace française...*, *op.cit.* p.67 : « La Réforme a frappé durement l'Evêché de Strasbourg. En 1559, les luthériens chassent l'évêque Erasme et son chapitre. Pendant cent vingt deux ans, ce ne sont que des luttes et compétitions. Certains chanoines passés au luthéranisme, élisent au siège épiscopal Jean-Georges, marquis de Brandebourg ; les autres restés fidèles élisent Charles, Cardinal de Lorraine. En 1604 un traité conclu entre les deux partis permet à ce prélat de rétablir le culte à Molsheim, à quatre lieues de Strasbourg. Il faut attendre 1681 et la réunion de la République à la France pour que Louis XIV puisse rendre la cathédrale à la religion romaine ».

² Enregistré au Conseil de Brisach le 30 avril 1683.

³ Edit de Bellegarde cité par J. Benoist, *op.cit.* p.73.

⁴ C. Pfister, L'Alsace et l'Edit de Nantes, dans la *Revue Historique*, 54^e année, tome CLX, II, Paris : Félix Alcan, , 1929, p.226.

⁵ J.Benoist, *op.cit.* p.74.

abjurer pour retrouver leur tranquillité et surtout pour bénéficier des largesses gouvernementales.

Le caractère suspect de ces conversions est d'ailleurs souvent mis en évidence par le comportement des nouveaux catholiques. Ceux-ci négligent notamment l'éducation confessionnelle de leurs enfants ; Louis XIV envisage alors les sanctions suivantes : « J'ai été informé, dit-il, que plusieurs nouveaux convertis négligent d'envoyer leurs enfants aux écoles des lieux de leurs demeures, aux instructions et catéchismes qui se font dans leurs paroisses, en sorte qu'ils pourraient rester sans être instruits de leur religion... Mon intention est que vous fassiez savoir à mes nouveaux sujets catholiques que je désire qu'ils envoient régulièrement leurs enfants aux écoles, aux instructions et catéchismes et que, s'ils y manquent, je veux en ce cas que lesdits enfants soient mis, de l'ordonnance des juges des lieux... les garçons dans les collèges et les filles dans les couvents, et que leur pension soit payée sur les biens de leurs pères et mères... »¹

Les mesures vexatoires vont s'intensifier entre 1684 et 1686, l'organisation administrative alsacienne va ainsi évoluer. Le Roi se refuse à tolérer, dans les hauts lieux du pouvoir local la présence de fonctionnaires protestants. Les seigneuries, quelle que soit la confession du seigneur, doivent dorénavant avoir uniquement dans leur domaine, des baillis, des greffiers et des prévôts appartenant à la religion romaine.

Dans le même temps à Strasbourg, où les protestants sont encore majoritaires, on doit, suivant l'ordre d'une lettre de cachet de Louis XIV, pratiquer « l'alternative »² dans les élections aux charges de la magistrature et dans les emplois en dépendant³. Cette mesure prive les protestants de la moitié des dignités et des charges municipales dont ils disposaient jusque-là. A côté de ces dispositions, qui une fois encore, vont favoriser la conversion d'une partie du patriciat local, on rencontre d'autres pratiques qui vont constituer un moment privilégié d'affrontement identitaire.

Une des mesures les plus contestables est certainement celle du *simultaneum* ; cette disposition introduite par Louvois en 1684 obligeait les protestants à partager leur église avec les catholiques chaque fois que ceux-ci ne disposaient pas de lieu de culte. Mieux encore, les protestants devaient céder le chœur de l'Eglise dès lors que sept familles catholiques étaient installées dans le village, seule la nef de la chapelle restait le lieu de culte des

¹ Lettre du Roi à de La Grange, du 5 juin 1686, citée par R. Reuss, *op.cit.* tome II, p.563.

² Cette pratique sera ensuite étendue à toutes les villes protestantes d'Alsace. V. sur ce point P. Dollinger, *Histoire de l'Alsace*, *op.cit.*p.298 : « Après 1685 « l'alternative » ordonne que chaque charge serait remplie alternativement par un catholique et par un protestant, au décès des titulaires ».

³ C. Pfister, *L'Alsace et l'Edit de Nantes*, *op.cit.* pp.233-234.

protestants. Les cultes étaient donc célébrés côte à côte dans les églises divisées¹. Pour pénétrer les paroisses jusque-là entièrement luthériennes, l'évêché et les jésuites facilitèrent ainsi l'introduction de familles de journaliers catholiques ou des nouveaux convertis.

Une telle situation était génératrice de conflits ; Philippe Wolff tout en rappelant que le *simultaneum* fut introduit dans environ 160 églises, souligne les conflits identitaires durables que cette mesure occasionne : « Cette pratique, dit-il, entretiendra pendant des siècles une animosité et une conscience confessionnelle très vive »².

L'appartenance religieuse s'affirme alors progressivement comme l'identité première de l'alsacien et même si les sujets protestants ont subi une politique religieuse très partielle, ils ont conservé leur liberté de culte. C'est d'ailleurs grâce à cette préservation du pluralisme religieux, que le statut confessionnel va s'affirmer pendant longtemps comme l'élément le plus certain de l'identité des alsaciens.

B - Identité et Religion en Alsace au XVIIIe siècle

Ces luttes religieuses n'étaient pas comparables avec celles qui se déroulèrent à la même époque à « l'intérieur » du royaume, elles laissaient en effet les deux grands cultes face à face ; la clandestinité n'était pas de mise pour les protestants alsaciens, et surtout, leurs principaux moyens d'affirmation identitaire étaient restés en place. C'est ainsi que l'Université protestante de Strasbourg ne fut jamais inquiétée³, même durant les années les plus difficiles pour la religion réformée.

L'enseignement avait une grande importance pour les protestants alsaciens. L'Université de Strasbourg comprenait quatre facultés, celles de philosophie, de théologie, de droit⁴ et de médecine. Les professeurs de la faculté de théologie étaient le plus souvent des prédicateurs, ce qui leur permettait de maintenir, en dehors même des cultes dominicaux, une influence spirituelle sur les étudiants. L'enseignement supérieur n'était cependant pas laissé aux seuls protestants, les catholiques disposaient ainsi de l'Académie de Molsheim, transférée dès 1701 au collège des jésuites de Strasbourg. Malgré cette apparente égalité de moyens, les mesures prises en faveur de la religion

¹ *Ibid.*, p.228.

² P. Wolff, *Histoire des protestants en France, de la Réforme à la Révolution*, 2e édition, réalisée sous la direction de Janine Garrisson, Toulouse : Privat, 2001, p.168.

³ V. en ce sens J. Benoist, *Le premier Administrateur de l'Alsace française...*, *op.cit.* p.77.

⁴ V. sur ce point, Michel Richard, *La vie quotidienne des protestants sous l'Ancien Régime*, *op.cit.* p.276 : « La faculté de droit avait quatre professeurs. Le premier expliquait le code Justinien, le droit féodal. Deux autres commentaient les Pandectes, enseignaient le droit public et le droit canon. Le dernier interprétait les *Institutes* de Justinien ».

du souverain entraînent entre 1680 et 1700 la conversion au catholicisme de plus de 10 000 luthériens¹.

Les protestants restés fidèles à leur confession vont pourtant voir s'atténuer les mesures trop contraignantes à leur endroit. En 1697 le traité de Ryswick, comblant les lacunes de celui de Munster, consacre en droit ce que l'activité de Louis XIV avait réalisé en fait : l'Alsace devient officiellement française. Ce résultat politique obtenu à la suite de la guerre du Palatinat, confirme aussi les libertés accordées aux protestants.

Il convient alors de « ménager les esprits ». Le Maréchal d'Huxelles déclare ainsi au Magistrat de Strasbourg : « Le roi ne veut rien changer à la religion. On n'y touchera pas le moins du monde en cette ville »². Cette déclaration, qui ne correspond évidemment pas à la volonté première de Louis XIV, semble pourtant marquer une évolution certaine. La guerre du Palatinat avait démontré que dans une province frontalière, il était préférable de se concilier l'ensemble de ses sujets plutôt que de fournir à l'Empire des alliés de circonstance.

Dès le début du XVIII^e siècle, les protestants alsaciens vivent plus paisiblement, le Régent et Louis XV ne revendront pas sur les droits des luthériens, mais ils ne feront cependant rien pour remettre en question les inégalités initiées sous Louis XIV. Les manifestations identitaires sont d'ailleurs très encadrées, la monarchie française ne tolère par exemple que les usages religieux effectivement pratiqués en 1681³, de peur de susciter une quelconque réaction ; les protestants se refusent ainsi à célébrer le second jubilé de la Réforme en 1717⁴.

Il faut attendre le milieu du XVIII^e siècle pour que la tolérance de la monarchie se manifeste très nettement lors de l'enterrement du Maréchal de Saxe. Ce précieux serviteur des Bourbons, luthérien de naissance, méritait des obsèques officielles. Le choix de Strasbourg ravit les luthériens qui sont d'ailleurs chargés d'organiser la cérémonie. Le 8 février 1751, en présence de toutes les autorités civiles et militaires, les obsèques se déroulent de la manière

¹ P. Wolff, *op.cit.* p.170.

² M. Richard, *op.cit.* p.270.

³ P. Wolff, *op.cit.* p.175.

⁴ Alors que cent ans plus tôt cette manifestation s'était apparemment révélée essentielle pour l'affirmation de l'identité religieuse protestante. V. en ce sens, P. Wolff, *op.cit.* p.165 : « La consolidation protestante sera arrêtée net par la guerre de Trente Ans qui a profondément ravagé l'Alsace et presque totalement anéanti le protestantisme en dehors des deux places fortes de Strasbourg et de Mulhouse épargnées par la guerre. Certes, le jubilé du centenaire de la Réforme (1617) a été l'occasion de célébrer le triomphe de l'Évangile sur l'« obscurantisme » papiste, de consolider le sentiment confessionnel mais aussi de renforcer la propagande et les invectives envers la Contre-Réforme... ».

la plus éclatante. Dans le cortège on distingue nettement les pasteurs, des étudiants en théologie qui chantent ostensiblement des cantiques¹.

On assiste alors à une certaine reconnaissance officielle de l'identité protestante en Alsace, les luthériens habitués jusque-là plus aux vexations qu'aux honneurs retrouvent quelque peu le faste d'antan, celui de l'époque où ils dominaient sans partage, notamment en bannissant les calvinistes de Strasbourg !²

Après cette cérémonie, les protestants s'imposent à nouveau ; dès lors leur union à la France va se manifester à plusieurs reprises. L'utilisation du français dans diverses autres manifestations solennelles témoigne de ce nouvel attachement au royaume des Bourbons. Il en est ainsi, en 1777, lors de l'inauguration du mausolée dans l'Eglise Saint-Thomas et surtout en 1781 lors de la célébration du centenaire du rattachement de Strasbourg à la France. Durant cette dernière cérémonie, « le jeune pasteur Blessing prononça un discours en français où il démontra que la population avait, sous l'égide de la France, trouvé le bonheur de vivre, la liberté de conscience et la paix »³.

L'utilisation de la langue du Roi apparaît ainsi comme une marque d'attachement à la France, son utilisation ne devait donc pas être des plus courantes dans une province pourtant réunie au royaume depuis cent ans !

Nous venons de constater l'échec relatif des mesures favorables à l'assimilation confessionnelle, il reste à tenter d'expliquer les raisons de la survivance prolongée de la langue allemande en Alsace.

II - LES ESSAIS D'ASSIMILATION PAR LA LANGUE

Dans un mémoire qu'il adresse en 1783 au garde des sceaux, le préteur royal Gérard s'exprime ainsi sur la situation linguistique à Strasbourg : « depuis 100 ans que cette ville est réunie à la France, dit-il, le français n'est pas encore devenu la langue commune et habituelle. Il y a des classes entières de citoyens, parmi les luthériens surtout, qui ont conservé l'idiome allemand »⁴.

Ce témoignage, qui porte sur une grande ville d'Alsace, laisse penser que l'emprise du français sur les plus petits bourgs était encore plus faible.

¹ M. Richard, *op.cit.* p.271.

² « Dans ce siècle où la tolérance est un sentiment trop rare, les protestants eux-mêmes, se déchirent entre-eux. Les premiers font preuve à l'égard des seconds d'un sectarisme insensé. La religion de Calvin, bannie de Strasbourg, s'était réfugiée à Wolfisheim, chez les Hanau-Lichtenberg ». (C. Pfister, *L'Alsace et l'Edit de Nantes*, *op.cit.* p.230).

³ M. Richard, *op.cit.* p.271.

⁴ Gérard, cité par Paul Levy, *Histoire linguistique d'Alsace et de Lorraine*, tome I, Strasbourg, 1929, p.329.

Arthur Young, qui voyage en France à la veille de la Révolution, précise que ce pays est « allemand » ; dès son entrée en Alsace il fait la constatation suivante : « Dans Saverne, dit-il, je me trouvai, selon toutes les apparences en Allemagne... Ici il n'y a pas une personne sur cent qui parle français ».¹

Plus qu'une survivance, il s'agit pour l'ensemble de l'Alsace, d'une véritable domination de la langue allemande.

Cette résistance de l'idiome local durant plus de cent ans, voire 150 ans pour les villes acquises à la France depuis le traité de Munster de 1648, telle notamment Colmar, semble manifester l'échec des politiques de « francisation » de la province.

Pourtant peu de temps après la prise de Strasbourg, en 1681, le choix de l'assimilation par la langue est rapidement envisagé, des mesures sont prises en ce sens, notamment avec le décret du 30 janvier 1685 (A) mais les atteintes à l'identité alsacienne et les considérations religieuses des Bourbons suscitent de fortes résistances (B).

A - La volonté d'unification linguistique : le décret du 30 janvier 1685

Suite à la guerre de Trente Ans, la politique française ne semble tenir aucun compte de la situation linguistique des provinces occidentales de l'Empire². Les négociateurs du traité de Munster se souciaient peu de l'idiome des populations qu'ils échangeaient. L'acquisition du pays Thionvillois, par le traité des Pyrénées, en 1659, semble être toutefois le point de départ d'une nouvelle politique dans laquelle s'affirme le lien entre l'usage de la langue et la loyauté envers le souverain. Les thionvillois renoncent, en effet, à leur langue maternelle (allemande) pour prendre celle de leur nouveau souverain³.

¹ A. Young, *Voyage en France pendant les années 1787, 1788, 1789 et 1790*, tome I, p.417.

² Il semble pourtant, que ce critère était essentiel ; l'extension du royaume était en effet limitée, depuis Henri IV, aux seuls pays de langue française. Ce critère n'est cependant pas abandonné, ainsi lorsque la Franche-Comté devient française, en 1673, Louis XIV souligne que : « C'est une province grande, fertile, importante qui, par sa langue et par ses droits aussi justes qu'anciens devait faire partie du Royaume » (A. Sorel, *L'Europe et la Révolution française*, Paris, 1919, tome I, pp.283 et s.).

³ Voir sur ce point, « Lettres patentes de Louis XIV, données à Fontainebleau au mois de juillet de l'an de grâce mil six cent soixante un », citées par Paul Levy, *Histoire linguistique d'Alsace et de Lorraine*, op.cit. p.287 : « Les exposans (les Thionvillois) pour faire veoir avec quelle submission ils ont reçu ceste reunion (à la France)... ont resolu que doresnavant tous leurs actes publics et de justice seroient rediges en langage françois au lieu que leurs prédecesseurs et eux jusques a present les ont faits et prononcez en langue allemande... » Le Roi répond en ajoutant que « doresnavant... tous les actes publics qui seront passes en justice, sentences et autres procédures et instructions entre les partyes et autres actes pardevant tabellions notaires ou autrement entre particuliers soient rediges en langue française ».

Une politique de centralisation linguistique s'impose ensuite dans les Flandres, les pays de Roussillon, mais surtout, et c'est ce qui intéresse notre sujet, en Alsace.

Unité linguistique dans l'unité politique, cette conception, quasiment ignorée jusque là, sera dorénavant intimement liée à toutes les phases d'expansion territoriale de la France. La politique menée par Louis XIV en Alsace se caractérise d'ailleurs rapidement par la volonté de mettre en pratique ces principes d'unité.

Colbert est certainement l'un des premiers à souligner l'intérêt qu'offrait une politique de la langue pour l'assimilation des nouveaux sujets. Une lettre qu'il adresse le 12 mars 1666 à son frère, alors intendant d'Alsace, exprime clairement ses idées en la matière : « Comme il est de conséquence, dit-il, d'accoutumer les peuples des pays cédés au Roy par le traité de Münster à nos mœurs et à nos coutumes, il n'y a rien qui puisse y contribuer davantage qu'en faisant en sorte que les enfants apprennent la langue françoise, afin qu'elle y devienne aussy familière que l'allemande, et que par la suite du temps elle puisse mesme, sinon abroger l'usage de cette dernière, du moins avoir la préférence dans l'opinion des habitants du pays »¹.

Louis XIV va s'inspirer des ces idées, il entame alors une politique de « fancisation » du pays. Il commence par l'administration de la justice, en 1657 et crée le Conseil Souverain d'Alsace ; sa composition exprime d'emblée le rapport de force « juridique » qui va s'instaurer entre les deux langues.

En effet, le haut personnel se recrute presque exclusivement à l'intérieur de la France, on trouve seulement à leur côté un Conseiller docteur en droit de nation allemande qui doit être versé en langue française et un Avocat général Allemand qui lui aussi doit maîtriser la langue des Bourbons, et six interprètes en langue latine, française et allemande les accompagne.

De plus, si l'Edit permet des plaidoiries en allemand, il précise qu'une traduction de l'autre langue doit être jointe. Au niveau de la langue officielle de la Cour, l'Edit exclut l'emploi de l'allemand, on peut y lire, en effet : « Nous voulons que tous les avis et opinions soient donnés et exprimés par les Conseillers dudit Conseil en latin ou en françois, et que les Arrêts dudit Conseil soient prononcés et rédigés par écrit en latin ou en françois »².

Les difficultés pratiques s'accumulent, notamment du fait de la méconnaissance de la langue allemande par les Conseillers, et devant cette situation, le Conseil d'Alsace, devenu entre temps Conseil Provincial, demande à ce que les juges soient, « versez dans les deux langues » (sic).

Un arrêt du Conseil d'Etat du Roi, daté du 30 janvier 1685 va rejeter les prétentions (pourtant essentiellement pratiques) du Conseil d'Alsace, il va

¹ Colbert, cité par Paul Lévy, *Histoire linguistique d'Alsace Lorraine*, op.cit. p.289.

² *Ordonnances d'Alsace*, I, 2.

même aller beaucoup plus loin et demander un changement radical ; cet arrêt qui va soulever beaucoup de controverses affirme nettement la volonté d'imposer un nouvel idiome local ; l'extrait suivant est sans équivoque : « Sa majesté » étant en son Conseil a ordonné et ordonne qu'à commencer du jour de la publication du présent Arrêt toutes les procédures faites devant les Juges de la Province, soit supérieurs ou subalternes, les Actes, Contrats et autres expéditions, de quelque nature qu'elles puissent être, soit qu'elles soient faites par les Notaires ou Greffiers de ladite Province, en fait de Judicature ou autrement, seront écrites en Langue françoise. Fait défenses très-expresses Sa Majesté à tous Juges, Magistrats, Baillis, Notaires, Greffiers et à tous autres qu'il appartiendra d'en recevoir aucunes en langue allemande, à peine de nullité desdits Actes, Contrats et Procédures, et de 500 livres d'amende. Enjoins Sa Majesté à l'Intendant de ladite Province de tenir la main à l'exécution du présent Arrêt. Fait au Conseil d'Etat du Roi, Sa Majesté y étant, tenu à Versailles le 30 janvier 1685. Signé Le Tellier »¹.

Cette mesure qui rend le français obligatoire pour l'ensemble des rapports juridiques, va donner lieu à une réprobation quasi-unanime des populations locales. On tente en effet d'imposer le français en Alsace, le ton, la peine de nullité en cas de contravention et la forte amende, sont autant d'éléments qui manifestent la volonté « d'en finir » avec la langue maternelle.

B - Résistances et controverses suscitées par l'arrêt du 30 janvier 1685

La population locale tenait à son parler. Cette nouvelle atteinte aux usages alsaciens concernait cette fois quasiment toute la population, catholiques et protestants étaient également touchés. Sur le plan linguistique, l'alsacien appartient aux langues germaniques, tels les parlers suisses, badois ou souabes, il était un élément essentiel de l'identité locale, cette volonté affichée de le déprécier, de favoriser sa disparition progressive, allait entraîner une très forte opposition.

L'arrêt du 30 janvier 1685 qui ordonne donc pour l'Alsace l'emploi de la langue française dans les actes publics, proscrit l'allemand parce qu'il « est, nous dit l'arrêt, directement contraire à l'affection que lesdits habitants d'Alsace témoignent avoir pour le service de Sa Majesté »². Cette idée fera son chemin puisqu'on la retrouvera notamment dans l'édit de février 1700 proscrivant la langue catalane en usage dans le pays de Roussillon, avec des termes encore plus forts tels « cet usage répugne et est en quelque façon

¹ *Ordonnances d'Alsace*, I, p.145.

² *Ibid*, p.145.

contraire à notre autorité, à l'honneur de la Nation Française et même à l'inclination des habitants desdits pays, lesquels en toutes occasions ne témoignent pas moins de zèle et d'affection pour notre service que nos anciens sujets »¹.

Or, ce sont ces mêmes habitants, qui, en Alsace, comme certainement ailleurs, vont refuser une telle atteinte à leur identité. Le conflit linguistique était né bien avant la capitulation de Strasbourg, on le retrouve en fait depuis le moment où l'influence de la France commence à devenir manifeste en Alsace. Pour certains auteurs locaux, l'adhésion à la langue française s'apparentait alors à une véritable trahison². Après le rattachement à la France, l'arrêt de 1685 rencontre une opposition qui dépasse le cadre littéraire, le Magistrat de Strasbourg s'affirme ainsi comme le porte drapeau d'une résistance active contre des mesures dont il conteste d'ailleurs la légalité.

La protestation ouverte prend la forme d'un mémoire dans lequel de nombreux arguments font ressortir les inconvénients d'une telle assimilation par la langue. Le prêteur royal tente de réfuter point par point les arguments présentés dans ce document. Certains extraits du « Mémoire du Magistrat de Strasbourg contre l'introduction et l'usage de la langue française », suivis des réponses de l'Officier royal, témoignent de la force d'arguments identitaires difficilement réfutables. Ainsi, lorsque le Magistrat objecte que « le Roi a promis par la capitulation à la ville de lui conserver tous ses privilèges, statuts et droits, et que donc, l'usage de la langue doit être considéré comme un droit », le prêteur royal répond : « Il est vrai que l'usage de la langue est un droit ; mais c'est un droit de souveraineté qui est réservé au Roi ».

Mieux encore, à l'objection qui consiste à dire que « si on voulait plaider en français et tenir les greffes dans la même langue, les bourgeois n'entendant pas ce langage s'en plaindraient et feraient beaucoup de lamentations, en se croyant trahis », le prêteur donne une réponse peu inspirée suivant laquelle « les bourgeois qui ont des procès entendent aussi peu dans les procédures allemandes que dans les françaises ; et que néanmoins ils se fient à leurs avocats ». Enfin, lorsque le Magistrat objecte que « l'affection des sujets ne consiste pas seulement dans la langue du prince, mais dans la fidélité et l'obéissance, et que, les bourgeois de Strasbourg apprennent autant qu'il leur

¹ A. Brun, *Recherches historiques sur l'introduction du français dans les provinces du midi*, et la thèse complémentaire : *L'introduction de la langue française en Béarn et en Roussillon*, p. 68 et s.

² En ce sens, Paul Lévy, *Histoire linguistique d'Alsace et de Lorraine*, *op.cit.* p.293 : « Ce fut un signe du temps quand, en 1648, Moscherosch édita le texte de la « Germanie » de Wimpheling. Le même Moscherosch ne laisse passer aucune occasion pour s'attaquer à ceux qui préfèrent la langue française à la langue allemande... Sa haine de la langue française lui fait voir, dans tout homme qui délaisse l'allemand, un traître à la patrie... »

est possible la langue de leur souverain... mais que pour cela il faut du temps... et que la ville a toutefois établi des écoles et sermons français... », le prêtre répond « qu'il n'y a qu'une ou deux écoles françaises et un seul sermon français. Il serait bon, ajoute-t-il, d'en augmenter le nombre et de nommer des maîtres d'école catholiques, au lieu de calvinistes... »¹.

Le Magistrat strasbourgeois commence donc par invoquer le droit imprescriptible à la langue maternelle, c'est certainement le point essentiel de la protestation qui, comme son intitulé l'indique, s'affirme « contre l'usage de la langue française ». Pour motiver ce refus, il insiste ensuite sur les difficultés pratiques qu'un tel changement impliquerait mais surtout il conclut en réfutant l'idée selon laquelle l'emploi de la langue allemande serait incompatible avec l'affection des sujets pour le Roi.

Malgré les objections du prêtre royal, le refus exprimé par le Magistrat de Strasbourg semble l'avoir emporté dans la pratique. En effet, comme le note Reuss², les procès verbaux des séances du Magistrat sont encore rédigés en allemand en 1789. La langue officielle de la ville de Strasbourg est donc restée l'allemand, et ce jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Les petites communes alsaciennes gardent, elles aussi, l'allemand pour l'ensemble de leurs actes et registres³. Seules des villes d'importance moyenne, telles Colmar, Saverne ou Ribeauvillé appliquent timidement les mesures édictées en 1685, ainsi Saverne occupé par les français depuis 1634, attend 1699 pour rédiger pour la première fois les comptes de la ville dans les deux langues⁴.

A côté de la pratique administrative, la pratique judiciaire ne semble pas non plus tenir compte des prescriptions, pourtant formelles de l'arrêt de 1685. Ainsi, jusqu'à la Révolution tous les tribunaux inférieurs de la Province continuent, avec l'assentiment quasi-général de la population, à procéder et à juger en allemand. L'usage du français est rejeté par ces tribunaux, mais ceux-ci ne s'arrêtent pas là, ils vont même omettre d'appliquer les grandes

¹ *Mémoire du Magistrat de Strasbourg contre l'introduction et l'usage de la langue française avec les réponses de M. Obrecht, prêtre royal*, cité intégralement par E. Arnould dans *Bulletin historique des monuments écrits de l'histoire de France*, tome II, Paris, 1850, p.157.

² Reuss, *L'Alsace au XVIIe siècle*, II, p.200.

³ En ce sens, Paul Lévy, *Histoire linguistique d'Alsace et de Lorraine*, *op.cit.* p.299 : « A plus forte raison les actes des corps délibérants et tous les registres dans les communes et paroisses rurales restent-ils allemands. Toute la correspondance administrative de la Régence d'Ensisheim se faisait en allemand durant tout le siècle. Un grand placard contre Charles de Lorraine que la Régence de Brisach faisait afficher fin 1651 partout en Alsace, un des plus anciens documents imprimés émanant de l'autorité française en Alsace, est rédigé, non en français, non plus dans les deux langues, mais exclusivement en allemand. »

⁴ *Ibid.*, p.299.

Ordonnances civile et criminelle de 1667 et 1670¹. Seule la juridiction supérieure du Conseil souverain d'Alsace appliquait ces Ordonnances, tout comme d'ailleurs les prescriptions linguistiques de l'arrêt du 30 janvier 1685². On pouvait donc être jugé en seconde instance sous l'empire d'une langue et d'une législation différente de celles utilisées par les tribunaux inférieurs.

Devant ce rejet de la langue française par les populations locales, seules des mesures radicales auraient pu rendre applicable l'arrêt du 30 janvier 1685. Ainsi pour l'intendant Mégrét de Sérilly : « cet arrêt n'est point exécuté, et ne le sera jamais, si l'on prend le parti d'extirper l'usage de la langue allemande et d'y substituer celui de la Nôtre ». L'intendant qui s'exprime en 1752, n'aura pas l'occasion de voir une telle politique d'assimilation linguistique se réaliser. En effet, en 1783, le prêteur royal de Strasbourg déplore encore « que depuis cent ans que cette ville est réunie à la France, cette langue ne soit pas encore devenue la langue commune et habituelle. Il y a, continue-t-il, des classes entières de citoyens, parmi les luthériens surtout, qui ont conservé l'idiome allemand ».³

Ce constat d'échec est sans appel, l'opposition des alsaciens contre l'emprise de la langue française est certainement une des raisons principales de l'insuccès de la politique linguistique de la France dans la région. Mais à côté de ce refus d'essence identitaire, il faut signaler une autre raison, plus inattendue, conséquence directe de la politique religieuse menée par Louis XIV et ses successeurs en Alsace : la suppression du culte protestant en français.

Cette mesure, qui participe à l'affaiblissement de la langue du Roi, est pourtant initiée par le souverain lui-même. En 1683, le Consistoire de Strasbourg nomme un nouveau titulaire français à côté du prédicateur allemand, certainement par égard envers la langue du souverain, mais cette mesure n'est pas appréciée puisque les deux pasteurs sont expulsés et le culte local interrompu. Des supplications du Consistoire sont adressées au Secrétaire d'Etat Louvois⁴ ; ce farouche adversaire de la Réforme répond, par

¹ Voir sur ce point le Mémoire de l'Intendant Le Pelletier de la Houssaye de 1701, dans *Revue d'Alsace*, 1897, p.433 : « L'Ordonnance civile de 1667 ou la criminelle de 1670 n'y sont point observées. Quant au criminel, cela choque moins, parce que le Magistrat en connoit et juge en dernier ressort, mais pour le civil et les appellations de ce qui excède la somme de mil livres, qui sont portées au Conseil supérieur d'Alsace, il est bien extraordinaire que des premiers juges n'observent pas une ordonnance à laquelle leurs juges supérieurs sont obligés de se conformer ».

² Paul Lévy, *Histoire linguistique d'Alsace et de Lorraine*, op.cit. p.301.

³ *Archives municipales de Strasbourg*, (AA, 2298), citées par Paul Lévy, *ibid*, p.329.

⁴ En ce sens, J. Benoist, *Le premier Administrateur de l'Alsace française – Jacques de La Grange. Intendant d'Alsace de 1673 à 1698*, op.cit. p.77 : « Les rapports du pouvoir et du protestantisme se détendent surtout après la mort de Louvois. C'est, en effet, à l'influence

l'intermédiaire de l'Intendant de La Grange qu'un pasteur pouvait revenir pour reprendre le culte, mais il impose une restriction : « pourvu toutefois, dit-il, que ledit ministre ne sache pas la langue française »¹.

De nombreux autres cas confirment cette interdiction de prêcher en français², cette situation fait dire à Rodolphe Reuss : « Le Grand Roi, travaillant à germaniser ses sujets réformés d'Alsace, n'est-ce point là un détail aussi attristant que bizarre ? ». Les successeurs de Louis XIV persisteront pourtant dans cette voie, du moins jusqu'en 1765 où des prédications en français purent enfin avoir lieu le dimanche, mais sous certaines conditions. Les prêches devaient par exemple avoir lieu à onze heures, « pour que les familles de fonctionnaires français n'aient pas envie d'y assister... car c'était l'heure du déjeuner ! »³, la crainte de la contamination était donc encore grande.

CONCLUSION

Malgré le rattachement de la plus grande partie de l'Alsace à la France, malgré l'influence grandissante du royaume des Bourbons dans la nouvelle province, à la veille de la Révolution, la situation linguistique n'a que très peu évolué et la prédominance de l'allemand est encore certaine. L'identité locale est-elle pour autant préservée ? Le refus persistant de l'idiome du maître ne doit pas masquer certaines évolutions, telles la lente décroissance de l'allemand dans les couches sociales supérieures et la décroissance plus significative du protestantisme Luthérien. On peut lire ainsi sur Strasbourg, « qu'en un siècle d'appartenance au royaume de France, l'ancienne république (de Strasbourg) avait effectivement cédé, de gré et de force, au charme entêtant de la conversion... Catholiques et protestants y représentaient des communautés comparables par le nombre ; les uns profitant de l'apport constant d'éléments étrangers... les autres autrefois largement majoritaires, perdant graduellement du terrain... »⁴

La politique française en Alsace fut dominée par le souci des intérêts religieux. Aussi longtemps que la foi était en jeu, la langue devenait quantité négligeable, et c'est donc dans ce contexte particulier que les identités religieuses prirent une importance considérable, importance qui perdurera d'ailleurs dans tous les régimes politiques qui vont suivre. On peut même, sans

fâcheuse de ce ministre qu'il faut attribuer presque toutes les vexations commises contre les adeptes de la religion réformée. S'il n'avait été sans cesse conseillé par un esprit aussi intolérant, Louis XIV, certainement, aurait montré plus de modération ».

¹ *Lettre de La Grange, du 5 juin 1686*, citée par R. Reuss, *op.cit.*, tome II, p.501.

² P. Levy, *Histoire linguistique d'Alsace et de Lorraine*, *op.cit.* p.319.

³ M. Richard, *La vie quotidienne des protestants sous l'Ancien Régime*, *op.cit.* p.278.

⁴ David-André Lang, *Quand l'Alsace s'éveillait entre chien et loup*, Paris : Fayard, 1981, p.31.

forcer le trait, affirmer, qu'en raison du caractère longtemps mouvant de l'appartenance nationale, c'est le statut confessionnel qui a longtemps fondé l'identité la plus précise de l'Alsacien.

Jean-Christophe CAREGHI

Docteur en Droit,

A.T.E.R. à l'Université du Sud Toulon-Var

DEUXIEME PARTIE :

Questions ouvertes

LES CONTENTIEUX DE LA CITOYENNETÉ

La citoyenneté est une forme d'appartenance. Comme l'écrit Michael Walzer, « la citoyenneté est d'abord appartenance au groupe ». Il caractérise la citoyenneté comme appartenance à une communauté politique circonscrite à un territoire¹. Son attribution est décidée par le pouvoir politique. Suscite-t-elle des contentieux, entendus comme conflits résolus par un juge ?

On peut constater que la citoyenneté n'a fait l'objet que d'un contentieux qui s'est réduit, pour, aujourd'hui, échapper même au droit.

I - LA CITOYENNETÉ, OBJET D'UN CONTENTIEUX RÉDUIT

La citoyenneté est une qualité qui distingue ceux qui participent à l'exercice du pouvoir politique de ceux qui y sont seulement soumis. A Athènes, Clisthène a lié l'appartenance à un dème, circonscription locale de base, à cette attribution de droits politiques. Une procédure annuelle était suivie devant l'assemblée du dème pour inscrire les jeunes gens ayant atteint l'âge de dix-huit ans sur le registre du dème. En cas de refus, le jeune homme pouvait faire appel devant le Tribunal du Peuple. S'il perdait, il était vendu comme esclave...²

L'appartenance fondamentale à la cité pouvait être retirée. L'*atimie* privait un citoyen de ses droits civiques et de tous les privilèges attachés à la citoyenneté. C'était une peine drastique, une exclusion de tout droit : « interdit de sépulture, privé de tous ses biens, frappé de mort civile, la fuite éternelle est pour l'errant soumis à l'*atimie* la seule chance de survie »³. Cette peine pouvait frapper celui qui n'avait pas respecté ses devoirs familiaux comme celui qui s'était rendu coupable de trahison, de corruption ou de désertion.

Rome rend moins formaliste l'acquisition de la citoyenneté et permet à une personne privée d'instituer un nouveau citoyen, ce qui est très original. Un maître peut affranchir son esclave et en faire un citoyen. En sens inverse,

¹ Michael Walzer, *Pluralisme et démocratie*, Ed. Esprit, 1997

² Mogens H.Hansen, *La démocratie athénienne – A l'époque de Démosthène*, Les Belles lettres, 1993, p.126

³ Michel Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 4^e éd. 1991, p.53

la *capitis diminutio maxima* fait d'un citoyen libre un esclave. C'est une conséquence, une peine complémentaire, en quelque sorte, d'une peine principale telle que la condamnation à mort ou aux travaux forcés dans les mines⁴.

La Révolution française réinvente la citoyenneté, définit les critères d'attribution, sans qu'on ait connaissance de contentieux qui y soient attachés. La citoyenneté est dès lors liée à la nationalité. Les contentieux de la naturalisation n'ont que pour objet indirect la citoyenneté. En même temps elle institue la dégradation civique. Le Code pénal de 1791 prévoit cette peine criminelle infamante et organise une mise en scène publique qui témoigne de l'importance que les révolutionnaires y attachent : le condamné est mis au carcan pendant deux heures, ayant, au-dessus de sa tête, un écriteau où sont inscrits ses nom, domicile, profession, le crime commis et le jugement prononcé contre lui. Cette peine est reprise par le Code pénal de 1810, sans le rituel public.

Curieusement, cette peine est à la fois considérée comme insuffisante, au point que le législateur sera amené à prévoir qu'elle puisse être accompagnée d'une peine d'emprisonnement, en 1832, et comme trop lourde pour être prononcée à l'encontre de fonctionnaires ayant commis un « attentat à la liberté » tel qu'une arrestation ou détention illégale (article 114 du Code pénal). Au XX^e siècle, la Cour de cassation refusa de la prononcer à l'encontre d'un préfet de police qui avait commis « l'erreur » de détenir illégalement une personne, car cela « n'implique pas nécessairement qu'il ait volontairement violé la loi »⁵.

Le Code pénal institue, également, en matière délictuelle, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, en tant que peine complémentaire.

L'avènement du suffrage universel masculin, en 1848, provoque l'adoption d'une nouvelle règle restrictive. Le décret organique du 2 février 1852 prévoit une incapacité électorale automatique et définitive pour ceux qui ont été condamnés à une peine, non seulement criminelle, mais correctionnelle, même légère, dès un mois et un jour avec sursis, pour des délits tels que le vol, le recel, l'escroquerie ou l'abus de confiance. Le

⁴Marie-Hélène Renaut, Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales, *Rev.sc.cim.* avril-juin 1998, p.265

⁵ Cass.crim. 20 juillet 1962, Dlle Andrée Noyelle c. le préfet de police Papon, *Rec.dr.pén.* 1963.284

caractère automatique de cette peine accessoire ne permet pas de la contester en tant que telle.

Depuis le 1er mars 1994, le nouveau Code pénal (article 131-26) rend facultative la peine d'interdiction des droits civiques. Un auteur a pu « regretter l'esprit routinier des juges qui recourent assez peu à l'article 131-26 »⁶.

Le contentieux de la privation de citoyenneté s'amenuise. Qu'en est-il du droit ?

II - LA CITOYENNETÉ ÉCHAPPE AU DROIT

Les modes d'inscription de la citoyenneté dans le droit ne semblent plus opératoires aujourd'hui.

A - La citoyenneté dans le droit

L'autorité politique territorialement compétente peut être amenée à choisir des critères de citoyenneté pour plusieurs raisons. Elle peut y être poussée par des revendications nouvelles.

Les acteurs politiques peuvent avoir en tête la création de la cité même, comme entité politique, lorsqu'ils définissent les conditions d'accès à la citoyenneté. Tel est le cas à Athènes, lorsque Clisthène institue le *dème* qui regroupe tous les individus qui y résident, quelle que soit leur origine ethnique ou sociale. Il affaiblit l'aristocratie traditionnelle et crée un nouvel « espace civique » qui, unitaire, pourra affronter le péril des guerres médiques⁷. C'est aussi le cas de Rome, républicaine, puis impériale. L'édit de Caracalla, en 212, étend à « tous les pérégrins qui sont sur terre le droit de la cité romaine ». Caracalla proclame son désir de plaire aux dieux. Pour Dion Cassius, auteur d'une « Histoire romaine » écrite à cette époque, il s'agit d'augmenter ses revenus, en assujettissant les pérégrins au paiement de l'impôt⁸.

⁶ Marie-Hélène Renaut, *loc.cit.*

⁷ Claude Mossé, *Histoire d'une démocratie : Athènes*, Seuil, Points, 1971, p.28

⁸ Michel Humbert, *op.cit.* p.303

Si la nécessité d'obtenir le paiement d'impôts va dans le sens de l'extension de la citoyenneté, la tentation peut être de limiter la citoyenneté aux contribuables. Les Etats généraux accueillent, à la fin du XV^e siècle, non seulement les représentants des nobles et des clercs, mais aussi ceux des habitants des villes et des campagnes... dès lors qu'ils paient la taille, à l'instar de la Chambre des communes anglaise. La Constituante limite le bénéfice des droits politiques aux citoyens « actifs », qui paient une contribution directe au moins égale à la valeur de trois journées de travail. Après la proclamation du suffrage universel masculin par la Convention, la Restauration revient au suffrage censitaire. Ne sont électeurs que ceux qui paient une contribution directe de trois cents francs. Celle-ci est portée à mille francs pour pouvoir être député. La justification présentée est que pour prendre des décisions politiques, il faut y avoir un intérêt financier, les assumer financièrement.

Des revendications peuvent alors aboutir, à plus ou moins long terme. C'est la revendication des commerçants, dont la taxe professionnelle n'était pas prise en compte pour leur permettre d'être électeur, qui fait tomber la Monarchie de Juillet. Formulée au XIX^e siècle, la revendication des femmes, les « suffragettes », n'aboutira, en France, qu'en 1944, avec un très grand retard par rapport à d'autres démocraties, comme l'Angleterre (1918) ou les Etats-Unis (1920). De Gaulle souhaitait aussi jeter les bases d'une France nouvelle. La revendication de parité est également la conséquence des réticences des élus français à ouvrir la carrière politique, aux femmes. Les responsables politiques français freinent également l'attribution des droits politiques aux étrangers. La France ne les a reconnus que sous la contrainte du traité de Maastricht, pour les seuls citoyens d'autres Etats de l'Union européenne, alors que d'autres Etats les avaient instaurés antérieurement (la Suède, en 1975, le Danemark, en 1981, la Norvège, en 1982, les Pays-Bas, en 1985). Ils ne peuvent être exercés que pour les élections municipales.

La gestion municipale est traditionnellement considérée, en France, comme une activité administrative et non politique. La citoyenneté ne parvient pas à s'inscrire dans de nouveaux territoires.

B - La citoyenneté hors du droit

Il est paradoxal de constater que, au moment même où le terme de « citoyen » est utilisé à tout venant, comme adjectif, la citoyenneté, comme appartenance stagne. Le citoyen n'est plus guère un substantif.

L'autorité tente, non pas tellement de redéfinir la cité, que de trouver dans la citoyenneté une nouvelle technique de relations publiques. L'emploi du terme de « citoyen » peut être dépourvu de portée juridique. La loi « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration », du 12 avril 2000, substitue le « citoyen » à « l'administré » ou à « l'usager ». Ce phénomène n'est pas limité à l'autorité proprement politique. La « citoyenneté d'entreprise » joue la même fonction incantatoire.

D'autres mettent en avant la « citoyenneté sociale » et, cette fois, l'adjectif transforme la citoyenneté en « synonyme de lien social »⁹

La difficulté essentielle à laquelle se trouvent confrontées les autorités politiques tient à leur inadaptation aux nouveaux territoires politiques. La citoyenneté, telle qu'elle existe, correspond à l'Etat-nation, la nationalité étant devenue quasiment synonyme de citoyenneté. Or, les décisions politiques ne sont plus toutes prises, loin s'en faut, dans le cadre de l'Etat. L'interdépendance des Etats, la mondialisation de l'économie imposent des choix de nature politique qui dépassent les frontières de l'Etat. De nouveaux espaces, politiquement pertinents, se dessinent : les régions, comme l'Europe, le monde. A ces niveaux, ce sont toujours les Etats, au nom de leur souveraineté, qui, seuls, s'engagent. Les citoyens n'existent pas au niveau régional ou universel. Ils ne s'expriment que par le truchement d'autorités nationales.

Au niveau européen, une « citoyenneté européenne » a été inscrite dans le traité instituant la Communauté européenne, en 1992. Mais les citoyens européens participent aux décisions politiques, essentiellement par l'intermédiaire de leurs gouvernements nationaux. Ils élisent des députés européens, mais de ceux-ci ne procède pas un gouvernement, qui, dans les démocraties contemporaines est l'autorité politique qui mène une action avec l'appui du Parlement. L'Europe est tellement un « objet politique non identifié », selon le mot prêté à Jacques Delors, que ses enjeux politiques ne sont pas identifiés non plus que ses responsables

Le projet de constitution élaboré par la Convention, sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing, ne parvient pas à clarifier cet objet, écartelé entre tenants de l'essence intergouvernementale de l'Europe et tenants d'un renouveau, plus ou moins fédéral, le mot étant banni, spécialement par les gouvernants anglais.

Parallèlement, on assiste au foisonnement de nouvelles revendications, qui dépassent le cadre national. Après le mouvement des « citoyens du monde », les « altermondialistes » réclament une participation

⁹ Jacques Chevallier, les transformations de la citoyenneté, *in* La Documentation française, *Regards sur l'actualité*, avril 1999

à une autre politique, pour une autre planète. Ce sont les balbutiements de l'idée d'une responsabilité politique mondiale.

En conclusion, on s'arrête au contraste entre trois éléments : le foisonnement de l'emploi du terme de citoyen, l'extension de la cité – l'Empire romain a repoussé ses *limes* jusqu'au monde entier – et le cantonnement de la citoyenneté dans l'espace national. Aujourd'hui, le droit de la citoyenneté reste à réinventer.

Arlette HEYMANN-DOAT

Professeur à l'Université de Paris XI

APPARTENANCE ET TRANSITIVITE

OU

LE VERTIGE DE PROCRUSTE...

« *Je suis moi et ma circonstance* »

ORTEGA Y GASSET

Le thème qui est développé à l'occasion de ce colloque offre l'opportunité de réfléchir au paradoxe véhiculé par l'appartenance... « *Appartenir* » ou « *s'appartenir* » questionnait ainsi ce matin le Doyen Pierre Sanz De Alba en ouvrant cette journée de réflexion ; il nous *appartient*, dès lors, de naviguer entre « *culte du moi* » et « *culte du groupe* » entre « *c'est mon choix* » et accaparement du moi... Instantanément, cette notion d'appartenance évoque quelque chose de « *doux* », de « *confortable* » et de « *réconfortant* »... Néanmoins, dans le même temps, elle peut susciter un comportement fusionnel et totalitaire. Ce colloque, consacré aux contentieux engendrés par la notion d'appartenance, met donc clairement à jour le fait que, même appuyée sur le consentement, l'appartenance est nécessairement confrontée, d'une part, à la *durée*, qui va la rigidifier et, d'autre part, au *changement* qui, naturellement, va atteindre l'individu du seul fait de son entrée dans une globalité. À ce titre, l'appartenance a « *par nature* » un aspect violent et totalitaire. Votre invitation à participer à cette réflexion m'a permis de prendre conscience du fait que, malgré le confort qu'elle peut engendrer, l'appartenance m'embarrasse me dérange et par certains aspects, pour être franc, me répugne. Si, égoïstement, l'idée de posséder ne suscite pas immédiatement chez moi un mouvement de rejet, l'idée d'appartenir à « *quelque chose* » ou à « *quelqu'un* » m'est insupportable. Cette réaction – qui explique le parti pris de mon intervention et son caractère parfois unilatéral – est vraisemblablement, j'en ai conscience, de l'ordre de la clinique ; elle est, en quelque sorte, phobique. Dans cette perspective, rapprocher les termes *d'appartenance* et de *transitivité* se présente comme une tentative qui vise à me permettre d'échapper à une perception de l'appartenance qui m'apparaît être du domaine de la clôture. Accoler appartenance et transitivité au sein d'une même étude, c'est donc chercher à rendre compte du caractère complexe et confus de l'identité et de la difficulté d'opérer l'inscription de celle-ci dans le droit (et de permettre dans un certain sens *l'affiliation*).

Avant de développer davantage ce rapport, il convient, de manière liminaire, de définir les termes de notre propos.

- Appartenir dérive du terme « *pertinere ad* », s'étendre jusqu'à... En ce sens, l'appartenance suppose, selon que l'on soit acteur ou sujet de cette relation, que l'on est subsumé par quelque chose. Appartenir c'est faire partie de quelque chose. Pour le juriste, l'appartenance s'appréhende ainsi, avant tout, en termes d'inscription dans un ordre normatif ou dans une relation juridique.

- Le terme de transitivité est plus complexe. La transitivité est utilisée, de manière classique, dans l'étude de la grammaire. Tout aussi classique est l'usage de ce terme dans le domaine philosophique. En ce cas, la cause transitive, est ainsi la cause dont l'action s'exerce sur un objet étranger, par opposition à la cause immanente. Plus imagé est l'usage qui est fait de cette terminologie en géologie. Elle est employée pour désigner des roches ou terrains transitifs qui forment le passage d'un terrain à un autre de formation plus récente. Sur cette base, on forme habituellement un *néologisme* au regard duquel la transitivité manifeste ce qui a un caractère de transition. C'est, en ce sens, que le terme est retenu par le droit lorsqu'on examine, par exemple, la transitivité du processus de génération des normes. Dans ce rapport, on utilisera ce mot en mettant en exergue sa fonction de passage. Ainsi, le transitif c'est presque le diaphane, c'est-à-dire ce qui laisse passer¹...

La transitivité, on le comprend est ainsi présentée comme antidote à ce qui pourrait apparaître comme une appartenance de rétention si ce n'est de détention. D'instinct on le conçoit, « *un bon groupe, c'est (dès lors) celui qui ne se rêve pas unique immortel et signifiant (...) mais au contraire (celui qui) se branche sur un dehors qui le confronte à ses possibilités de non-sens, de mort et d'éclatement* »².

Derrière l'insertion dans le groupe (et dans l'ordonnement éventuellement généré par celui-ci) s'ouvre, en réalité, l'espace du vertige et le risque de la discrimination. Ce vertige est, pour une part, identique à celui que devait ressentir Procruste, ce personnage mythologique qui imposait aux voyageurs de s'étendre sur l'un de ses deux lits et qui, dans le dessein de mettre ses visiteurs à la bonne dimension, coupait ou étirait ces derniers. Par

¹ Cf. la superbe analyse de Pierre Legendre, in *De la société comme texte : linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Fayard, 2001, p. 29-31. « *Relevons la formation du terme diaphane. Le préfixe dia signifie à travers ; le verbe (...) a le sens général de montrer, mettre en lumière, faire connaître (...). Diaphane veut dire transparent (sens retenu par le français) mais aussi par glissement de sens incandescent, brillant, puis évident patent enfin éminent glorieux, comotation qui dans notre perspective vise la problématique de l'entre-deux et des métaphorisations de l'écart...* »

² G. Deleuze, *L'île déserte et autres textes*, « *Trois problèmes de groupe* », Les éditions de Minuit, 2002, p. 270.

l'insertion, le sujet est donc inscrit dans l'ordre symbolique qu'engendre le droit¹. Cette insertion ne permet, on le comprend, que partiellement de représenter l'être et sa complexité. C'est de cette opération d'inscription que va naître un contentieux potentiel, dès lors que sera contestée l'universalité de notions qui offrent au droit des instruments commodes permettant de masquer les particularismes. Contrairement à ce qu'affirme la tradition, le discours, en particulier le discours juridique, refuse bien souvent de se conformer à la nature (*sermo naturae succumbit*)².

Il est ainsi devenu commun d'affirmer que le droit, dans une logique d'autonomisation de son langage, construit son réel. Comme l'observait Pasukanis : « *les concepts juridiques généraux peuvent (bien) entrer à titre d'éléments constitutants dans des processus et des systèmes idéologiques, la réalité sociale, masquée en une certaine mesure par un voile mystique, ne peut être découverte à travers ces concepts* ». « *C'est l'ensemble du vocabulaire juridique qui procède (de la sorte) à une reconstruction systématique de son univers de référence* »³. Il est ainsi possible de formuler une proposition rigoureusement lacanienne : c'est en raison du travail de l'imaginaire des sujets de droit que la symbolisation juridique est prise pour la réalité. La réalité, certains parleraient de « réel », se trouve donc dans une relation paradoxale à l'égard de cette structure symbolique. Elle ressemble, en quelque sorte, au *Horlà* de Maupassant, présent (symbolisé) mais en même temps absent de la représentation⁴. Si l'on accepte cette approche, ce qui apparaît comme problématique c'est l'opacité ou le caractère diaphane de l'institution juridique. Cette exigence de transparence nous introduit, naturellement, à l'examen de la transitivité. On l'aura compris, notre problématique sera la suivante : est-il possible de passer de l'un à l'autre de nos milieux d'appartenance ou de faire transparaître des éléments qui tiennent à une appartenance initiale au sein d'une globalité différente ?

En ce sens, la transitivité dès lors qu'elle est confrontée à l'appartenance se décline en termes de transparence et de transition et suppose un certain pluralisme. Le domaine de l'art peut fournir une illustration de ce mouvement. En décembre 1793, Robespierre propose que les cendres de Joseph Bara, héros de la Révolution, soient transférées au Panthéon. David, ami de Robespierre et de Marat, est désigné afin d'organiser la cérémonie. David commence ainsi à peindre la Mort de Bara

¹ Sur cette question, P. Legendre, *De la société comme texte*, op. cit. et plus largement les travaux de cet auteur sur la filiation.

² *A contrario*, P. Legendre, in *De la société comme texte*, op. cit.

³ Pasukanis, *La théorie générale du droit et du marxisme*, EDI, 1970, p. 64.

⁴ M. Serres, *Atlas*, Champs Flammarion, 1996, p. 67.

en 1794¹... Ce tableau pose, de manière classique, une série de questions à l'interprète. La plus connue de ces interrogations consiste à savoir pourquoi David a représenté Bara nu ? Pour certains, « dans le Bara de David, le peuple héros accède au sommet de la hiérarchie picturale, la peinture de l'Histoire, mais au prix d'un effacement, d'un déni, celui de sa propre image corporelle. Il n'est (donc) de beauté du peuple que d'emprunt »². Il faudra attendre l'œuvre de Manet³, et le parfum de scandale lié à celle-ci, pour que le sujet subverti que David nous donnait à voir (le peuple⁴) se trouve véritablement représenté. Se manifeste, de la sorte, une véritable mutation, « au lieu d'être transitif, de mener vers autre chose que soi, le corps du modèle, (chez Manet) devient opaque, intransitif, exige ainsi d'être représenté en soi et pour soi »⁵. Au moyen de cet exemple, il est possible de mieux comprendre notre problématique et de la formuler de la manière suivante : l'appartenance est-elle une cause transitive ? Est-il possible d'avoir « une conception nomade » de l'appartenance ? L'inscription dans une appartenance peut-elle s'imposer au point de contraindre l'ordre juridique à la représenter en elle-même et pour elle-même ?

Pour délimiter le cadre de ce rapport, il est, enfin, nécessaire de préciser que nous ne prendrons en compte que l'appartenance de l'individu et non les relations juridiques qui placent un objet au centre de la relation d'appartenance, encore que l'humain lui-même peut parfois être directement concerné par cette relation et être entendu de manière à le réifier⁶. Lorsque l'humain devient une chose, la relation d'appartenance est alors absolue ; rappelons-nous la honte du « Code noir »⁷ promulgué en 1685 qui faisait des Africains déportés des biens meubles qu'il était possible d'acheter ou de

¹ *La mort de Bara*, Musée Calvet, Avignon.

² E. Martin, *Le corps du peuple de David à Manet*, in *Révolution française, peuple et littératures, Actes du XXI Congrès de la Société Française de Littérature Générale et Comparée* (Nantes-Angers 1989), Paris, Klincksieck, pp. 115-119.

³ On connaît le scandale qu'ont suscité « Le déjeuner sur l'herbe » ou « Olympia ». S'agissant de cette dernière œuvre, Napoléon III donna même *dit-on* un coup de canne au tableau.

⁴ Sur la représentation du peuple comme problème, on se rappelle le constat de Klee à l'occasion de la conférence d'Iéna en 1924 : « *le peuple manque* ». Ce constat a été développé par Deleuze pour lequel le peuple est toujours inachevé (en particulier in *Critique et clinique*, Minuit 1993).

⁵ E. Martin, *Le corps du peuple...*, *op. cit.*, p. 119.

⁶ Sur ces questions, S. Mesure et A. Renaut, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, Champs Flammarion, 1999, p. 34.

⁷ Cf. sur cette question, D. Lochak, *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. Il est à noter que ce texte ne se réfère pas à la notion de race comme l'observe D. Lochak « *l'objet explicite de ce texte c'est l'esclave et non le nègre* ». Également, Voir V. Palmer, *Essai sur les origines et les auteurs du Code noir*, RIDC, 1998-1, p. 111.

vendre... Cette problématique, nous devons ensuite l'aborder en juriste et cela en référence à la structure et à la logique de l'ordre juridique. À ce titre, on sait que l'ordre juridique peut connaître des aménagements de sa structure. Cet aménagement peut être réalisé soit au moyen d'une évolution du système des sources ; soit, d'une mutation de la théorie des sujets de droit (au titre d'objets légaux engendrés par le droit)¹. En ce sens, l'aménagement concerne soit « l'espace normatif » soit en propre « l'ordre normatif ». C'est donc à une logique de maintien de l'homogénéité que doit être confronté notre réflexion, dans un premier temps, puis à une logique inhérente au pluralisme des ordres normatifs qu'il faudra la confronter par la suite.

Dans ce rapport, le réflexe phobique conditionnera donc notre propos et se manifestera sous deux formes : une répugnance à penser juridiquement l'identité comme susceptible d'être fermée sur elle-même ; une répugnance à accorder à l'État le monopole du droit... Ces deux axes vont orienter nos analyses et nous permettrons de structurer notre réflexion. Nous verrons ainsi comment le sujet de droit peut-être, en quelque sorte, débordé par l'appartenance de l'être à l'humanité (I) ; puis comment l'ordonnancement, lui-même, peut être saturé par l'appartenance et s'ouvrir ainsi à une intransitivité relative (II).

I - UN SUJET DE DROIT DEBORDE PAR L'APPARTENANCE

Les « sujets de droit » forment l'un des universaux les plus importants utilisés par le droit². Les universaux ont pour fonction, on le sait, de masquer certaines ambivalences sociales et de donner ainsi à l'espace normatif un aspect homogène (et donc plus fortement transitif). Le droit fait ainsi « *de l'universel une injonction, un impératif juridique (...) il indique l'orientation selon laquelle un antagonisme (...) doit être dépassé, afin d'aboutir à un apaisement* »³ à une régulation jugée convenable des rapports sociaux. Ramener la notion de « sujet de droit » à un universel permet d'éclairer la relativité et la fragilité de cette catégorie selon les ordonnancements et les époques ainsi que son aspect et sa charge

¹ Sur une illustration de cette analyse au regard de la prise en compte des interdépendances dans le domaine du droit international, M.M. Salah, *Les contradictions du droit mondialisé, in Droit, éthique, société*, PUF, 2002.

² Sur cette question de la mise en place du sujet de droit cf. l'étude désormais classique de B. Edelman, *Le droit saisi par la photographie*, Champs Flammarion, Paris, 2001.

³ A. Lejbowicz, *Philosophie du droit international : l'impossible capture de l'humanité*, PUF, Fondements de la politique, 1999, p. 312.

idéologique sinon polémique. Il paraît donc légitime d'affirmer qu'un changement de paradigme doit engendrer une mutation de la notion de « sujets de droit ». Actuellement, nous pouvons percevoir les effets d'une telle conversion. Le droit, arc-bouté sur les notions de « droit subjectif » et de « sujet de droit », est en crise. Confronté à la *postmodernité*¹, il est conduit à évoluer². En ce sens, le « sujet » semble s'ouvrir à la transcendance en raison de son appartenance à *l'humanité* (B). En outre, cette appartenance lui accorde le droit d'être, en quelque sorte, toujours en excès à l'égard de la notion de « sujet de droit » ce qui explique le dynamisme propre à cette notion (A).

Ces deux exigences nous accordent la faculté de nous orienter dans cette première partie

A - Une définition de l'humain en excès des sujets de droit

Nos sociétés imposent, désormais, un rapport entre l'appartenance et le sujet qui cesse d'être univoque. Le sujet de droit, entendu comme *capital symbolique*, rend ainsi compte de la dette qu'il engendre, nécessairement, au regard du réel. Cette appartenance qui déborde le sujet impose de nouveau le dynamisme de l'être. Le sujet de droit devient transitif, transparent, diaphane... L'impératif juridique se doit dès lors de penser les « non-sujets » de droit comme porteurs d'une revendication à devenir sujets de droit. En ce sens, les « sujets de chair » se confrontent aux sujets de droit au regard, par exemple, de l'appartenance sexuelle³ ou de diverses appartenances catégorielles. L'identité devient une réelle revendication. L'appartenance n'est plus ainsi entendue comme une aliénation mais comme un facteur de transcendance. L'allégeance devient partielle, transversale, partagée, négociée⁴...

¹ Sur ces questions cf. A.-J. Arnaud, Repenser un droit pour l'époque postmoderne, in *Courrier du CNRS*, n° 75, avril 1990. Pour cet auteur, « la postmodernité en droit se caractérise par un souci de dépassement dialectique du paradigme moderne fondé sur un faisceau de concepts englobant abstraction et axiomatisation du droit, subjectivisme, simplicité et sécurité des relations juridiques, séparation de la société civile et de l'État, universalisme et unité de la raison juridique ».

² Est-il nécessaire de rappeler que les droits subjectifs, par exemple, ne sont pas une constante des systèmes juridiques ? Ainsi, dans le droit chinois traditionnel les droits subjectifs n'existent pas.

³ D. Salas, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, Les voies du droit, 1994.

⁴ Sur cette question cf. A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation : Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, Droit et société, n° 20, p. 153. Sur

Dès lors, elle permet de rendre compte de la nature des sujets qui sont appelés à devenir sujets de droit et du fait que ce mécanisme n'est ni naturel, ni même véritablement neutre.

Selon Louis Althusser, « la catégorie de sujet est apparue (...) avec l'avènement de l'idéologie juridique, qui emprunte la catégorie de sujet de droit pour en faire une notion idéologique : l'homme est (ainsi) par nature un sujet »¹. Cette identité prononcée entre le sujet et l'individu n'est pourtant pas véritablement évidente. D'une part, elle est récusée, par l'histoire. D'autre part, elle ne permet pas de scruter les fondements de sa logique spécifique. Au total, la fonction qui est allouée à la formule du sujet de droit est donc idéologique. Elle apparaît comme l'une des modalités permettant de conforter l'hégémonie d'un mode spécifique de production². En glissant d'une philosophie de « l'être classique » à une idéologie de « l'homme moderne », relayée par les notions de « sujet de droit » et de « droits subjectifs », se met en place une discrimination essentielle. Appuyé sur le mythe³ de la représentation⁴, c'est l'enjeu même du pouvoir qui est, de la sorte, rendu présent. L'appartenance au sujet qui ainsi « représente » (c'est-à-dire qui rend présent), permet de justifier le pouvoir et l'allégeance à la personne qui devient ainsi un sujet de droit (personne morale mais aussi statut). Cette fiction est de l'ordre de la falsification. Elle permet de légitimer le pouvoir face au principe d'égalité. Prendre pour vrai l'adage selon lequel

cette construction de « l'homme du droit » également J. M. Broekman, *Droit et anthropologie*, collection : La pensée juridique moderne, LGDJ, 1993.

¹ L. Althusser, Appareil d'État et appareils idéologiques d'État, in *La Pensée*, juin 1970, p. 29.

² M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, FM Fondation, 1982, « nous discutons (...) des individus par rapport au groupe comme autant d'entités définissables et distinctes du groupe dans lequel elles se trouvent. Or cette attitude est loin de refléter une évidence : il est des cas où la perception même de l'individu comme entité séparée est difficile voire impossible (...) il apparaît que la notion de sujet de droit comme équivalente à celle d'individu est loin d'être évidente (...) il n'est pas naturel que tous les hommes soient sujets de droit. C'est l'effet d'une structure sociale déterminée : la société capitaliste (...) la notion de sujet de droit est donc une notion historique... ».

³ Comme l'observait R.-J. Dupuy, « l'étude d'un mythe ne saurait surprendre le juriste. Valéry l'a admirablement prévenu : le serment, le crédit, le contrat, les traités, la signature, les rapports qu'ils supposent... tout cela est de nature entièrement mythique. On peut dire que le monde social, le monde juridique, le monde politique sont essentiellement des mondes mythiques dont les lois... reçoivent de nous leur existence, leur force, leur action d'impulsion et de contraintes. » In *Collège de France, Chaire de droit international*, Leçon inaugurale faite le vendredi 22 février 1980 par le professeur R.-J. Dupuy, n° 85, p. 21.

⁴ Ou si l'on préfère sur une fiction, mais sur une fiction qui par définition et pour reprendre l'élégante formule d'Emmanuel Dockes « nous a semblé si utile que nous avons fait semblant d'y croire et que finalement nous l'avons conservée ». E. Dockes, Le mythe de la représentation juridique, in *Le corps et ses représentations*, CREDIMI collection « théorie et droit », volume 1, LITEC, 2001, p. 164.

donner mandat c'est comme faire soi-même (*qui mandat dicitur ipse facere*) c'est se leurrer sur la fonction même du droit. Cette lecture qui emprisonne le dynamisme de l'être dans la personne du sujet de droit, érigé comme tel par l'idéologie, se heurte, actuellement, aux évolutions propres à nos sociétés. Jean Carbonnier, parmi d'autres, a largement démontré les fragilités et les obscurités auxquels renvoie la notion de sujet de droit. Il se livrait, d'ailleurs, dans un article désormais classique à la recherche du « non-sujet » de droit comme d'autres chassent le « *dahu* »¹...

Conformément à la perspective qu'il mettait en évidence, le « non-sujet » de droit c'est celui qui aurait vocation théorique à devenir sujet mais qui, dans un mouvement de rejet ou d'inhibition, est empêché de l'être. Ce « non-sujet » reste, néanmoins, sujet de l'ordonnancement, il reste assujéti à ce dernier.

C'est au sein de cette condition juridique de « non-sujet » que se manifeste la dynamique de la notion. Le « non-sujet » c'est celui qui, en réponse à la question « qui suis-je ? » cherche la solution dans une appartenance qui le distingue à l'égard du groupe que régle le droit officiel². À ce titre, ce qui apparaît comme « *un aspect important de la condition juridique du « non-sujet » de droit c'est son insertion dans un processus évolutif* » ascendant ou régressif. Le professeur Carbonnier observait ainsi qu'il « *semble y avoir quelque part une force qui résiste à la création des « non-sujets » de droit. Comme un ressort un instant comprimé, le non-sujet tend immanquablement à se retrouver sujet. Les lois (comme les tribunaux) cèdent à cette force...* »³. Une illustration de ce mouvement peut être recherchée dans la jurisprudence qui concerne le droit électoral au Canada. Dans une affaire célèbre, le Conseil canadien des personnes handicapées avait fait valoir à l'occasion d'une contestation judiciaire fondée sur la Charte canadienne des droits et libertés, que la loi électorale ne pouvait légitimement écarter les personnes assujétiées à certaines restrictions pour cause d'incapacité mentale. La justice a donné raison au conseil, sans toutefois préciser à partir de quel niveau de capacité mentale une personne serait apte à voter. En conséquence, le Parlement canadien a voté en 1993 une loi éliminant l'exclusion pour cause d'incapacité mentale dans le cadre d'un remaniement général de

¹ J. Carbonnier, Sur les traces du non-sujet de droit, *APD*, T. 35.

² Sur la compatibilité de ces institutions : R. Motta, Institutions incompatibles et pluralisme, in *Le droit à la différence* (dir. N. Rouland), PUAM, 2002, p. 284 et s.

³ *Idem*.

la loi. Une question proche concerne le vote des détenus (Depuis 1898 ils ne peuvent voter, cependant la Charte canadienne semble devoir impliquer que l'on ne puisse plus tolérer la privation générale du droit de vote pour tous les détenus. En 1993, le Parlement canadien a également accordé le droit de vote aux détenus qui purgent des peines de moins de deux ans).

B - L'impossible capture de l'humain

Au total, et nous abordons ainsi, le second point de cette première partie, que manifeste ce mouvement si ce n'est une impossible capture de l'humain par le droit ? On connaît la formule de Pierre-Félix Guattari : « *nous sommes tous des groupuscules* ». Au-delà de la provocation et de la remise en cause de l'unité du Moi, cette formule engendre nécessairement un écho dans la conscience du juriste au regard de la prise en compte par le droit de la question de la subjectivité. En ce sens, « *l'idée de sujet et les valeurs dont elle est solidaire impliquent une transcendance et un dépassement de l'individualité vers une humanité transindividuelle... L'idée de sujet comprend en elle celle d'intersubjectivité...* »¹. Ce dynamisme implique que les sujets de droit sont nécessairement appelés à soutenir l'existence de ce mouvement transcendant². Comme les droits de l'homme, ils sont, en quelque sorte, leur propre moteur. Dans cette perspective, il y a une véritable inflation de sens et un débordement du « sujet de droit » vers des « non-sujets de droit » ou des « centres d'intérêt » pour reprendre la désignation du professeur Farjat. Ces centres d'intérêt restent ainsi pour un temps des « sujets idéels ».

En ce sens, nous l'avons vu, l'ordonnancement ne peut rendre compte que très imparfaitement de la dynamique propre à l'humain. La prise de conscience réelle de cette dynamique implique donc une perception plus forte de l'être et de son fond infini et indéterminé.

S'impose au droit ce « devoir d'humanité » que suppose l'universalité³ du cosmopolitisme chez Kant¹ et au regard duquel

¹ A. Renaut, Autonomie, sujet, individu, in *La force du droit* (dir. P. Bouretz), éditions Esprit, 1991, p. 234.

² Rappelons que le dépassement de l'homme se manifeste au moins par le jeu de la mémoire. Ainsi selon la formule de Proust dans *Le Temps retrouvé* : les hommes s'apparentent à des êtres monstrueux « *comme occupant une place si considérable, à côté de celle si restreinte qui leur est réservée dans l'espace, une place au contraire prolongée sans mesure puisqu'ils touchent simultanément comme des géants plongés dans les années à des époques, vécues par eux si distantes, entre lesquelles tant de jours sont venus se placer – dans le temps* ».

³ Cette catégorie logique a pour fonction de s'appliquer à un ensemble homogène d'objets.

l'Humanité² comme fondement du droit « *reste incapturable car il appartient au devoir d'avoir toujours à devoir-être* »³. C'est à une vision spécifique de l'humain à que nous sommes ainsi conviés, une perception de l'humain selon laquelle l'individu n'est plus le résultat, mais le milieu de l'individualisation, il appartient à l'État de respecter cette ontologie conformément à laquelle « *l'être n'est jamais un. Pré-individuel, il est plus qu'un métastable, superposé, simultané à lui-même ; individué il est encore multiple, parce que polyphasé, phase du devenir qui conduira à de nouvelles opérations* »⁴. Il est donc possible de penser le sujet de droit comme surdéterminé par le sens que lui donne son appartenance à l'humanité. Les sujets prennent ainsi la file sans épuiser l'individu. Pour que l'homme existe au niveau juridique, il faut dès lors lui accorder les moyens de se rencontrer dans les rôles sociaux reconnus pour lui par le droit. Le retour d'un discours néo-kantien nous semble aller dans ce sens et offre à l'homme ce que certains auteurs en Allemagne dénomment une ontologie du personnel dont la base est que l'homme s'accomplit en tant que personne dans l'interdépendance avec d'autres personnes et d'autres choses⁵. Se manifeste,

¹ Cf. Etudes sur Kant : G. Pascal, *La pensée de Kant*, Bordas, 1957 ; E. Weil, T. Ruysen, M. Villey, *La philosophie politique de Kant*, PUF, 1962 ; G. Vlachos, *La pensée politique de Kant*, PUF, 1962 ; P. Hassner, La guerre et la paix chez Kant, *Revue Française de Science Politique*, septembre 1961.

² C. Lefort, Idée d'humanité et projet de paix universelle, in *Ecrire à l'épreuve du politique*, Agora, Calmann-Lévy) : « *Kant (...) décrit le processus par lequel l'humanité en vient à se reconnaître comme humanité de fait, dans un espace de fait unique, la terre, et à entrer peu à peu en communication avec elle-même dans toutes ses parties* » (p. 239)

³ Cf. A. Lejbowicz, *Philosophie du droit international : l'impossible capture de l'humanité*, PUF, Fondement de la politique, 1999, p. 315. Cette logique doit être en outre liée au fait que depuis Heidegger on sait que l'homme n'est pas dans un vide existentiel. L'homme est l'être-là-dans-le-monde, en ce sens, l'homme possède deux dimensions véritables : il est un homme situé et un homme en situation. Cf. sur cette question, la perception phénoménologique de COSSIO ou de Herrendorf.

⁴ G. Deleuze, Gilbert Simondon, l'individu et sa genèse physico-biologique, in *l'île déserte et autres textes*, Les éditions de Minuit, 2002, p. 124. G. Simondon illustre parfaitement, dans ses travaux sur l'individuation, la liberté qui devrait appartenir à l'homme de disposer d'une faculté de recommencement permettant de faire apparaître une nouvelle individualité. Cf. G. Simondon, *Individuation psychique et collective*, Aubier, 1987. Cette perspective doit être considérée comme relativement proche du concept de résultante érigé par Proudhon sur la base du *vinculum* substantiel lui-même issu de la lecture des travaux de Leibniz. Selon A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du droit*, p. 425 : « *Nous nous dépassons en tant que sujets empiriques pour endosser des rôles universalisables* ». En ce sens, le sujet transcendantal est de la sorte déconstruit il se situe « *dans une zone tierce entre l'être indéterminé toujours en gésine et le point de vue transsubjectif qu'on adopte pour donner consistance à ce qui serait sans une distribution particulière de la lumière simple masse amorphe* », B. Saint Giron, in *Dictionnaire de la philosophie, Encyclopedia universalis* : Sujet, p. 425.

⁵ Cf. A. Kaufmann. *Theorie der Gerechtigkeit*, 1985.

en ce sens, une sorte de décentrement du droit à l'égard de la personne¹. Sur la trame du droit s'étale, de la sorte, la nécessaire division de la personne humaine, son irréductible pluralité et son impossible capture par une quelconque identité le ramenant à une appartenance unique (inique ?). Le héros de ce droit postmoderne est ainsi « *sans (réelle) identité, fait d'individualisations non personnelles et de singularités pré-individuelles* »². Le sujet devient nomade³ ou s'effeuille...

Au terme de cette première partie que nous faut-il constater ? Il existe, selon nous, une impossibilité de clôturer l'appartenance... La transitivité de l'être active toujours la dynamique du sujet de droit. Le masque de la personne devient dès lors transparent même si une véritable interrogation peut survenir au regard de ce qui se manifeste derrière le masque. Cette transitivité du sujet nous semble se situer dans la logique de son appartenance à l'humanité. Si l'humanité fonde l'humain ; si l'humain engendre le sujet de droit ; alors l'humanité engendre le sujet de droit...

Au-delà de l'aménagement de l'ordonnement par la redéfinition des sujets, la transitivité intéresse également la génération des normes. En cette hypothèse, la transitivité apparaît comme plus précaire. La transitivité du sujet nécessite, en effet, une relative intransitivité de l'ordonnement de manière à garantir la cohérence du système.

II - UN ORDONNEMENT SATURÉ PAR L'APPARTENANCE

Ce dont il sera question dans cette seconde partie, c'est donc la génération des normes dans la perspective de la continuité de l'ordre normatif⁴. La présence d'un pluralisme qui tend à s'institutionnaliser rend compte, en effet, de la possibilité d'être engagé dans divers liens d'allégeances. Cette appartenance multiple qui est le propre du sujet *postmoderne* implique la prise en compte par le droit officiel d'autres ordres juridiques⁵. Cette réception peut engendrer des effets qui tiennent à la

¹ Cf. A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, *Droit et société*, n° 20, p. 153.

² G. Deleuze, *A quoi reconnaît-on le structuralisme ?*, in *La philosophie au XXe Siècle*, F. Chatelet (dir.) Marabout, T. IV, p. 237.

³ Selon la célèbre formule de Deleuze.

⁴ Sur cette question, G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, « Les voies du droit », PUF, 1986.

⁵ Sur cette question cf., par exemple, les travaux de Santi Romano (*L'ordre juridique*, Dalloz, collection Philosophie du droit, 1975).

relevance d'un ordre pour un autre (A) ou qui concernent la réception de valeurs par un ordonnancement au sein d'un autre (B).

C'est donc de la réception des règles et de la réception des valeurs qu'il va être question dans cette seconde partie.

A - Intransitivité relative des ordonnancements juridiques : la réception des règles

La question de la continuité de l'ordre juridique est abordée traditionnellement au regard de la problématique du pluralisme¹ des ordonnancements. Il faudrait ainsi pour reprendre une formule récente assumer le pluralisme². La logique pluraliste a été construite, initialement, comme un instrument apte à lutter contre "l'étatisme centralisé" et a été développée, d'une part, afin de favoriser les formations intermédiaires et, d'autre part, de permettre la tolérance - en particulier la tolérance religieuse. Le pluralisme des ordonnancements est donc nécessairement lié à une conception pluraliste de la société. Il existe ainsi toujours un danger de contamination entre le droit et la sphère purement sociologique. Conscient de ce danger, il faut donc garder présent à l'esprit que le pluralisme s'entend, à la fois, comme trait descriptif d'une réalité et comme notion dotée d'une portée prescriptive. Comme porteur d'un principe prescriptif, le pluralisme engendre la nécessité de le lier comme valeur à d'autres valeurs comme l'égalité ou le principe démocratique. Dans cette dernière perspective, le pluralisme va acquérir une valeur axiologique. La « légitimité procédurale » de Habermas est ici déterminante comme instrument permettant la naissance d'un pluralisme idéologique. Entendu, d'une manière plus strictement juridique le pluralisme peut enfin se présenter comme un mécanisme de médiation susceptible d'optimiser le niveau de traduction d'une complexité sociale émergente (qui doit être liée avec la notion de droit spontané³...).

Au regard de ce contexte, la *transitivité* implique une perception moniste de l'ordonnancement alors qu'une approche *intransitive* de

¹ Sur cette thématique du pluralisme la remarquable étude in *Enc. Giur.* Treccani, vol. XXIII, voce « Pluralisme ». Egalement l'étude de M. Corsale sur le pluralisme juridique in *Enciclopedia del diritto* XXXIII. Auparavant Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste*, Paris, 1935. Pour l'Italie pays dans lequel cette analyse est développée de manière brillante du fait de l'influence de l'œuvre de Santi Romano : Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1960 ; *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Amministrare*, 1975, p. 447 ; Rescigno *Persona e comunità*, Bologna, 1966...

² A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Les voies du droit, PUF, 1991.

³ Cf. P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002.

l'ordonnement suppose, au contraire, l'existence d'une pluralité d'ordonnements. Cette logique du pluralisme est ainsi nécessairement liée à la logique même de l'ordonnement juridique¹. Force est de constater que, dans la pratique, c'est à des systèmes juridiques relativement intransitifs que nous sommes confrontés. Le professeur Virally observait ainsi, dans un article désormais célèbre, « que le droit international se développe dans une société caractérisée par le pluralisme des ordres juridiques autonomes qui la composent et qui sont seuls à disposer des moyens propres à assurer l'exécution forcée du droit »². Cette question implique l'analyse de situations qui relèvent, d'une part, d'un certain dialogisme³ et, d'autre part, engendrent une réelle déterritorialisation du

¹ Pour Santi Romano l'ordonnement juridique est entendu comme un ordonnement formé par des ordonnements, comme une somme d'ordonnements... Pour autant, cet ordonnement n'est pas une simple somme de rapports juridiques. Cette perception permet ainsi de distinguer la pensée de ROMANO d'autres analyses de l'école institutionnaliste comme celles de Widar Cesarini Sforza ou Guido Fasso. Pour Romano le droit comme rapport présuppose le droit comme institution. Il accepte donc l'idée d'une logique autopoïétique du droit. Cet institutionnalisme de Romano doit, en outre, être clairement distingué de la pensée de Schmitt en ce que le *konkretes Ordnungsdenken* de ce dernier n'admet pas le pluralisme juridique. Pour Schmitt, au contraire, ce pluralisme serait à l'origine des maux de l'État. On le constate au total le droit est lié dans la pensée du juriste sicilien au concept de société. Cette société est elle-même appréhendée comme une unité concrète qui doit être entendue comme distincte des individus qui lui donnent forme. En ce sens, le droit est nécessairement porteur d'une promotion de l'ordre social : le droit avant d'être ainsi une norme est une organisation. L'originalité de cette pensée se manifeste également au regard de celle de Maurice Hauriou et de sa construction de la notion d'institution développée dans ses Principes de droit public. En effet, Romano récuse la limitation opérée par Hauriou selon laquelle une institution se présente seulement comme se rapportant aux institutions corporatives ; il récuse également l'idée selon laquelle l'institution est source du droit (au profit d'une sorte d'identité parfaite entre l'institution et le droit) ; enfin, il récuse la présentation de l'institution comme « une sorte de chose » cette approche de la notion d'institution lui paraissant bien trop imprécise.

² M. Virally, Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, in *Mélanges offerts à Henri Rollin, Problèmes de droit des gens*, Pédone, 1964, p. 503.

³ La présence maintenant bien connue d'une certaine doctrine de « boucles de rétroactions » permet, en effet, de découvrir la présence « d'anamorphoses normatives » et de démontrer le caractère non univoque et non linéaire des transformations du système normatif. Au système pyramidal peut donc s'opposer une vision systémique différente selon laquelle le système normatif est dépourvu de centre et de sommet... La succession d'éléments qui se déterminent réciproquement chère à Luhmann, de même que la logique des anastomoses du droit de Vuilherme [J.-L. Vuilherme, Les anastomoses du droit, Spéculation sur les sources du droit, in *APD*, T. n° 27, p. 11] démontre, par exemple, l'existence de lectures alternatives. Cette perception de la présence de « boucles étranges » intra ou extra-systémiques prouve l'intérêt des études comparatives et la nécessité de changer parfois de mythe fondateur – ou pour les professeurs Ost et Van De Kerchove à la suite de Kuhn – de paradigme. Cf., Sur ces questions : F. Ost et M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

droit¹.

Ainsi, « si l'on récuse l'idée d'une intégration pure et simple d'un système juridique menant à un monisme total (ce qui) s'impose alors (c'est) l'existence de multiples relations possibles entre systèmes juridiques. Ces systèmes peuvent ainsi dialoguer en préservant (à la fois) leur identité respective et ... leur pluralité... Un système peut ainsi se trouver pour reprendre la formule de Santi Romano dans une relation de « relevance » ou de « non relevance »². La relevance peut être identifiée par le fait que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre est conforme aux conditions admises par un autre ordre juridique. Il est évident que la « non-relevance » n'a pas d'incidence sur l'existence ou sur l'efficacité interne de l'ordonnement. En ce sens, elle ne fait que manifester l'ignorance dans laquelle sera tenu un ordonnancement au regard des dispositions d'un autre ordonnancement. L'hypothèse de la relevance est donc nécessairement plus complexe. Elle peut se manifester, soit au moyen de la subordination d'un ordre à un autre, soit par la naissance d'une relation d'indépendance, soit, enfin, par des situations intermédiaires qui permettent l'articulation entre les ordres juridiques comme c'est le cas, par exemple, en droit international privé.

Dans un ordonnancement qui se présente comme marqué par une relative intransitivité, ce qui se manifeste ainsi c'est le dialogisme. Ce qui tend, de la sorte, à disparaître c'est l'idée d'une « vérité unique ». Ce qui caractérise ce système c'est l'absence d'un centre permettant à lui seul d'ordonner le système. Comme l'observe le professeur Timsit, un tel système est caractérisé par l'indétermination. Ce dialogisme est parfois récusé ou valorisé formellement. Il est récusé lorsque l'appartenance à un ordre juridique peut entraîner des effets qui s'analysent dans une capacité que manifeste un ordonnancement à retenir par devers soi des compétences³. Les exemples qui, peut-être, sont les plus classiques de ce mouvement de rétention sont le « droit de poursuite » propre au droit international lié à l'appartenance-nationalité et « l'attraction territoriale » qui implique l'exclusivisme de la compétence territoriale⁴. Le dialogisme est parfois, au contraire, recherché. Cette conjoncture se manifeste, soit lorsque « l'on évoque les hypothèses de projection normative ou fonctionnelle (qui sont)

¹ Sur cette question pour une analyse originale en langue italienne, voir N. Irti, *Norma e luoghi*, Ed. Laterza, 2001

² Sur cette analyse du penseur sicilien : F. Ost, et M. Van De kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Coll. Les voies du droit, PUF, 1998.

³ Cf. R.-J. Dupuy, *Dialectique du droit international : souveraineté des Etats, communauté internationale et droit de l'humanité*, Pedone, 1999, principalement p. 88 et suivantes.

⁴ *Idem*, p. 89.

rendues nécessaires par la structure de la société internationale, soit dans des cas systématiquement obtenus et recherchés par l'État »¹. C'est dans ces hypothèses une intransitivité négociée ou imposée qui se manifeste. Au total ce qui se joue dans ces mécanismes c'est, en réalité, la collaboration ou le conflit entre des ordonnancements. Le conflit se caractérisera, par exemple, par l'apparition de coutumes *contra legem* ; la collaboration pourra, on le sait, prendre la forme d'une réécriture de ce droit externe par le droit officiel, on passe ainsi parfois de la collaboration à la récupération. Cette collaboration peut enfin prendre la forme d'une permission judiciaire, d'une délégation ou d'une véritable incorporation de ces règles externes²...

Les interpénétrations qui naissent de la conception pluraliste offrent une image ouverte des ordonnancements. Ces phénomènes engendrent des effets d'une importance rare au regard de l'interprétation ou de la validité d'une règle dès lors que cette dernière est déterminée par l'appartenance au système.

Au regard, de cette question, il est évident que dans l'hypothèse d'un ordonnancement intransitif, où l'appartenance d'une norme au système juridique implique une réflexion plus complexe que dans l'hypothèse où est en cause un ordonnancement parfaitement transitif. Deux critères permettent traditionnellement selon Eugenio Bulygin³ de fixer l'appartenance d'une règle à un système juridique. Il s'agit du critère de la déductibilité et de celui de la légalité. Selon le premier, une norme appartient au système lorsqu'elle en est la conséquence logique et qu'en ce sens, elle peut être déduite d'une norme qui elle-même appartient au système. Ainsi, conformément au critère de la légalité, une norme appartient au système dès lors qu'elle est engendrée par une autorité compétente du système. Quatre modalités différentes de l'appartenance peuvent ainsi être dégagées de ces critères : l'appartenance peut être fondée sur la légalité seule ; sur la déductibilité seule ; sur la conjonction de ces deux critères ou enfin sur la disjonction de ces deux

1 *Ibidem*, p. 91.

2 Sur ces questions, cf. P. Deumier, *Le droit spontané*, « Recherches juridiques », Economica, 2002. Également sur cette question passionnante, dans un contexte différent, G. Boni, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, 1998, Milan (en particulier pour une analyse synthétique de ces relations p. 30 et suivantes).

3 Carlos Alchourron et Eugenio Bulygin ont cherché à élaborer un « modèle de système » qui permettait de rendre compte des particularismes du « système juridique » et d'éclairer efficacement cette question de l'appartenance. Pour mener à terme leurs réflexions ils sont partis du « système déductif » élaboré en logique par Tarski en 1956 (A. Tarski, *Logic, semantics, metamathematics*, Oxford, 1956). Sur cette base transposée, ils sont parvenus à affirmer que le « système juridique » peut être défini comme un *ensemble d'énoncés juridiques* – ces derniers forment ainsi la base axiologique du système – *plus l'ensemble de toutes les conséquences logiques impliquées par ces énoncés* E. Bulygin, *Norme, validità e sistemi normativi*, Giappichelli, 1995.

critères. D'une manière générale, c'est le dernier critère qui est privilégié. En ce cas, c'est l'un ou l'autre des critères qui peuvent être invoqués alternativement pour admettre l'appartenance d'une règle à un système. On le comprend cette pratique permet d'accorder au juge des pouvoirs très larges d'interprétation.

Enfin, la réception normative d'un droit externe ou d'un infra-droit semble contribuer à limiter les effets de l'appartenance à un territoire. Ainsi, le pluralisme suscite une conception du droit qui favorise l'artificialité du droit comme construction. À ce titre, elle permet de repousser, définitivement, une perception du droit entendu comme localisation. La terre ne fonde pas le droit¹. Tout au contraire, actuellement, le droit semble perdre ses racines en même temps que se développent les effets d'un affaiblissement du modèle étatique. Dans ce mouvement, ce que le droit perd, au titre d'une mystique ou d'une intensité spirituelle, il le gagne en capacité normative. Dès lors, il peut permettre de réguler de nouvelles appartenances comme l'appartenance à l'espace télématique ou l'appartenance à un espace économique globalisé².

Au-delà de la réception des règles, c'est également une réception des valeurs que permet, indirectement, l'intransitivité de l'ordre juridique.

B - La réception des valeurs

L'indétermination qui semble caractériser un système intransitif offre au juge la possibilité d'intervenir de plus en plus largement et de collaborer à la mise en œuvre de finalités sociales et politiques³. Dans des sociétés, qui sont ainsi caractérisées par une « *dissolution des frontières entre les sphères publiques et privées et par la corporisation du corps social* »⁴. Dans des sociétés modernes ainsi « *segmentées, oligopolisées,*

¹ Cf. l'opposition bien connue entre Schmitt et Kelsen sur « le *nomos* de la terre » concernant un droit suspendu au ciel ou enraciné dans le sol...

² Cf. sur cette question la démonstration de M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rv. Dir. Cost.*, 1996, p.129. Mais également N. IRTI, *op. cit* et ses développements sur la vertu de l'artifice en droit. Selon cet auteur, le normativisme en se débarrassant des contraintes de la géographie physique révèle cette vertu de l'artifice. Le normativisme considère en effet l'espace comme une donnée extérieure au droit. En ce sens la physique terrestre est muette...

³ Cf. Sur cette question P. Richard, *Structure et communicabilité : le jeu de la différence*, in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, PUAM-Economica, à paraître 2004.

⁴ F. Ost, Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : trois modèles de justice, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Ph. Gérard, F. Ost, M. Van De Kerchove (dir.), Publications de la Faculté Universitaires Saint-Louis, 1983, p. 15.

balkanisées sous la pression des structures économiques et des structures de régulations sociales »¹, bref, dans des sociétés qui développent de plus en plus un droit qui échappe à l'État et apparaît comme largement intransitif, le juge a fort à faire. Certes, selon l'adage classique *iura novit curia*, par définition, le juge connaît le droit, mais, on l'admettra, celui-ci est de plus en plus complexe et éclaté².

Au regard de cette inflation normative, le rôle du juge est configuré de manière nouvelle. Son action permet d'intégrer au droit des valeurs minoritaires qui naissent de relations d'appartenances spécifiques. Les tribunaux participent ainsi d'une véritable gouvernance de la société. Ce mécanisme est particulièrement présent dans les pays anglo-saxons qui connaissent en raison des mécanismes mêmes du droit de *common law* d'un « dialogisme juridique » plus effectif. En ce sens, les juges participent d'une logique véritablement stratégique dans laquelle l'intégration n'est plus uniquement le résultat d'une action initiée par le politique³.

Au terme de ce rapport comment conclure, sinon en observant que ce mouvement, qui récusé une conception de l'appartenance fermée sur elle-même et s'appuie sur la transcendance du sujet et l'ouverture du système juridique, ne fait qu'actualiser l'impératif catégorique Kantien selon lequel il convient de ne pas d'instrumentaliser l'humain. Il semble ainsi imposer ce que Ricœur présentait comme une « pédagogie de l'appartenance »⁴. Cette dernière pourrait, peut-être, s'enrichir d'une métaphore. Il existait, dans la

¹ A. Piettre, *Les trois âges de l'économie*, Paris, 1955, p. 268.

² Ce phénomène d'inflation juridique engendre « une perte d'effectivité de la norme, elles sont à la fois moins connues et moins appliquées. Les règles qui permettent la reconnaissance se complexifient à l'extrême introduisant des sources du droit de plus en plus nombreuses et concurrentes, d'origine nationale, infra-nationale, internationale ou supranationale ». Le professeur Amselek dans un article déjà ancien relevait ainsi que chaque année les nouvelles acquisitions de la bibliothèque juridique d'Harvard nécessitaient plus de six kilomètres de rayonnages supplémentaires...

³ Voir sur cette question le développement des revendications des minorités actives. De même cette question est liée à l'accès à la justice. En ce sens, cf. les analyses de M. Cappelletti sur l'accès à la justice et la justice sociale, sur les actions de classe et sur la protection des intérêts diffus : Cappelletti, *La protection des intérêts collectifs et le groupe dans le procès civil*, *RIDC*, 1975, p. 371 ; Cappelletti et Garth, *Acces to justice* (Book 1 à 6), Milano and Alphen aan den Rijn, Hollande, 1978. Sur cette thématique, également A. Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF Les voies du droit, 2002. Sur la définition du terme de valeur : notre analyse ne se réfère pas à ce que Grzegorzczik dans son ouvrage *La théorie générale des valeurs et le droit*, (LGDJ, 1982) appréhende comme des entités naturelles susceptibles de fonder objectivement non seulement un choix de conduite mais son imposition par le droit mais utilise ce terme comme un objet fondé sur la forme d'une réclamation sociale...

⁴ P. Ricoeur, *Histoire et vérité*.

mythologie latine une divinité qui était généralement présentée sous la forme d'une borne de pierre : il s'agissait du dieu *Terminus*. *Terminus* était le seul des dieux du panthéon latin qui n'avait pu être enlevé du temple de Jupiter. En ce sens, il était présenté comme celui qui ne cède devant personne, celui qui est toujours présent. Il symbolise, de la sorte, le terme, la limite jusqu'à laquelle une chose peut s'étendre. Or, dans le langage commun, le terminus, c'est à la fois la fin et le début potentiel d'une trajectoire, cette borne nécessaire à l'appartenance est ainsi logiquement le début de la liberté de l'humain.

Pascal RICHARD

Maître de conférences à l'Université Sud Toulon - Var

Membre du CDPC Jean-Claude Escarras

CNRS – UMR 6201

LE DENI D'APPARTENANCE

Bien étrange notion que le déni d'appartenance... Néologisme doctrinal qui ne fait qu'ajouter à l'existant juridique ? Clé de lecture de certains phénomènes rencontrés dans la vie du droit ? Ces interrogations bien naïves se justifient pleinement si l'on opère un premier constat : le versant positif de cet objet d'étude défie également toute tentative de définition. L'appartenance est en effet de ces notions si couramment employées comme outil de réflexion qu'elles en perdent tout contenu juridiquement opératoire ; encore faut-il qu'elle en ait jamais eu, tant il paraît difficile pour le droit de l'amadouer. Il faut dire que tenter de définir l'appartenance, c'est aussi mobiliser d'autres concepts échappant eux-mêmes à l'approche juridique : unicité et multiplicité, personne et groupe... Aussi rencontrera-t-on les mêmes obstacles pour évoquer tantôt la formation de l'appartenance, tantôt son déni.

Contre toute attente, la déception serait pourtant grande si l'on renonçait définitivement à circonscrire les limites du déni d'appartenance. Elle le serait tout d'abord parce que le vocable « appartenance » paraît voué à un destin juridique prometteur dans de nombreuses dispositions législatives¹. Elle le serait en outre parce que ce que l'on se propose d'appeler le déni d'appartenance répond à des préoccupations o combien contemporaines, auxquelles le législateur comme le juge ont dû répondre avec plus ou moins de détermination.

Dans ces conditions il convient de choisir une définition totalement opératoire de l'appartenance afin d'en étudier ce qui se

¹ On pense ainsi aux récentes lois qui ont eu pour objet de revaloriser ou plus simplement d'identifier l'appartenance à certaines catégories : telle la loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes qui prévoit en son article 19 que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe peut être une condition déterminante de l'exercice de certaines fonctions dans la fonction publique, ou telle la loi n°2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Mais la référence au concept d'appartenance gagne également les textes les plus solennels : c'est ainsi que le titre IX de la première partie du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, est entièrement consacré à « l'appartenance à l'Union » et distingue trois phases d'appartenance : l'adhésion, la suspension des droits d'appartenance et – hypothèse nouvelle – le retrait volontaire de l'Union. Le déni ferait donc partie intégrante de l'appartenance à l'Union.

présente au premier abord comme son antithèse. Si l'on conçoit cette dernière comme l'ensemble des liens de dépendance, volontaires ou involontaires, qui unissent l'un au multiple, une entité simple à une entité collective, le déni pourrait alors se définir comme suit : *le refus de voir instaurer ou perdurer de tels liens, notamment en niant les obligations qui y sont afférentes*. Le mot est ainsi lâché : le déni d'appartenance aurait pour objet de porter atteinte à une *obligation* née d'une appartenance antérieure ou concomitante. Vu de là, le déni serait donc synonyme de libération, de déchaînement, d'émancipation, tandis que l'appartenance serait indissociable d'un cortège d'obligations dont « l'appartenant » voudrait se libérer. Ce dernier aspect aurait *a priori* son importance puisqu'il correspond à l'étymologie du déni (*denegatio* ou refus d'une chose *due*). Le déni se ferait ainsi refus d'exécuter les obligations liées à l'appartenance et, par là même, résistance au pouvoir détenu par le groupe.

Ainsi conçu, le terme de déni d'appartenance devrait se présenter avant tout comme l'expression d'une posture sociale, laissée à l'étude de la sociologie ou de la science politique. Ceci est d'autant plus vrai que l'appartenance et son déni ne sont pas à proprement parler des thématiques monopolisées par la science juridique : ni employés pour décrire quelque institution connue du droit public ou du droit privé, ni répertoriés dans les catégories d'actes ou de faits juridiquement qualifiés et traditionnellement étudiés par la doctrine juridique¹. La philosophie politique en revanche connaît bien le déni

¹ Un rapide inventaire des matières du droit public révèle une absence quasi-totale du terme d'appartenance comme vocable opératoire : il n'y a guère que le droit de la fonction publique ou le droit du domaine public qui lui consacrent une place d'ailleurs assez substantielle. Dans celui-ci, l'appartenance prend le sens d'incorporation d'un bien au domaine, sans être connotée du sens de propriété : Ch. Lavalleye *Droit administratif des biens*. Paris : éd. PUF, coll. « Droit fondamental – Droit administratif », 1996, 395 p., en particulier pp. 33 et s. La loi elle-même évoque la notion d'« appartenance domaniale » pour définir les routes à grande circulation (article 22 de la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales). Mais les auteurs ne s'attachent jamais à la conceptualiser. En droit de la fonction publique, l'appartenance de l'agent à la fonction publique, entendue au sens large, prend la forme de « liens avec son cadre » d'emploi (CE, Sect., 2 juin 1967, Ville de Toulon, 62502) ou son grade, de « liens avec la fonction publique française » (CE, 25 juillet 1980, Mme Boteteme, 14299) ou plus largement encore de « liens avec l'administration » (CE, Ass., 3 décembre 1971, *Sieur Branger*, 69227 CE, 21 février 1973, *Sieur Berger*, 84169). En droit pénal, l'appartenance est saisie en tant que telle sous l'angle d'une infraction autonome, le délit d'appartenance à des organisations criminelles. Une telle infraction, connue des droits pénaux internes comme du droit international pénal et définie déjà par le Tribunal de Nuremberg,

d'appartenance et l'identifie à une pluralité de comportements et d'aspirations, regroupés quelque peu rapidement sous l'appellation d'individualisme¹.

Reste néanmoins que l'appartenance et ses enjeux ont toujours été présents au moins en filigrane dans l'œuvre de grands juristes, tels par exemple les tenants d'un certain solidarisme. Pour s'en tenir essentiellement au droit public, les écrits de Léon Duguit témoignent évidemment de cette préoccupation. Le doyen de Bordeaux a en effet fondé rien moins que toute sa théorie objective du droit public autour des conséquences de l'appartenance au groupe social². Mais il ne fournit pas de définition de ce qu'il entend par appartenance. Maurice Hauriou non plus du reste, lors même que ce théoricien de l'institution attribuait la supériorité de l'institution sur le contrat à la faculté laissée à l'individu de se retirer³. Comme pendant nécessaire d'une appartenance, le déni pourrait permettre de rendre compte et de nommer des phénomènes et mécanismes juridiques existants : par exemple les processus successifs d'émancipation qui ont engendré les

permet de compenser l'absence de responsabilité pénale collective de l'organisation, en dégageant la responsabilité individuelle de ses membres : H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (sous la dir.). *Droit international pénal*. Paris : éd. Pedone, coll. « CEDIN Paris X », 2000, 1053 p., pp. 169-171.

¹ Les définitions de l'individualisme foisonnent. Outre l'ouvrage classique de L. Dumont et la définition qu'il fournit, on se reportera avec profit à la récente réédition de *La théorie politique de l'individualisme possessif* de C. B. Macpherson selon lequel l'individualisme désigne « la tendance à considérer que l'individu n'est nullement redevable à la société de sa propre personne ou de ses capacités, dont il est au contraire, par essence, le propriétaire exclusif » : C. B. Macpherson *La théorie politique de l'individualisme possessif*. Paris : éd. Gallimard, coll. « Folio-Essais », 2004, trad. de l'anglais par M. Fuchs, 606 p., ici p. 18.

² On en voudra pour commencement de preuve ce passage tiré du *Traité de droit constitutionnel* : « De même que l'individu au point de vue passif est encadré dans les liens de la discipline sociale qui lui impose objectivement certains actes et certaines abstentions, de même il y est encadré au point de vue actif. A cet égard aussi, il est dans une situation purement objective ; il bénéficie de l'accomplissement des obligations imposées ; et cela est le résultat de la vie sociale, le résultat de son appartenance au groupe » : L. Duguit *Traité de droit constitutionnel*, t. I : *la règle de droit – le problème de l'Etat*. Paris : Librairie Fontemoing, 3^{ème} éd., 1927, 763 p., p. 219.

³ M. Hauriou *Principes de droit public*. Paris : éd. Librairie de la société du recueil Sirey, 1916, 828 p., p. 202 : « au contraire, dans l'institution, l'existence de l'organisation créée n'est pas subordonnée à l'exécution de tels ou tels actes que l'un des membres aurait pu promettre ; la seule conséquence d'une activité de l'institution contraire aux intentions de tel ou tel membre, est la faculté pour celui-ci de se retirer ».

concepts occidentaux d'État unitaire, d'État laïque ou de collectivités publiques¹ ; au cœur du droit public moderne et de la théorie générale de l'État ; la différenciation trouverait de la sorte dans le déni d'appartenance une expression peut-être plus technique et plus précise. Le droit fait nécessairement écho au phénomène social.

Encore faut-il pour cela que le déni puisse être identifié sous une forme juridique déterminée. D'emblée, une telle perspective condamne le juriste à faire usage des outils et méthodes dont il dispose coutumièrement pour appréhender ces différentes notions. D'ailleurs ne le fait-il pas déjà lorsqu'il doit décrire l'appartenance d'une personne physique ou morale à une société commerciale ou une association au moyen des techniques contractuelle et institutionnelle ? Ne le fait-il pas déjà lorsqu'il étudie les mécanismes d'adhésion à une organisation internationale ou à une structure administrative de coopération intercommunale ? La conclusion est ainsi facilement tirée pour ce qui est du déni d'appartenance ; ce dernier constitue certes un vocable nouveau pour le droit, mais il ne fait appel en fin de compte qu'à des techniques et concepts bien connus du juriste. Le concept juridique qui semble offrir le plus de prise pour l'étude du déni paraît bien être celui d'obligation. Le déni pourrait en être non pas forcément l'interruption ou la volonté de ne pas la voir naître, mais aussi la suspension, et pourquoi pas la novation. Ce catalogue des modalités de l'obligation fait déjà apparaître l'éventail des différentes formes du déni ; le refus de ce qui est dû ne passe pas nécessairement par la rupture ou l'absence de formation du lien, il se prête également à la volonté d'aménager l'appartenance, au souhait de la mettre en suspens. En cela le déni comporterait peut-être beaucoup plus de nuances que l'appartenance elle-même.

¹ Il serait vain de tenter une énumération exhaustive des innombrables ouvrages et auteurs qui ont décrit ces processus complexes, à forte charge historique et idéologique. Pour une restitution de ces aspects : E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*. Paris : éd. Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2000, 318 p., pp. 101-118. Chercher l'émancipation est un souci proprement moderne, au sens démocratique du terme ; tandis que la société pré-démocratique cultive l'unité sociale et juridique, la concorde, la démocratie reste avant tout, du point de vue institutionnel, l'« *organisation des séparations* » ; P. Manent *Cours familier de philosophie politique*. Paris : éd. Gallimard, coll. « Tel », 2004, 346 p. Plus précisément selon cet auteur qui livre ces réflexions à partir d'une lecture attentive de Montesquieu, en démocratie, « *on sépare pour relier et on relie pour séparer* » (p. 27). La limite à ce séparatisme démocratique réside dans la démocratie elle-même et, pour bon nombre de régimes occidentaux, dans l'existence d'un État.

Dans sa forme la plus radicale, le déni d'appartenance inquiète. Ou bien il est l'œuvre d'un individu à l'égard d'un groupe et il véhicule alors l'idée de fin et d'abandon ; dans le même temps il est synonyme de désorganisation de ce qui se veut structuré et ordonné autour d'une idée commune aux membres d'un groupe. Ou bien il est l'œuvre d'un groupe à l'encontre d'un individu et il porte en lui ostracisme et relégation. En revanche, dans sa forme plus adoucie – celle de la suspension – le déni se fait plus constructif de l'identité, accompagne sa régénération : retraite nécessaire, il est en quelque sorte *l'otium* du citoyen de Rome, inséparable de son *negotium* au sein de la cité. Pourtant, quelle que soit sa forme, le déni d'appartenance est perçu avec suspicion par le droit positif. Un regard cursif jeté sur les différentes branches du droit – et plus particulièrement sur le droit public français – laisse même apparaître une certaine défiance à son endroit (I). À défaut donc de pouvoir livrer une véritable typologie du déni d'appartenance en droit public ou en droit privé, on se bornera à constater les limites juridiques posées à son exercice (II).

I - LE DÉNI D'APPARTENANCE, OBJET DE DÉFIANCE POUR LE DROIT POSITIF

Les degrés du déni d'appartenance qui peuvent être mis en évidence soulignent toute l'ambiguïté de l'acte qui l'opère. Perçu à titre principal comme une manifestation juridique d'individualisme, il est d'abord revendiqué comme un droit subjectif de l'individu ou de la collectivité (A). En tant que telle, cette revendication est suspecte ; elle est soupçonnée de porter atteinte, sans motif suffisant, à la finalité du groupe ou du sur-groupe. Sa consécration s'avère en conséquence fort délicate car certains intérêts supérieurs s'y opposent fortement. C'est sans doute pourquoi à titre plus marginal, certains principes et quelques règles juridiques le font apparaître de préférence comme une véritable obligation de type collectif (B), sans pour autant le rattacher à un certain « altruisme juridique ».

A - La difficile consécration d'un droit au déni d'appartenance

La multiplication des phénomènes collectifs (associatifs, sociétaires, institutionnels) a conduit naturellement à poser la question

de la place du sujet de droit qui ne souhaitait pas ou plus y prendre part. Comment traiter la décision de ne pas adhérer à une association, faut-il faire droit à tous les souhaits d'un État de se dispenser d'être membre d'une organisation internationale ? Une telle interrogation n'est pas sans rappeler en droit public français la longue conquête par les individus de droits subjectifs sur l'État¹. La revendication d'un droit subjectif au déni d'appartenance suit même parfaitement ce mouvement car ce déni est avant tout un acte de pure subjectivité (1). Aussi cette caractéristique a-t-elle été prise en compte par le droit, mais dans l'unique but de mieux en restreindre l'émergence (2).

1- L'explication : un acte éminemment subjectif

L'approche juridique du déni d'appartenance dépend d'un certain nombre de questions préalables. La plus délicate d'entre elles réside dans le traitement par la règle de droit des phénomènes collectifs. C'est en effet le biais par lequel la règle reconnaît le groupe et l'individu qui déterminera l'appartenance et son déni. Or, la règle de droit produit un effet intensément réducteur sur les phénomènes collectifs ; autrement dit, elle procède à leur individualisation pour les appréhender convenablement, faisant ainsi la preuve, déjà pointée par le professeur Mazères, de son « *verrouillage à la pénétration de toute notion livrant une intelligibilité du collectif* »².

Ceci constaté, le refus de l'appartenance, qu'il soit opéré par la décision d'exclusion d'un groupe ou par celle de s'en détacher, ne devrait donc pas avoir grand peine à être saisi par la règle de droit. Il s'analyse toujours comme le refus de l'altérité. Cet autre, qui n'est plus compris ou qui n'est simplement plus le même, doit être repoussé ; c'est l'intégrité du « soi-même » qui est en jeu. Par conséquent, le déni d'appartenance procède également du repli de l'individu sur lui-même ou de la collectivité sur elle-même. Par cet acte, l'appartenance est pleinement vécue comme une « *identité, une propriété collective* »³ que l'individu rejette pour se réfugier dans son

¹ Sur le sujet, la thèse de référence de N. Foulquier : *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*. Paris : éd. Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003.

² J-A. Mazères L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation, In *Marché et Nation. Regards croisés*, sous la dir. de Brigitte Stern, Paris, Montchrestien, 1986, pp. 81-186, p. 112.

³ Pour reprendre l'expression de R. Esposito :, Réflexions sur l'impolitique, in *Le Pouvoir, l'Etat, la Politique*, Paris, éd. Odile Jacob, Université de tous les savoirs, vol. 9, 2002, pp. 289-299.

domaine privé ou que le groupe protège en rejetant l'individu. Par la fonction même du déni, ce qui se présente ainsi comme la manifestation la plus aigüe et la plus complexe du malaise existant entre l'individu et le groupe, l'un et le multiple, est platement ramené à un affrontement entre deux entités, deux singuliers.

L'individualisation par le droit des phénomènes collectifs est donc éminemment plus favorable au déni d'appartenance qu'à l'appartenance elle-même ; elle fait même le jeu de l'entité simple, de l'individu. Pour ce dernier, nier le multiple, c'est encore tenter de l'appréhender, de le penser et le meilleur moyen pour ce faire est d'être confronté à une seule autre subjectivité, celle de la personnalité morale. De fait, sur le plan strictement juridique, ce n'est pas le groupement hétérogène et pluriel qui est l'auteur ou l'objet de l'exclusion, de la démission, de la suspension, mais bien le collectif fictivement individualisé au moyen de la personnalité juridique et doué d'une subjectivité propre. En tant que phénomène juridique, le déni d'appartenance ne remet en cause pas tant le groupe que sa subjectivité incarnée dans sa personnalité juridique. Ainsi la séparation de l'un et du multiple se résout-elle finalement par un affrontement entre deux subjectivités pures. De cet affrontement la personnalité juridique du groupe semble devoir sortir indemne¹. C'est souvent l'objet même de la règle de droit qui l'a organisé ainsi. On en déduira en principe que plus la personnalité juridique de la collectivité est affirmée, plus le déni d'appartenance est perçu comme un acte susceptible de lui porter atteinte. Plus les subjectivités des parties au déni sont exacerbées, plus le déni est suspecté en somme. À l'inverse, il est admis *a priori* qu'un groupement dépourvu de personnalité juridique propre ou doté d'une personnalité morale affaiblie peut offrir de larges possibilités de déni². L'appartenance à un groupe doté de la personnalité morale présente ainsi toujours un « *risque d'oppression*

¹ Les va-et-vient entre l'un et le multiple sont pourtant incessants, ainsi que le relève si élégamment J-L. Chretien : « *parler de l'Un, c'est en effet toujours faire surgir l'Autre. Parler de l'Un, c'est toujours le multiplier, en faire apparaître les multiples déterminations, tout comme parler du multiple, c'est toujours l'unifier en le visant sous un titre définitif, et sous un concept de classe* » (J-L. Chretien *Promesses furtives*. Paris : éd. Les Éditions de Minuit, 2004, 201 p., p. 32). Le droit n'aurait donc retenu que le second temps du rythme de l'appartenance.

² On pense ici aux groupements faiblement intégratifs, tels que les groupements d'intérêt économique. Que dire alors du groupe le moins intégratif de tous, celui qui laisse place à la collectivité inorganisée par excellence qu'est l'indivision ? Par définition, celle-ci ne constitue pas une personne morale mais présente la particularité d'empêcher ses éléments constitutifs de sortir de son périmètre.

qu'il est malaisé d'éviter »¹ et qui paradoxalement rend suspecte toute tentative de s'en prémunir.

Preuve supplémentaire de l'individualisation des phénomènes collectifs sous l'effet de la règle de droit, le déni d'appartenance en est la première victime. Sujet de revendications multiples, il n'est encore qu'à l'état juridique de faculté protégée, parfois de véritable droit dont l'existence demeure néanmoins contestée.

2 - Une faculté en voie de longue reconnaissance

Si le droit reconnaît bien volontiers la subjectivité du déni d'appartenance, c'est pour mieux le nier en tant que véritable droit subjectif. Le droit public français, historiquement intégrateur, est bien sûr une belle illustration du système juridique qui empêche l'émergence d'un tel droit. Mais il n'est pas le seul – loin s'en faut – à marquer ce refus. À dire vrai, dès lors que le groupe acquiert la personnalité juridique, le droit qui est censé le régir combat le droit subjectif au déni d'appartenance. Pareille affirmation peut surprendre car tant l'individu que le groupe auraient beaucoup à gagner en se voyant reconnaître un droit subjectif au déni. Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'un ou l'autre, et non pas l'un et l'autre, possède un tel droit. Si le groupe a ainsi le droit d'exclure l'individu, pourquoi celui-ci ne se verrait-il pas aussi reconnaître le droit de quitter celui-là, définitivement ou temporairement ? De même, une personne morale peut toujours dépendre d'une autre personne morale par un lien d'appartenance ; le fait est même banal et dans ce cas se pose également la question du déni.

Naturellement, l'émergence d'un droit subjectif au déni se heurte à l'intérêt du groupe. Par le miracle de la fiction de la personnalité morale, une entité unique est investie par le droit de la mission de représenter l'intérêt d'une collectivité ; la vigueur de l'intérêt collectif étant présumée supérieure à celle de l'intérêt individuel, l'issue de l'affrontement est déjà donnée dans l'affrontement lui-même. Mais ce qui était une confrontation entre deux subjectivités individualisées pour penser le déni, devient un rapport par essence inégalitaire entre l'intérêt de l'entité simple et celui du groupe. La vocation unitaire de la règle de droit laisse surgir la complexité du phénomène collectif là où celui-ci peut être mis en danger.

¹ J-P. Gastaud *Personnalité morale et droit subjectif*. Paris : éd. LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », t. CXLIX, 416 p., p. 7.

Le droit européen est toutefois venu perturber ce schéma d'appartenance. Une avancée en ce sens a pu être décelée dans la jurisprudence de la Cour européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, en matière de droit associatif. Par trois arrêts remarquables et fondés sur l'article 11 de la Convention protégeant la liberté d'association, la Cour a en effet reconnu la « liberté de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer »¹. C'est donc dans sa forme la plus exigeante que le droit au déni d'appartenance a été consacré par la Cour. Juste tribut pour l'individu quand on sait que toute association, tout groupement a le pouvoir- si ses statuts le prévoient- de refuser une adhésion ou d'exclure un adhérent. L'affaire Chassagnou a été d'autant plus retentissante qu'elle opposait ainsi cette liberté négative à la loi française dite loi « Verdeille » ; celle-ci prévoit en substance l'inclusion forcée de terrains privés dans le ressort d'associations communales de chasse agréées (ACCA) ainsi que, par voie de conséquence, l'adhésion forcée de leurs propriétaires à cette association. Pour faire bonne mesure, le législateur français a modifié les dispositions de la loi « Verdeille », non sans sauvegarder certaines dispositions propres à maintenir pendant quelque temps la parcelle dans le giron des associations communales². La résistance qu'oppose le droit français à la liberté de ne pas adhérer à de telles associations s'explique par la mission de service public qu'elles poursuivent ; l'intérêt propre au groupe – en l'occurrence même au sur-groupe qu'est la collectivité locale dans laquelle œuvre l'association – justifie l'inclusion forcée d'un ou plusieurs propriétaires dans son périmètre.

D'autres entités objets d'une appartenance ont revendiqué cette liberté en droit français³ ; c'est le cas des collectivités

¹ C.E.D.H., 30 juin 1993, Sigürjonsson ; C.E.D.H., 25 avril 1996, Gustafsson ; C.E.D.H., 29 avril 1999, Chassagnou et autres c/ France, *AJDA*, 1999, p. 922 ; *D.*, 2000, chr., p. 141, E. Alfandari.

² C'est la loi n°2000-698 du 26 juillet 2000 relative à la chasse (*D.*, 2000, Lég., p. 349), déclarée valide sur ce point par le Conseil constitutionnel (CC, n°2000-434 DC du 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse, décision annexée à l'étude de : L. Azoulay. *Le Conseil constitutionnel et la chasse*, *RJE*, 3/2001, pp. 355-381), qui a tiré les conséquences de la condamnation européenne. Ce faisant, le législateur n'a pas apaisé les contentieux suscités par la loi « Verdeille » : par ex. T.A., Poitiers, 28 mai 2003, M. Hay et autres, *D.*, 2003, n°37, J, pp. 2531-2535, concl. D. Artus.

³ On observera que le déni d'appartenance a également été le sujet de réflexions d'internationalistes sur la question de savoir si un droit de retrait pouvait être reconnu aux États membres de certaines organisations internationales en l'absence de tout

territoriales inscrites d'office par l'autorité préfectorale sur l'arrêté constitutif d'un groupement de coopération intercommunale. Depuis l'instauration de ce nouveau mode de relations institutionnelles entre collectivités publiques, le juge administratif a toujours refusé d'octroyer aux collectivités impliquées contre leur gré un droit de ne pas adhérer à la structure projetée ; peu importe que ces dernières invoquent le principe de libre administration des collectivités territoriales¹ ou la liberté de ne pas ou ne plus adhérer consacrée à l'article 11 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales². On pourrait voir dans cet exemple la preuve que l'intérêt d'un groupe non encore existant peut prévaloir sur celui d'une personne morale incontestablement organisée. Mais sous cet angle on ne verrait qu'en biais ce qui a réellement prévalu, l'intérêt de la collectivité que forme à cet instant l'ensemble des relations nouées entre les différentes communes concernées. Là encore, la complexité du phénomène collectif est mise en avant pour court-circuiter la démarche subjective de rejet et faire prévaloir un certain type d'intérêt collectif.

Aussi apparaît-il sans doute préférable – si le souhait est exprimé de laisser quelque chance au déni – d'en différencier les situations. Il est difficile d'envisager sous le même qualificatif juridique des actes qui ne produisent pas les mêmes effets. Dénier son appartenance à un groupe sans encore y appartenir n'induit pas les mêmes conséquences que l'acte tendant à le quitter définitivement. Dans le premier cas, l'intérêt du groupe n'a pas encore été affecté par la nouvelle appartenance, il s'est borné à s'y préparer : tout au plus des espoirs seront déçus. La seconde hypothèse est nettement plus préoccupante pour le groupe qui, s'il ne l'a pas lui-même souhaité, peut pâtir de ce départ et se trouver littéralement démembré. En d'autres termes, la volonté de ne pas appartenir est moins exigeante que celle de ne plus appartenir. Toutes deux relèvent sans nul doute

texte le prévoyant : M-C. Dock *Le retrait des États membres des organisations internationales de la famille des Nations Unies*, *AFDI*, 1994, XL, pp. 106-155.

¹ CE, 2 octobre 1996, *Communes de Bourg-Charente, de Mainxe et de Gondeville*, *AJDA*, 1996, p. 1026, concl. L. Touvet, p. 1022 ; *RFDA*, 1997, p. 1209, note P. Gaïa et C. Cammatara.

² Encore que le moyen fondé sur cette disposition n'ait pas encore été réellement examiné par le juge : Cour administrative d'appel, Bordeaux, 31 juillet 2003, *Communautés de communes Plaine de Courance*, *AJDA*, 17 novembre 2003, p. 2093, note M. Degoffe : moyen assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé.

d'une même catégorie juridique, mais appellent nécessairement des régimes distincts. Dans cette mesure, on comprend difficilement que la Cour européenne ait consacré tout à la fois un droit de ne pas et de ne plus adhérer à une association. S'il y a là l'expression de la conscience du juge que le déni se heurte aux pires obstacles, le coup d'éclat n'est pas très loin du tour de force conceptuel. Mais qui peut le plus peut le moins.

Peu encline à faire exister le déni, la règle de droit lui laisse pourtant quelques plages d'expression, lui conférant alors le statut non pas de droit subjectif, mais d'obligation collective, au risque parfois de le dénaturer.

B - La préférence pour l'obligation de type collectif

Quand le droit cesse d'appréhender le déni sur le mode de la prérogative, il lui substitue bien souvent la logique de l'obligation. Non pas que l'individu appartenant déjà à un groupe n'ait jamais la faculté de refuser une nouvelle appartenance chaque fois que celle-ci n'est pas forcée ; dans cette hypothèse, le déni d'appartenance résulte d'une simple abstention, en tout cas d'une libre décision et n'intéresse pas vraiment le droit. En revanche, le système juridique convertit le déni en obligation chaque fois qu'une solution doit être apportée à un conflit d'appartenances. Dans ce cas, le passage de la prérogative à l'obligation concerne à la fois le groupe et l'individualité. Il concerne d'abord le groupe s'il lui est faite obligation légale ou réglementaire de ne pas recevoir la demande d'appartenance de l'individu ou de mettre un terme à son appartenance déjà acquise ; par ricochet, cette obligation frappera donc également l'individu. À l'inverse, si c'est l'individu qui est le sujet de l'obligation de dénier, le groupe ne pourra pas non plus s'opposer à ce refus ou à cette fin de l'appartenance. Dans les deux cas, l'obligation ainsi imposée s'analyse comme une obligation de type collectif, c'est-à-dire une obligation dérivant directement de l'appartenance à un autre groupe, d'une « para-appartenance ». Inhérente au concept même d'obligation, la conséquence n'est pourtant pas qu'il s'agit d'une prérogative détenue par ce groupe ; cette obligation constitue tout au plus un privilège d'appartenance (1) et révèle ainsi la nature du déni, procédé de collectivisation des phénomènes individuels (2).

1 - Le privilège d'appartenance

L'analyse du déni à travers le prisme de l'obligation peut s'opérer en cas de conflit potentiel d'appartenances. Qu'il y ait déjà superposition ou qu'il y ait simple projet d'addition des appartenances, il s'agit pour la règle de droit d'enregistrer l'impossibilité de les concilier et de faire prévaloir l'une sur les autres. Autrement dit, la nature de l'obligation de dénier l'appartenance dépend d'abord du type de conflit opposant plusieurs appartenances. Reste ensuite à déterminer quelle appartenance faire prévaloir ; la réponse dépend alors des types d'appartenances mises en présence.

Très schématiquement, il est possible d'identifier deux sortes de conflits d'appartenances : d'une part le conflit radical, qui se solde par la cessation ou la non formation de l'appartenance ; d'autre part le conflit ponctuel, qui justifie davantage la suspension d'une des appartenances. Au premier cas de conflit peuvent être identifiées les situations de mise en jeu de la théorie classique des incompatibilités. Incompatibilités textuelles ou jurisprudentielles. Dans le premier registre, le régime des incompatibilités de fonctions sous la Vème République, largement hérité des constitutions précédentes, traduit pleinement l'idée d'incompatibilité des appartenances : ainsi l'appartenance à l'organe législatif emporte-t-elle l'incompatibilité avec l'appartenance à l'administration, à certains milieux économiques¹ ou encore à l'organe gouvernemental². L'effet du mécanisme est radical puisqu'il entraîne en principe³ la cessation des fonctions auxquelles l'intéressé aura choisi de renoncer⁴. Mais, en l'absence de texte, les incompatibilités d'appartenances sont parfois forgées par le juge lui-même. Par exemple c'est récemment que le Conseil d'État a censuré l'adhésion d'un syndicat de communes à une autre structure de coopération du même type⁵. Bien sûr la censure a pris appui en l'espèce sur la méconnaissance des compétences du

¹ V. notamment : R. Chiroux L'incompatibilité du mandat parlementaire avec certaines activités professionnelles sous la Vème République, in *Mélanges Stoufflet*, 2001, pp. 49-67.

² Cf. l'étude classique d'A. Demichel : De l'incompatibilité entre les fonctions de ministre et le mandat parlementaire, *RDP*, 1960, pp. 616 et s.

³ Sous la réserve des possibilités de mise en disponibilité des fonctionnaires qui décrochent un mandat parlementaire : dans ce cas, il n'y a plus conflit radical, mais simplement conflit ponctuel.

⁴ On remarquera en outre qu'il n'existe pas d'incompatibilités de principe pour l'individu à appartenir à plusieurs associations à la fois

⁵ CE, 5 janvier 2005, Syndicat des eaux du Nord, n° 265938 ; *Dr. Adm.*, mars 2005, n°31, note E. G.

groupement public ; ceci dit une telle solution paraît également reposer sur l'idée que les structures intercommunales ne peuvent se démultiplier à l'infini, que les appartenances ne peuvent s'empiler à volonté : appartenance sur appartenance ne saurait valoir... Parfois le cumul des appartenances n'est que momentanément irréalisable et la supériorité de l'une d'entre elles ne sera que ponctuelle. C'est la seconde sorte de conflits, plus largement rencontrée dans notre système juridique qui tente de ménager les différentes appartenances de chaque sujet de droit. Pour faire face, la règle de droit fixe dans cette hypothèse une période au cours de laquelle l'une des appartenances s'effacera au profit de l'autre ; au terme de cette période, l'appartenance momentanément suspendue – et non interrompue – produira de nouveau tous ses effets. Revenant à l'exemple des incompatibilités, on observera que les propositions parlementaires et doctrinales ont été nombreuses¹ pour dénoncer la radicalité du procédé et lui substituer des formes de suspension de fonctions, inspirées en cela des techniques du droit de la fonction publique comme le détachement ou la mise en disponibilité sur demande.

Qu'il s'agisse d'un conflit radical ou ponctuel, l'issue dépend en définitive de la nature des appartenances juxtaposées. Quel genre d'appartenance peut justifier la cessation ou la suspension d'une autre appartenance ? Une réponse banale pourrait être lancée : seule l'appartenance à la collectivité étatique serait à même de produire de pareils effets. Et de fait, en vertu même des relations existant entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques nationaux, l'appartenance ultime qui fait encore sens demeure l'appartenance à l'État. Cela signifie que ce dernier constitue toujours la collectivité capable par excellence de faire produire à son appartenance des effets obligatoires supérieurs. Ce dernier et ses semblables ont beau appartenir à ce qu'il est possible d'appeler aujourd'hui la communauté internationale, cette dernière ne s'est pas encore vue reconnaître une appartenance « digne de ce nom » : l'appartenance à l'État s'impose encore comme l'« appartenance des appartenances »². Dans cette

¹ On pense ici notamment aux propositions formulées dans le rapport du Comité consultatif pour la révision de la constitution, l'une d'entre elles suggérant de nuancer l'incompatibilité de la fonction ministérielle avec le mandat parlementaire en permettant à un ministre de retrouver automatiquement son mandat de député ou de sénateur au terme de ses fonctions ministérielles.

² De la même manière que l'État constitue « l'institution des institutions » selon la terminologie d'Hauriou : *op. cit.*, p. 133.

perspective, celle-ci exigerait ainsi que les prérogatives détenues par un individu en vertu de cette appartenance ne soient pas réinvesties dans une nouvelle appartenance sans subir quelque altération. Or une telle exigence n'est même pas systématiquement attachée à l'appartenance à l'État : l'individu peut appartenir à plusieurs États – c'est le cadre de la pluri-nationalité – tout comme il peut appartenir à la fois à un État et à plusieurs autres collectivités publiques ou privées – tel est le cas de la pluri-citoyenneté. Qui plus est, il existe d'autres appartenances qui exigent que le sujet de droit n'entreprenne pas de gagner de nouvelles appartenances. La situation des établissements publics de coopération intercommunale est à cet égard instructive : pour une même compétence à transférer, une commune ne peut adhérer ainsi à des établissements distincts. Si bien que si la nature des appartenances en conflit potentiel joue un rôle évident, en définitive seule semble compter la chronologie des appartenances : la première d'entre elles détient *de facto* ce privilège de l'appartenance qui, sauf option ouverte au sujet de droit, la fera primer sur toute autre.

2 - La collectivisation de phénomènes individuels

Si le déni d'appartenance volontaire manifeste une certaine propension à l'individualisme, l'obligation de dénier se rattache quant à elle davantage à la tendance inverse ; cette obligation a pour objet de limiter la multiplication des appartenances et d'en prévenir les conflits. Pour autant on ne peut pas dire qu'à ce devoir corresponde un véritable attribut du groupe dont l'appartenance doit prévaloir. Même lorsque l'obligation ne pèse pas sur la collectivité, elle ne constitue pas une prérogative de la personne morale représentative, elle en sert les intérêts mais sa mise en œuvre lui échappe. Pour revenir à un exemple déjà évoqué, les hypothèses d'incompatibilités de fonctions ne laissent jamais à l'assemblée ou à l'administration concernée le choix d'opposer ou pas l'incompatibilité. La raison s'en laisse aisément deviner. Le déni résulte dans ce cas non pas tant d'un lien d'obligation que d'un devoir juridique imposé par la règle de droit ou dégagé par le juge. On pourrait bien pousser la fiction de l'obligation jusqu'à y voir une prérogative de l'Etat lui-même, en tant qu'auteur de cette règle de droit. Mais alors tout phénomène d'appartenance se réduirait à une énième manifestation de la puissance publique, ce qui daterait franchement la réflexion. Ce qui ressort en revanche assez nettement de ce devoir, c'est la nature du déni : par son biais un phénomène voulu ou vécu avec une portée apparemment individuelle

est porté à une dimension collective. De la sorte le déni renseigne également sur la nature de l'appartenance elle-même. En transparence dans le cas du déni volontaire, cette conception de l'appartenance apparaît avec le déni obligatoire. La situation du conflit de devoirs inhérents à des appartenances distinctes en est une illustration. Chaque fois que le devoir de révélation doit l'emporter par exemple sur le devoir de discrétion qui dérive de l'appartenance à une corporation, le phénomène de collectivisation opère : prise d'abord comme une relation établie entre le sujet et le groupe, l'appartenance jette alors un pont entre cette relation et son environnement juridique. Ce qui ne va pas d'ailleurs sans équivoque ; c'est parce qu'il appartient à ce groupe que l'individu est soumis au devoir de révélation, mais c'est également en se soumettant à ce devoir que l'individu dénie – au moins temporairement – son appartenance au groupe.

Il y aurait ainsi une dialectique du déni d'appartenance, qui apparaît un peu plus encore si l'on évoque les limites du déni.

II - LES LIMITES DU DÉNI D'APPARTENANCE

Les limites que pose le système juridique au déni d'appartenance ne sont que la conséquence logique du soupçon dont il est l'objet ; elles participent nécessairement de sa difficile reconnaissance par le droit positif. Tout aussi logiquement, on ne sera pas étonné de voir que leur examen ne permet pas de livrer une utile comparaison de ses exercices dans le cas d'une initiative prise par l'individu et dans celui d'une initiative du groupe. Très schématiquement, ces limites s'organisent en effet autour des axes mêmes de l'appartenance : son contenu et ses effets tout d'abord, dont le droit positif impose de plus en plus la survie au-delà du déni (A). Ces limites seraient donc plus spécifiques au déni d'initiative individuelle. Mais c'est surtout le sujet de droit, sujet ou objet de l'appartenance, qui voit sa protection s'implifier au déni de manière impérative (B). Ce second type de limites s'appliquerait dès lors plus particulièrement au déni décidé par le groupe lui-même.

A - La conservation de l'appartenance première

En tant que limite au déni, la protection de l'appartenance se traduit tout à la fois par le souci de *conservation* et l'instinct de *préservation*. La distinction des mots n'est pas inutile. Lorsqu'elle

doit être préservée, l'appartenance justifie le déni, comme à titre préventif, et se heurte directement à la protection de l'individu. Lorsqu'elle doit être conservée, logiquement elle s'oppose à son déni. La finalité de conservation met donc en scène l'appartenance et son déni qui, à défaut de s'entrechoquer, doivent davantage cohabiter. Malgré le déni, l'appartenance continue en effet en maintes occasions de produire ses effets : ce sont tantôt les réminiscences de l'appartenance (1) qui s'expriment, au-delà de sa fin prévue ; tantôt ses manifestations territoriales (2).

1- Les réminiscences de l'appartenance

Si le droit attribue quelque consistance à l'objet même de l'acte de déni, on peut s'attendre à ce qu'il lui fasse produire son effet principal. En principe donc, une fois le déni opposé, soit l'appartenance aura disparu – c'est le cas d'un retrait ou d'une démission par exemple-, soit elle aura momentanément cessé de déployer tous ses effets¹ – tel est le cas d'une suspension ou d'une interruption. La seconde hypothèse, nous le voyons bien, permet naturellement à l'appartenance de survivre ; le déni n'en est alors qu'un simple aménagement. La première hypothèse en revanche défie le caractère volontaire du déni et contrevient au principe du parallélisme des formes que l'individu a pu supposer applicable lors de son adhésion au groupe.

Le prolongement direct du caractère volontaire d'une appartenance devrait permettre de penser qu'il suffirait de vouloir la fin de son appartenance pour que cette dernière cesse effectivement. Or, tout comme l'appartenance ne se forme pas toujours en un seul acte, son déni ne produit pas toujours instantanément ses effets. Ainsi au-delà de sa sortie de la fonction publique, au-delà de son départ de l'entreprise, l'ancien fonctionnaire ou l'ancien salarié voit survivre son appartenance passée lorsqu'il lui est interdit d'exercer certaines professions pendant une certaine durée². La méconnaissance de l'appartenance passée est parfois même sanctionnée durement, surtout

¹ Ou elle aura cessé définitivement de produire *une partie* de ses effets.

² Cinq années en ce qui concerne le délit de « pantouflage » prévu à l'article 432-13 du code pénal qui interdit à tout fonctionnaire dans ce délai et à compter de la cessation de ses fonctions, de prendre des intérêts dans les entreprises dont il avait la surveillance.

lorsqu'elle révèle en fait une instrumentalisation de l'appartenance par l'individu.

De ces exemples du délit de pantouflage et de l'obligation de non-concurrence, on pourrait reprendre les explications traditionnelles. Ainsi dira-t-on qu'en choisissant son appartenance, l'individu s'était également engagé implicitement ou expressément à maintenir des liens d'obligation avec le groupe ; que l'intérêt de ce dernier ou plus généralement la morale et l'éthique s'interposent entre l'appartenance et l'individu. Il est permis néanmoins d'y déceler également – et non plutôt – l'expression de l'indisponibilité de l'appartenance. Par indisponibilité, il faut entendre qu'en certaines circonstances et sous des conditions déterminées, l'individu ne saurait tirer profit juridique de ses appartenances passées. Bien sûr, il s'agirait là d'une bien timide indisponibilité, puisqu'elle serait limitée dans le temps et parfois même dans l'espace. Cependant l'hypothèse d'une indisponibilité juridique de l'appartenance peut satisfaire ; elle constituerait l'un des aspects d'une exigence plus vaste, à forte charge universaliste, celle d'égalité entre sujets de droit. De même qu'il est interdit de distinguer l'individu par son appartenance, de même l'individu ne pourrait pas en disposer pour servir ses propres fins¹. De ce fait, une telle interdiction serait fidèle à la finalité essentielle du concept d'appartenance qui est de faciliter l'organisation des relations sociales, et non d'asseoir des intérêts purement subjectifs. Cette exigence d'indisponibilité vaudrait tout autant à l'égard de chaque groupement, de chaque personne morale offrant un cadre au développement d'une appartenance. Désigner l'appartenance à tel ou tel groupement ne revient pas à dire que ce dernier en dispose, mais seulement qu'un type déterminé de relations s'est organisé entre l'individu et la collectivité, les deux pôles de l'appartenance. Au reste, l'idée d'indisponibilité fournirait une explication plausible des obligations textuelles et jurisprudentielles de déni².

¹ Dans une telle perspective, l'engagement initialement souscrit par l'individu de respecter les exigences liées à son appartenance passée n'aurait donc, par lui-même et en dernière analyse, que peu d'importance ; l'indisponibilité de l'appartenance est en effet fort peu compatible avec un engagement de la maintenir ou de s'y conformer pendant un certain délai. Les réminiscences de l'appartenance ont peu à voir avec la confrontation de l'individu avec lui-même : l'individu ne serait pas cette « *triste fleur qui croît seule et n'a pas d'autre émoi que son ombre vue dans l'eau avec atonie* » (S. Mallarme).

² V. *supra*.

Parce qu'elle s'inscrit par essence dans la durée, l'appartenance déploie donc ses effets par delà le déni et parasite de la sorte les appartenances à venir. Parce qu'elle s'inscrit également dans l'espace, l'appartenance est également en mesure d'en susciter de nouvelles et d'empêcher ainsi le déni.

2 - Les plates-bandes de l'appartenance

C'est ici l'aspect territorial de l'appartenance qui ressurgit à l'occasion du déni. Nous sommes donc sortis du strict cadre de l'obligation de non concurrence qui peut – et même doit- voir son champ d'action territorial précisément délimité. À l'inverse de cette situation, les divergences entre intérêt collectif et intérêt individuel qui fondent l'obligation de dénier une appartenance peuvent être convoquées pour soutenir une véritable obligation d'appartenir. En pareille hypothèse, le déni est rendu impossible ou extrêmement difficile à mettre en œuvre car une appartenance en a justifié une autre. Sous l'effet d'intérêts supérieurs, les appartenances s'empilent, coagulent autour d'une même entité. Ainsi, l'appartenance à l'État unitaire français et la poursuite de l'intérêt général qui y est attachée constituent fréquemment des entraves, directes ou indirectes, au déni d'une autre appartenance qui pourtant en dérive. Cette seconde appartenance prolonge en quelque sorte et conforte certainement la première. Pas question donc de réfuter cette appartenance dérivée car cela reviendrait à nier la « sur-appartenance » à l'État, en somme à nier l'indéniable. On retrouve alors la logique en apparence contestable des appartenances forcées qui se sont développées ces dernières années avec l'intercommunalité ou qui ont durablement prospéré en faveur des associations communales de chasse agréées. Contestable, cette logique présente tous les traits de l'entreprise d'aliénation de la liberté d'appartenir. Mais à y regarder de plus près, elle n'est peut-être pas totalement incompatible avec l'idée même d'appartenance et ses finalités ; dans les hypothèses évoquées, si l'entité forcée d'appartenir ne dispose pas à l'évidence de son appartenance, il en va de même de l'entité qui reçoit cette appartenance forcée. La structure intercommunale ne dispose pas du schéma d'appartenance auquel elle donne forme mais n'en est que le réceptacle, sinon le dépositaire. Au même titre que l'appartenance, la personne morale ou le groupement d'accueil répondent juridiquement à un besoin social d'organisation et d'infrastructure des relations dont la raison d'être ne doit pas résider dans l'appropriation individuelle ou

collective. Sous le concept d'appartenance affleurent ainsi les théories juridiques de la personnalité morale et leurs enjeux tant techniques qu'idéologiques.

Il n'est du reste pas innocent que dans les situations de déni, la personnalité juridique et ses attributs soient mis sur le devant de la scène. C'est à la condition d'être dotée de quelque consistance que le groupe dérivé pourra opposer une résistance au déni, ce qui laisse ainsi libre cours aux applications des théories plus réalistes de la personnalité morale.

Ainsi donc, les limites du déni d'appartenance sont révélées par les caractéristiques mêmes de l'appartenance. Il en est d'autres qui, pour leur part, émanent de la protection que le droit organise autour du sujet-objet du déni. L'individu est évidemment le premier concerné, encore que la question se pose aujourd'hui également pour les collectivités ; en fin de compte, l'individualité s'oppose fondamentalement au déni d'appartenance.

B - La protection de l'individualité

Compte tenu des conséquences d'un déni d'appartenance, des conditions de fond et de forme sont généralement organisées pour protéger l'entité qui en est l'objet direct. Les conditions de forme sont les plus nombreuses lorsqu'un individu émet le souhait de quitter telle ou telle formation, telle ou telle structure : sont dès lors prévues des conditions de délai de préavis, dans certains cas une condition d'acceptation du retrait par l'organe décideur du groupement. Pour les structures hautement intégrées des conditions de fond apparaissent et recourent les hypothèses dans lesquelles l'auteur du déni entend préserver sa propre existence ou ses valeurs fondamentales¹. En revanche, chaque fois que c'est l'individu qui fait l'objet d'un déni, fond et forme sont mobilisés pour encadrer à la fois la création et l'accomplissement de l'acte. Il faut dire qu'en situation

¹ Le respect des valeurs de l'Union européenne proclamées à l'article 2 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, peut ainsi justifier que soient suspendus, au terme d'une procédure à double détente, les droits d'appartenance à l'Union de l'Etat membre qui y contrevient (article 58 du projet). Il ne s'agit là que de la transposition des lignes déjà tracées par le projet de traité d'Union européenne adopté par le Parlement européen le 14 février 1984 et reprises en son temps par le Traité d'Amsterdam (article F §1 du Traité sur l'Union européenne, article 236 du Traité instituant la Communauté européenne) : V. G. Isaac *Droit communautaire général*. Paris : éd. Armand Colin, coll. « U », 6^{ème} éd., 1998, 361 p., p. 24.

d'appartenance, c'est l'individu tout entier qui est censé s'être donné à la collectivité d'accueil ; dès l'instant de l'adhésion, tout un cortège de libertés et de droits se traduisent dans l'incorporation au groupe, même lorsque celle-ci est forcée : liberté de conscience, droit au travail, égalité de traitement, droit des minorités... Mais la liste pourrait facilement s'allonger en considération des droits dont sont désormais titulaires bon nombre de personnes morales : libre administration des collectivités territoriales, souveraineté des États... La cause est donc entendue, le déni d'appartenance trouve sa limite fondamentale dans l'individualité elle-même : parce qu'il est déterminé par la fin d'une identité, c'est-à-dire d'une certaine individualité, le déni d'appartenance est en somme dramatisé. En un sens, bon nombre des évolutions du système juridique correspondent à la dramaturgie de ce déni. On le voit, autour de cet acte gravitent tout à la fois les droits tendant à son exercice et ceux tendant au contraire à sa neutralisation : la situation de déni prend part à une surenchère des droits subjectifs (1) tout en promouvant une certaine idée de l'appartenance, qu'il est permis aujourd'hui de discuter (2).

1 - La surenchère des droits subjectifs

Que le déni d'appartenance soit revendiqué comme un véritable droit subjectif, il n'y a rien d'étonnant à cela. Nous avons déjà dit qu'il en allait de son essence même ; il faut dire à présent qu'il s'agit d'une revendication qui prend appui sur d'autres droits subjectifs, quant à eux pleinement reconnus par le droit. Mais si la liberté de « ne pas » ou « ne plus » justifie le déni, en revanche celle de faire ou de continuer de faire lui barre grand la route. Nous avons vu également que l'individu à l'initiative du déni parvient- sauf intérêt collectif impérieux- à faire primer son droit sur celui du groupe auquel il ne souhaite pas ou plus appartenir. Compte tenu du contexte de floraison des droits subjectifs, la question soulevée par l'acte de déni réside ainsi dans les effets qu'il peut générer dans l'ordre juridique. En d'autres termes, si les droits de l'individu peuvent être protégés en situation de déni, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les personnes morales ? Bien entendu, la question n'est pas nouvelle, elle s'insère dans un contexte plus général de reconnaissance de droits fondamentaux¹ dans le chef des collectivités et groupes en tous

¹ La thématique des droits fondamentaux propres aux personnes morales a été longtemps négligée par le droit public, mis à part le droit international public (F. Poirat La doctrine des « droits fondamentaux » de l'État, *Droits*, 1992, n°16,

genres¹. Elle trouverait, cela dit, un nouveau champ d'application avec l'hypothèse du déni. *A priori*, il n'y a aucune raison pour, d'un côté, reconnaître aux personnes morales un droit à ne pas ou ne plus appartenir, et de l'autre leur refuser celui de ne pas ou ne plus accueillir. En proposant néanmoins une telle extension, on se risque à susciter les conflits de droits, droits subjectifs de l'entité-objet et droits subjectifs de l'entité-sujet de l'appartenance. Au reste, on peut ne pas en apercevoir l'utilité dans la mesure où la règle de droit organise souvent la faculté pour les groupements d'exclure l'un de leurs membres, même s'il est vrai qu'elle restreint celle de ne pas admettre un nouvel adhérent. Ce qui est sûr, c'est que cette montée en puissance des droits subjectifs ne peut qu'être alimentée par la logique du déni. Ainsi se confirmerait la nature essentiellement défensive de ces droits.

Une telle surenchère peut préoccuper. À sa façon la logique du déni ajoute à cette inquiétude... à moins que ses enjeux ne soient moins importants qu'il y paraît.

2 - Pour une dédramatisation du déni d'appartenance

Sur le plan du droit positif, l'hypothèse du déni met en cause les droits et les libertés. Ceci est d'autant plus avéré lorsqu'une même individualité est liée par plusieurs appartenances. Or les récentes évolutions sociales ont vu se multiplier les divers liens d'appartenance, nous éloignant ainsi un peu plus des sociétés dites holistes. Paradoxalement en effet, à ce mouvement de démultiplication des appartenances a correspondu sur le plan des idéologies une formidable poussée de l'individualisme. L'idéologie libérale des droits de l'homme en est une manifestation bien connue. La raison de ce paradoxe peut être trouvée dans le divorce entre une certaine conception de l'appartenance et ses manifestations effectives. Le

pp. 83-91). Elle semble connaître aujourd'hui une fortune inespérée, à la faveur des instruments normatifs internationaux et européens, que paraissent relayer non sans réticence les jurisprudences constitutionnelle et administrative : X. Dupré De Boulois, *Persomnes publiques, droits fondamentaux et convention européenne des droits de l'homme* (CE, Sect., 29 janvier 2003, Ville d'Annecy – CE, Sect. 29 janvier 2003, Commune de Champagne-sur-Seine, *RDP*, 2004, n°2, pp. 545-564). La subjectivisation du droit public gagnerait de la sorte tous les points de vue.

¹ Pour les groupes particuliers, V. par ex. : J-M. Larralde, La convention européenne des droits de l'homme et la protection des groupes particuliers, *RTDH*, 56/2003, pp. 1247-1274.

concept même d'appartenance véhicule l'idée d'inclusion, voire d'incorporation de l'individualité dans un groupe ; pour cette individualité, il y a de l'exigence à appartenir. Cette conception est directement héritée des sociétés féodales et de leur rapport à l'obligation. Si la Révolution française a entendu combattre les corps intermédiaires et faire ainsi prévaloir une vision unitaire de l'appartenance, elle n'a pas pour autant débarrassé ce concept de ses rigidités intrinsèques. Aujourd'hui, dans un tel contexte de pluralité et de rigidité des appartenances, les situations de déni sont nécessairement dramatisées et à ce titre largement entravées.

Quant à la théorie juridique, elle est largement tributaire de ces conceptions ; mais elle peut offrir quelques alternatives. En guise de proposition, il suffit de comparer la logique juridique et la logique de l'appartenance telle que précédemment décrite. À la conception classique de l'appartenance correspond la logique du don¹, laquelle est largement reçue par le droit² : transfert, cession, échange sont les techniques courantes du commerce juridique auxquelles se livrent personnes privées comme personnes publiques. Mais appliquée à l'appartenance, cette logique conduit à poser l'équation suivante : si appartenir équivaut littéralement à se donner soi-même, une telle implication heurte de plein fouet les principes fondamentaux que le droit s'applique à forger. Les concepts de liberté, d'autonomie et d'indisponibilité entreraient ainsi en conflit ouvert avec la logique du don. Sur le plan conceptuel et technique, le droit est donc par principe incapable de traduire fidèlement la conception exigeante de l'appartenance. La dramatisation du déni n'aurait ainsi aucun fondement juridique, mais seulement un soubassement idéologique. En écho à cette prémisse, l'approche de l'appartenance mérite néanmoins d'être reconsidérée. Prise comme un don de soi à la collectivité, l'appartenance contredit à la fois la rationalité juridique et la réalité des faits ; quel que soit le lien qu'il noue avec le groupe, l'adhérent ou le membre n'entend jamais véritablement, par cet acte,

¹ Logique qui trouve les faveurs des sociologues qui se placent dans le sillage de Marcel Mauss dont le rythme du « donner-recevoir-rendre », longtemps occulté, mériterait selon eux d'être redécouvert : par ex., et classiquement, V. J. Godbout (en coll. avec A. Caillé). *L'esprit du don*. Paris : éd. La Découverte, coll. « Sciences humaines », 2000, postface d'Alain Caillé, 356 p., ici pp. 13-29.

² Pour se borner au droit public, on évoquera les réflexions contemporaines sur l'idée de la gratuité des services publics (G. J. Guglielmi et G. Koubi (dir.). *La gratuité, une question de droit*. Paris : éd. L'harmattan, 2003), les essais de définition de l'obligation à l'impôt, ou encore la thématique de la solidarité.

renoncer à lui-même ou à une partie de lui-même. De même, le groupe n'aliène jamais totalement l'individu, incapable qu'il est d'atteindre cette part irréductible d'individualité propre à tout un chacun. Aussi l'appartenance pourrait-elle sans doute s'analyser davantage sur le mode du *prêt*. La proposition d'analyse n'est pas nouvelle¹. Sur ce registre, l'individu, la collectivité et l'appartenance se prêteraient l'un à l'autre : l'appartenance, parce qu'elle n'est pas une fin en soi mais un instrument du lien social ; la collectivité et l'individu parce que chacun peut de la sorte se ménager une marge constante de liberté. De cette manière, la logique du prêt serait peut-être à même de mieux restituer la complexité du phénomène de l'appartenance et de mieux saisir les implications de son déni ; si l'appartenance n'est qu'un prêt, c'est qu'elle contient déjà la possibilité de la restitution, c'est qu'elle porte déjà son déni. Les deux pôles de l'appartenance – la collectivité et l'individu – se contiennent ainsi l'un l'autre. L'appartenance reconsidérée, le déni ne mériterait donc pas la condition que lui réserve le droit.

Michaël REVERT

*Allocataire-moniteur à l'Université du Sud Toulon-Var
Membre du C.E.R.C.*

¹ Selon P. Manent (*op. cit.*, p. 198), Montaigne développait déjà cette conception médiane de l'appartenance : « *l'appartenance qu'on a contractée, on ne peut faire qu'on ne l'ait pas contractée, et qu'elle ne vous ait en quelque façon transformé. La seule manière d'échapper à cette difficulté, c'est évidemment de consentir le moins possible. Pour pouvoir consentir plus tard, pour préserver ma liberté de consentir, je consens le moins possible. Dans le langage de Montaigne, je ne me donne plus, je me « prête »* ». Par la logique du prêt est ainsi évacué le « dilemme de la liberté moderne : *ou je ne suis pas libre, ou je ne suis pas libre* » (*ibidem*).

PAUVRETE ET EXCLUSION :

Un nouveau contentieux de l'appartenance sociale ?

En 1907, dans un bref essai consacré à l'assistance et à la situation des pauvres au sein de la société, G. Simmel soulignait un paradoxe : la position inférieure des assistés n'entrave pas leur intégration. Bien qu'ils soient « *un objet inerte démuné de droits dans les objectifs globaux de l'Etat* »¹, ceci ne conduit pas pour autant à les exclure de la société. « *Les pauvres sont ordonnés de façon organique à l'intérieur de celui-ci, ils appartiennent en tant que pauvres à la réalité historique de la société qui vit en eux et au-dessus d'eux* »², ils « *se situent d'une certaine manière à l'intérieur du groupe ; mais ceci n'est rien de plus qu'un mode d'interaction particulier qui les unit à l'ensemble au sein d'une entité plus large* »³. Les pauvres ne sont donc pas « exclus » au sens contemporain du terme, ils remplissent une fonction « *dans la société* »⁴, et G. Simmel d'ajouter de façon incisive : « *être en dehors n'est en bref qu'une forme particulière d'être à l'intérieur* »⁵. Si l'assistance au pauvre fait de celui-ci « *un objet de l'activité du groupe* » qui, parfois « *le fait vivre comme corpus vile à la merci du tout et qui, parfois, à cause de ceci, en fait son ennemi amer* »⁶, pour autant la stigmatisation qui découle de leur statut inférieur n'est pas une exclusion, c'est un refoulement. Les propos, incisifs, soulignent combien la question de l'appartenance du pauvre à la société est une question épineuse, voire contentieuse...

En effet, historiquement, la pauvreté était avant tout traitée comme un problème de marginalité. Le pauvre était perçu comme un individu potentiellement dangereux, menaçant pour l'ordre social établi, qu'il fallait intégrer à la société à peine, pour cette dernière, de voir ses piliers vaciller. Pour ce faire, un diptyque prévalait : assistance et répression, *potence et pitié*⁷, en tout état de cause un contrôle social que l'analyse foucaldienne a parfaitement mis en valeur. C'est surveiller, et l'assistance y contribue, et punir.

¹ G. Simmel, *Les pauvres*, (1907), rééd. PUF, 1998, introduction de S. Paugam, p. 55.

² Id., pp. 55-56.

³ Id., p. 56.

⁴ Id., pp. 60-61 (mis en gras par l'auteur).

⁵ Id., p. 89.

⁶ Id., p. 91.

⁷ B. Geremek, *La potence ou la pitié, l'Europe et les pauvres du Moyen-Age à nos jours*, Gallimard, 1990.

Dans ce contexte, le droit a connu une rupture naissant d'une nouvelle construction des rapports sociaux : à la marginalité succédait, à partir des années quatre-vingt, l'exclusion sociale. La pauvreté est alors analysée comme constitutive d'un déni d'appartenance et révélatrice d'un problème, non plus de marginalité, mais d'exclusion. Le recours à la notion d'exclusion sociale a dès lors emporté une nouvelle lecture de la construction juridique des rapports sociaux. Les textes abordent désormais la pauvreté comme une atteinte à la dignité de la personne et la violation de droits fondamentaux¹. La loi du 29 juillet 1998, relative à la lutte contre les exclusions sociales, est révélatrice de cette nouvelle appréhension, lorsqu'elle proclame que « *la lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains* » et ajoute que celle-ci passe par la garantie de « *l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance* »². Dans cette nouvelle approche, la pauvreté se combat par la garantie de droits fondamentaux, dont elle est une atteinte. Cette rupture s'effectue, fait remarquable, dans un total consensus politique : gauche et droite confondues, depuis la fin des années quatre-vingt, font de cette antienne leur credo juridique et les textes ou projets de textes se succèdent sur ce thème. Cette évolution juridique consensuelle devrait permettre au juriste de conclure sur une note optimiste, soulignant la force du droit et le mouvement continu de création des droits fondamentaux... L'appartenance du pauvre à la société est garantie par la reconnaissance et la protection de droits reconnus à tous. Toute menace de conflit, toute perspective « contentieuse » s'éloigne ainsi...

Or, pour peu que l'on quitte cette lecture strictement juridique des rapports sociaux, et que l'on aborde la question sous un angle plus politique, la conclusion est fort différente... Non que la politique soit le côté obscur de la force du droit, mais bien parce que le droit, contrairement à l'histoire selon d'aucuns, n'a pas de fin... En effet, alors que l'ordre juridique, dans la logique de la proclamation des droits fondamentaux, laissait entrevoir une appréhension renouvelée des rapports sociaux, voilà que le rapport de force politique fait resurgir, concomitamment, la figure menaçante du pauvre : réapparaissent alors ces deux figures du pauvre, que l'on croyait gommées par le XXe siècle : le pauvre fainéant (I) et le pauvre dangereux (II).

¹ Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, spé. pp. 361 et s.

² Art. 1^{er}, codifié à l'art. L. 115-2 du Code de l'action sociale et des familles.

I - LA THÉMATIQUE DU PAUVRE FAINÉANT

Tout au long du XXe siècle, la réponse juridique à la question sociale s'est incarnée dans le thème solidariste de la dette sociale. L'idée d'une interdépendance sociale fondatrice d'une dette à l'égard de chacun des membres du corps social a servi de pierre angulaire à la construction du droit social¹. Était ainsi consacrée une logique de droits inconditionnels, au sens de déconnectés de tout devoir corrélatif, réservés initialement aux pauvres incapables de travailler, puis étendus, grâce aux mécanismes de la Sécurité sociale, à ceux aptes au travail mais que la situation économique exclut de l'emploi. Le pacte fondateur de l'après-guerre consacrait explicitement cette idée en affirmant, dans le Préambule de la Constitution de 1946, que « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Cet esprit de 1946 a, par la suite, été précisé et concrétisé par la législation sociale et n'a jamais été démenti, comme en témoigne, quarante ans plus tard, la paraphrase de l'alinéa 11 du Préambule par la loi instituant le revenu minimum d'insertion².

Or, la crise de l'État Providence conduit, ces dernières années, à un retour aux idées « pré-solidaristes », c'est-à-dire à cette problématique révolutionnaire libérale, toute entière résumée par cette affirmation de La Rochefoucault-Liancourt, en 1790 : « *Si celui qui existe a le droit de dire à la société : Faites-moi vivre, la société a également le droit de lui répondre : Donne-moi ton travail* ». Le débat contemporain sur l'activation des dépenses sociales en témoigne, en ce qu'il repose sur une interrogation aux conséquences évidentes : faut-il attacher certaines contraintes au versement des allocations sociales, et notamment assortir leur bénéfice d'une contrepartie exigée des allocataires ? Cette nouvelle conception des politiques sociales repose sur une logique de transformation des garanties de ressources accordées aux bénéficiaires de minima sociaux en tremplin vers le retour à l'emploi par l'incitation faite à ceux-ci de s'engager dans une démarche active. Il s'appuie sur le constat de « trappes à inactivité », qui

¹ V. notamment M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Bibl. Droit Public, 1993 ; M. Borgetto et R. Lafore, *La république sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, 2000.

² Art. 1^{er}, loi 88-1088 du 1^{er} décembre 1988, codifié à l'art. L. 115-1 du Code de l'action sociale et des familles : « *toute personne qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

résulteraient de la mise en œuvre de prestations sociales : les bénéficiaires des prestations sociales ne seraient, selon cette analyse, que peu enclins à rechercher un emploi faiblement rémunéré, qui leur laisserait certes espérer une augmentation de leur revenu mais pas nécessairement de leur pouvoir d'achat, celui-ci pouvant diminuer du fait de la perte du bénéfice de certaines prestations sociales ou de l'assujettissement à certaines impositions nouvelles. Dès lors, pour certains, les prestations sociales en général et le RMI en particulier deviennent des « revenus minimum d'inactivité », dont les effets pervers ne pourraient être combattus que par de vifs mécanismes d'intéressement à la reprise d'activité.

Cette réactivation d'une thématique de la contrepartie n'est pas sans lien avec une tendance idéologique née aux États-Unis : celle visant à remplacer, partout où cela s'avère possible, le « *welfare* » par le « *workfare* ». Le terme, formé à partir d'une contraction entre « *work* » (travail) et « *welfare* » (Etat Providence) désigne de façon générique certains des programmes sociaux américains qui conditionnent le bénéfice des aides sociales à l'obligation pour les individus assistés soit de travailler, soit, à tout le moins, de présenter certaines garanties de moralité et de sociabilité. L'idée générale, d'inspiration conservatrice, qui les sous-tend est que les bénéficiaires de l'aide sociale ne se comporteraient pas spontanément de façon civique et que l'obligation qui leur est faite serait le pendant des obligations que la société a envers eux. Dans cette optique, l'assistance, loin d'être perçue comme un droit du pauvre, se présente comme un secours temporaire offert à des individus qui, en échange, ont l'obligation de fournir certaines contreparties¹.

Les politiques américaines de *workfare* peuvent être analysées comme un avatar idéologique des principes fondateurs du modèle britannique d'assistance, tel qu'il fut mis en œuvre par le statut d'Elizabeth (19 septembre 1601). Le but de cette loi tendait à l'organisation des secours en partant de l'idée toute pragmatique qu'il fallait dans chaque paroisse procurer du travail au pauvre valide, soulager le pauvre invalide, et placer en apprentissage les enfants. Pour ce faire, elle instaurait dans chaque paroisse des « inspecteurs des pauvres », investis du pouvoir de taxer les habitants

¹ J.-C. Barber, Comparer insertion et *workfare*, *RFAS*, 1996, n° 4, p.19 ; D. Beland, La fin du *welfare state*, de la guerre contre la pauvreté à la guerre contre les pauvres, *Esprit*, 1997, n° 5, p. 41.

afin d'assurer des secours aux indigents¹, déterminait précisément les obligations des contribuables ainsi que les procédures de recours intentées, soit par les contribuables s'estimant trop fortement taxés, soit par les pauvres se plaignant du refus ou de l'insuffisance des secours². Mais ce serait commettre une grave erreur d'interprétation que de voir dans l'organisation anglaise des secours un système fondé sur une philanthropie humaniste. Tout au contraire, il était inspiré par des considérations utilitaristes et reposait sur l'idée rigoureuse d'une pauvreté essentiellement volontaire. Pour les théoriciens anglais de l'époque, « *l'indigence est la résultante d'un choix rationnel. Si les individus optent pour la pauvreté, c'est que l'assistance est plus profitable. Pour éradiquer la pauvreté, il suffit donc d'inverser les termes du problème, c'est-à-dire de rendre l'assistance moins agréable que le travail* »³. Ce « *paradigme de la pauvreté volontaire* »⁴ justifiait une politique sociale éminemment répressive, fondée sur les *workhouses*, à la fois maisons de correction et ateliers de travail forcé, et la stigmatisation des bénéficiaires de l'assistance. Très moralisatrice, l'assistance était subordonnée au respect que témoignaient les indigents à l'éthique du travail et à la morale familiale et sexuelle, particulièrement affirmée à l'époque victorienne⁵. D'où la vive critique des libéraux français du XIXe siècle, tout entière incarnée dans l'exclamation d'un Tocqueville : « *Dans tous les pays, c'est un malheur de ne pas être riche; en Angleterre, c'est un horrible malheur d'être pauvre* »⁶...

C'est une même approche moralisatrice et conservatrice qui se retrouve, nonobstant l'écoulement des siècles, dans les politiques américaines de *workfare*. Mais ce serait un malentendu que de cantonner cette conception de la pauvreté et de l'assistance au monde anglo-saxon : le débat a franchi l'Atlantique et se retrouve dans différents pays européens, sous une forme variable au demeurant. Il se développe en France depuis

¹ Sur l'histoire de l'assistance en Angleterre, E. Chevallier, *La loi des pauvres et la société anglaise. Organisation de l'assistance publique en Angleterre*, A. Rousseau, 1895 ; Tocqueville, *Mémoire sur le paupérisme*, 1835, *Commentaire*, n°24, 1983, pp.883 à 885.

² Le statut élisabethain fut complété par le *Speenhamland Act* de 1795, garantissant des compléments de salaire (*subsidies in aid of wages*) que l'indigent touchait intégralement s'il était sans travail, et qui servait de base pour le versement d'un complément de revenu, et réformé par un bill du 4 août 1834.

³ F.X. Merrien, *Divergences franco-britanniques, politiques sociales en France et en Grande Bretagne (XIXe-début du XXe siècle)*, in *Face à la pauvreté*, Edition de l'Atelier et Social en actes, 1994, p. 102.

⁴ Id., p. 100.

⁵ F. Barret Ducrocq, *Pauvreté, charité et morale à Londres au XIXe siècle, une sainte violence*, PUF, 1991, p. 92.

⁶ Précit., p. 636.

quelques années. On en a trouvé trace dans les débats précédant le RMI, sans toutefois influencer l'adoption du texte initial¹. Il a pris corps récemment sur deux terrains distincts : la négociation sociale et l'action des collectivités locales, avant d'inspirer, plus récemment, la création par le législateur du revenu minimum d'activité.

A - Les prémices

Le *Plan d'Aide au Retour à l'emploi* a été la première offensive des tenants de la contrepartie. Issu du projet de refondation sociale, présenté par le MEDEF, il a suscité une vague d'hostilité et a été par la suite sensiblement assoupli. Toutefois, sa version initiale était révélatrice : l'allocation chômage n'était plus présentée comme une indemnité mais devenait, de façon très explicite, une allocation d'aide au retour à l'emploi, subordonnée à l'accomplissement d'un certain nombre d'obligations par le demandeur d'emploi. Le projet prévoyait également un certain nombre de sanctions, fondées sur le comportement du demandeur d'emploi : ainsi, la suspension du versement des allocations était provoquée par le refus, sans motif légitime, de s'engager dans un projet d'action personnalisé, de se présenter à l'examen d'évaluation des capacités professionnelles, de suivre « avec assiduité » une formation... Le refus « sans motif légitime d'accepter une proposition d'embauche correspondant au projet d'action personnalisé » aurait été également sanctionné. L'économie générale du projet reposait sur un net rappel de l'obligation du demandeur d'emploi de chercher un travail, voire d'en accepter un. Ce qui explique qu'il ait suscité de vives critiques et que de nombreuses voix aient souligné le postulat d'un chômage volontaire sur lequel reposait le projet du MEDEF, craignant qu'on en revienne à une assistance par le travail dans laquelle le chômeur se trouve contraint d'accepter n'importe quel emploi, à n'importe quel prix. Pour beaucoup, le PARE traduisait un retour à cette « discipline de la faim » qui caractérisait le XIX^e siècle et permettait de distinguer le bon grain de l'ivraie, le chômeur prêt à travailler de l'indigent réfractaire devant être sanctionné.

Une logique identique a inspiré l'action de certaines collectivités locales, qui, au titre de l'action sociale, ont choisi d'instituer des allocations en faveur de personnes en situation d'exclusion tout en les subordonnant à certaines contreparties. L'une d'entre elles, instaurée par la commune de

¹ J.-M. Belorgey. Lever les malentendus in R. CASTEL et J.-F. LAE, *Le RMI, une dette sociale*. L'Harmattan. 1992. p. 35 ; R. Lafore. Les trois défis du RMI : à propos de la loi du 1er décembre 1988. *AJD.A.* 1989. pp. 563-585 ; Réflexions sur la construction juridique de la contrepartie. *RFAS.* 1996. n° 3. pp. 11-26.

Mons en Baroeul en 1994, a bénéficié d'une certaine médiatisation, à la faveur d'un recours contentieux dirigé contre elle : cette allocation, d'un montant de 500 francs par trimestre, présentait la particularité d'être subordonnée à la participation des bénéficiaires à des activités d'intérêt général ou d'utilité publique, telles que des contributions bénévoles au fonctionnement d'une association d'intérêt général, des interventions dans les travaux d'entretien des parties communes des immeubles collectifs d'HLM ou du domaine communal, des activités de formation, participations qui, quelle que soit leur nature, étaient limitées à 15 heures par trimestre. Infirmant la solution des juges du fond, le Conseil d'Etat a validé la possibilité pour les collectivités locales de créer une telle allocation dite « d'insertion » en la soumettant à des contreparties, au terme d'un raisonnement assez curieux puisque fondé sur le constat que ces activités, bien qu'obligatoires et conditionnant l'octroi de l'allocation, étaient bénévoles¹...

Cette logique de la contrepartie, qui témoigne d'une volonté manifeste de repenser le système de protection sociale en substituant la responsabilité individuelle à la solidarité collective a dépassé le simple cadre de la négociation sociale et de l'action des collectivités locales. Elle a été consacrée récemment par le législateur, à travers la création du revenu minimum d'activité.

B - La consécration législative

La création du revenu minimum d'activité par la loi du 18 décembre 2003² constitue certainement la première consécration par le législateur de contreparties en matière sociale. A cet égard, la loi a fait l'objet de nombreuses critiques : il lui a ainsi été reproché de témoigner d'une certaine prévention à l'égard des bénéficiaires du RMI, suspectés de se satisfaire de l'allocation voire taxés de paresse, et de constituer le cheval de Troie du « workfare » au sein des politiques sociales. Les critiques de l'opposition parlementaire ont entraîné par ailleurs des réactions inédites chez les présidents de conseils généraux socialistes, un certain nombre d'entre eux

¹ CE, 29 juin 2001, Commune de Mons en Baroeul, *AJDA* 2002 p. 42, note Y. Jegouzo, p. 386 note D. Roman : « *Le montant de l'allocation ne constitue pas la contrepartie d'un travail fourni par les bénéficiaires aux organismes auprès desquels ils effectuent des activités bénévoles et répond à une finalité d'insertion sociale* ». Les règles du droit du travail ne sont donc pas méconnues par la subordination de l'allocation à la contrepartie d'une activité.

² Loi n° 2003-1200 portant décentralisation du revenu minimum d'insertion et création du revenu minimum d'activité, *JO* 19 décembre 2003, p. 21686.

faisant savoir qu'ils refuseraient d'appliquer la loi en l'état¹. Il est vrai que le Contrat d'insertion – Revenu minimum d'activité (CIRMA) qu'elle institue suscite différents problèmes, à la fois politiques et juridiques : Le CIRMA est un contrat de travail à durée déterminée et à temps partiel dérogeant au droit du travail, qui autorise l'employeur, sous certaines conditions, à percevoir une somme équivalente à l'allocation de RMI, en contrepartie de l'embauche d'un allocataire, dans le cadre d'un parcours d'insertion défini avec le département. Dispositif incitatif pour favoriser l'insertion professionnelle des RMIstes selon la majorité parlementaire et le gouvernement, « ovni » juridique instituant un effet d'aubaine au profit du secteur marchand selon l'opposition parlementaire et le milieu associatif, les appréciations découlant du caractère inédit du CIRMA ont été très diverses. En revanche, l'adhésion du RMA à la thématique de l'activation des dépenses sociales a été pleinement assumée par le Parlement et soulignée par la doctrine²... Avec toutes les interrogations qui peuvent en découler, notamment quant au caractère obligatoire de la conclusion d'un tel contrat pour le bénéficiaire du RMI. Certes, sur ce point, le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions législatives relatives au CIRMA ne méconnaissent ni la liberté personnelle, ni la liberté contractuelle dans la mesure où le bénéficiaire du RMI a la possibilité de s'opposer à l'inclusion du CIRMA parmi les actions d'insertion qui lui sont proposées³. Mais le Code de l'action sociale et des familles prévoit expressément la possibilité pour le président du conseil général de suspendre le versement de l'allocation soit à la suite du refus, sans motif légitime, d'un allocataire de se prêter à l'établissement ou au renouvellement du contrat d'insertion auquel le CIRMA se rattache, soit en cas de non-respect, sans motif légitime, du contrat par le bénéficiaire de la prestation⁴. De sorte que, si la création du CIRMA s'inscrit pleinement dans cette tendance à la généralisation de la contrepartie, l'appréciation de son rattachement à la thématique du *workfare* dépendra en grande partie de son application par les conseils généraux et de son contrôle par les juridictions.

¹ Le RMA en ligne de mire, *Le Monde*, 4 avril 2004.

² V. à cet égard le commentaire éclairant de J.-E. Schoettl : « la loi (...) s'inscrit résolument dans le cadre du *soft workfare*, puisqu'elle ne subordonne pas l'allocation à l'activité. Elle se donne seulement pour objectif et pour sens de valoriser le travail », *AJDA* 2004, p. 222.

³ Cons. Const., décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, *JO* 19 décembre 2003, p. 21670, *Droit social*, 2004, pp. 245-250, note X. Pretot ; *AJDA* 2004, p. 216, note J.-E. Schoettl.

⁴ C. action. soc., art. L. 262-19 et -21 ; D. Roman, Revenu minimum d'insertion et revenu minimum d'activité, *Jurisque Protection sociale*, 2004.

Mais la démarche entamée par le législateur pourrait ne pas s'arrêter là, comme en témoigne la proposition de loi déposée par plus de 60 députés de la majorité en décembre 2003¹. Fondée sur « le constat de l'insuffisante motivation de certains demandeurs d'emploi à retrouver une activité », et sur le rejet de l'idée que « des personnes reçoivent une allocation au titre de l'assurance chômage ou du revenu minimum d'insertion et refusent lorsqu'elles sont en bonne santé de répondre aux offres d'emploi », cette proposition de loi vise à permettre que toute personne apte physiquement à un emploi et percevant une allocation de remplacement se voie proposer une activité d'intérêt général organisée sur l'initiative des collectivités territoriales. Le refus répété et sans motif légitime d'un travail d'intérêt général correspondant à ses capacités entraînerait, pour le chômeur, la perte automatique de son allocation. La proposition vient ici traduire, par voie législative, l'exclamation de Saint Paul : « *Que celui qui ne veut pas travailler ne mange pas non plus* »², quoique ses auteurs se défendent, dans l'exposé des motifs, « d'établir un travail forcé pour ceux qui n'envisagent pas d'avoir une activité. C'est leur liberté mais à condition que celle-ci ne s'exerce pas au détriment des efforts de la majorité de ceux qui participent par leur effort collectif à la création de la richesse nationale ». De telles expériences ont été tentées dans certains pays européens et validées par les organes de Strasbourg. Saisie de pratiques néerlandaises allant en ce sens, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait considéré que l'obligation faite au bénéficiaire d'accepter un travail dans les services municipaux, d'une part ne constitue pas un traitement dégradant malgré le discrédit social qui s'attache à cet emploi et, d'autre part, ne peut être qualifiée de travail forcé ou obligatoire dans la mesure où l'obligation n'est sanctionnée que par une déchéance des prestations monétaires³. Mais, que ce soit dans les expériences hollandaises ou la proposition législative française, tous les éléments constitutifs du *workfare* se retrouvent : contrepartie obligatoire mais aussi, voire surtout, retour à la construction fantasmatique du pauvre taxé de paresse et de fainéantise, vivant aux crochets de la société et qu'il faut rappeler fortement au premier de ses devoirs : le travail. De sorte que cette proposition législative n'est pas si éloignée, dans l'esprit, de l'affirmation de Brissot : « *il y aura toujours des riches, il doit donc y avoir des pauvres. Dans les Etats bien gouvernés, ces derniers travaillent et*

¹ Proposition de loi n° 1309 mettant les demandeurs d'emploi et les bénéficiaires du RMI à la disposition des communes ou de leurs groupements afin de leur confier des activités d'intérêt général et de les inciter à une recherche active d'emploi, Assemblée nationale, 17 décembre 2003.

² Deuxième épître aux Thessaloniens, III-10.

³ Com. EDH, 13 décembre 1976, req n° 7602/76, X. c. Pays Bas, *Décisions et rapports* 1977, n° 7, p. 161.

vivent ; dans les autres, ils se revêtent des haillons de la mendicité, et rongent insensiblement l'Etat sous le manteau de la fainéantise. Ayons des pauvres et jamais de mendiants : voilà le but où doit tendre une bonne administration »¹.

Par un curieux phénomène de retour en arrière, le discours politique et les innovations juridiques récentes retrouvent ainsi la nécessité de dessiner une figure ancienne, celle du pauvre fainéant². Ceci permet de stigmatiser une pauvreté dont la cause résiderait dans des comportements supposés déviant et dévoyés, de rappeler à leurs devoirs les bénéficiaires des allocations et, en tout état de cause, d'établir une démarcation entre « *pauvres méritants et pauvres indolents* »³. Le clivage ainsi opéré produit d'autres effets : il permet de retrouver une autre thématique, que l'histoire lui a accolée : celle du pauvre dangereux.

II - LA THÉMATIQUE DU PAUVRE DANGEREUX

Cette figure du pauvre dangereux a structuré toute l'appréhension juridique de la pauvreté, des débuts du christianisme jusqu'au XXe siècle. De manière incidente, quoique révélatrice, elle transparait à travers l'étymologie : ainsi, l'insulte « bélétre », en usage au XVIIe siècle, provient de l'allemand « Bettler », mendiant ; de même, « truand » vient du celte « Truag », malheureux, misérable. Cette assimilation que le langage laisse deviner, l'histoire la met fortement en exergue. Il ne s'agit pas de refaire ici l'histoire de la criminalisation de la pauvreté, à travers les figures honnies du mendiant et du vagabond : elle est bien connue et la place manquerait⁴. Elle se caractérise par une chasse impitoyable de ces figures réprouvées,

¹ Brissot, *Traité des lois criminelles*, 1781, cité par R. Castel, La question sociale commence en 1349, *Vie sociale*, 1989, n° 5, p. 22.

² L'opinion publique semble perméable à de telles conceptions : des sondages récents, effectués pour le compte de l'observatoire de la pauvreté, montrent que 56% des personnes interrogées voient dans le refus de travailler la cause première de la pauvreté (Une majorité de Français attribuent l'exclusion à la paresse et non plus aux injustices sociales, *Le Monde*, 9 avril 2004).

³ L. Wacquant, Les pauvres en pâture : la nouvelle politique de la misère en Amérique, *Hérodote*, 1997, n° 85, p. 24.

⁴ Parmi une littérature abondante, v. J. Cubero, *Histoire du vagabondage du Moyen-Age à nos jours*, Imago, 1998 ; J. Damon, *Des hommes en trop. Essai sur le vagabondage et la mendicité*, Éditions de l'aube, 1996 ; D. Roman, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ 2002 ; Ph. Sassier, *Du bon usage des pauvres, histoire d'un thème politique*, Fayard, 1990 ; J.-F. Wagniar, *Le vagabond dans la société française (1871-1914) Recherches sur les procédures de construction d'une identité sociale*, Thèse Histoire Paris I, 1997.

considérées comme « *l'ennemi du citoyen* »¹. Un exemple, parmi une littérature particulièrement fournie : le vœu formulé en son temps par J. Bodin, souhaitant que les magistrats puissent connaître « *de quoi chacun gagne sa vie afin de chasser des Républiques les mouches-guêpes, qui mangent le miel des abeilles, et bannir les vagabonds, les fainéants, les voleurs, les pipeurs, les rufians qui sont au milieu des gens de biens comme des loups entre les brebis* »². Quels que furent les siècles, quels que furent les régimes politiques, le mendiant a toujours été considéré comme dangereux pour l'ordre social et, fort logiquement, la mendicité toujours instituée comme criminelle. Le code pénal napoléonien, incriminant à la fois mendicité et vagabondage, n'a fait sur ce point que s'insérer dans une longue tradition, en multipliant les incriminations relatives à ces états³. Un double fondement justifiait celles-ci : mendiants et vagabonds étaient alternativement présentés comme des individus dangereux, en ce qu'il s'agirait d'états propices au crime⁴, ou de marginaux, dont le refus suspect de travailler témoignerait d'un comportement vicieux⁵. Mais à travers la figure du mendiant dangereux, c'est la pauvreté elle-même qui est suspecte. Le pauvre doit être surveillé, contrôlé, moralisé (voire enfermé⁶) car il est

¹ J.-L. Vives, *De subventionem pauperum*, 1525, cité par Ph. Sassier, précit., p. 70.

² J. Bodin, *De la République*, 1629, VI, chap. 1.

³ Art. 263 à 282 du Code pénal.

⁴ L'affirmation est constante ; à titre d'exemple, G. Scelle pouvait ainsi affirmer : « *le chômage est un fléau social qui engendre la misère endémique et peut aller jusqu'à menacer l'ordre public* » (in *Précis élémentaire de législation industrielle*, Sirey, 1922, p. 332). En cela, ce juriste traduisait une opinion largement répandue sous la III^{ème} République. Plusieurs articles du *Temps* de 1891 dénoncèrent la prétention du vagabond à vivre de la charité publique ou privée : « *il n'est pas seulement un être indigne, il est un être dangereux, qu'il est permis de traiter comme suspect. Celui qui n'a pas trouvé sa fortune dans son berceau n'a que deux façons de se procurer du pain : le travail ou le vol. Le lâche qui se refuse au travail se condamne lui-même Au Vol. Il A Volé Ou Il Volera Demain* » (Leveille, Article Paru Dans *Le Temps*, Juillet Août 1891, Cité Par J.-F. Wagniard, précit., p. 88. Ce dernier relève de nombreux autres exemples de cette grande peur de la fin de siècle contre ces individus antisociaux et conclut qu'à cette époque « *c'est tout le pays qui se dresse contre le vagabond. Une impression totale de rejet et d'incompréhension monte et se traduit par cette idéologie à la fois confuse et claire de défense sociale qu'énoncent, dans un semblant d'harmonie, juristes et médecins* » (id., p. 119)).

⁵ Ainsi, par exemple, pour J.A. Roux, l'individu sans ressources qui ne travaille pas est un être « *dangereux (qui) mérite d'être puni* » car il « *cherche sa subsistance journalière dans des moyens inavouables et généralement délictuels* ». La fainéantise jointe à l'absence de moyens d'existence : un délit à réprimer, *Rev. de criminologie et de police technique*, n° 2, 1951, p. 83 ; dans le même sens : J. Graven, Le délit de fainéantise, une solution de défense sociale, *ibid.*, n° 3, 1951, pp. 163-174).

⁶ On connaît la politique du « *grand renfermement* », mise en œuvre par Louis XIV : en 1662, un Édit royal établit un Hôpital général dans toutes les villes du royaume, dans lequel le roi affirme agir « *non par ordre de police* » mais « *par le seul motif de la charité* » (Isambert, T.

toujours susceptible de se révolter et de devenir dangereux pour l'ordre établi¹.

Là encore, le XX^e siècle traduit une évolution : les poursuites pénales et les condamnations déclinent jusqu'à 1992², où sont abrogés les délits de vagabondage et mendicité³. Or, à l'époque même où le Code pénal était dépolvé devant le renouveau de la question et de la fracture sociales, resurgissait l'image d'un mendiant errant fauteur de troubles, sur le terrain, tout d'abord, des pouvoirs de police municipale avant d'être consacré, là encore, par le législateur.

A - Les prémices : les arrêtés municipaux « anti-mendicité »

Dans le milieu des années quatre-vingt dix, pour faire face à une montée de la marginalité dans leurs communes, de nombreux maires ont édicté, en vertu de leurs pouvoirs de police administrative générale, des arrêtés interdisant, au nom du maintien de l'ordre public, soit certains comportements liés à l'exercice de la mendicité soit la mendicité en elle-même. La lecture des arrêtés, soigneusement motivés, est tout à fait révélatrice : si le maire de Nice affirme que l'arrêté qu'il entend prendre ne vise que « *la nouvelle mendicité* », c'est parce que celle-ci est exercée par des « *mendiants professionnels, parfois organisés en bande, et qui, par la pression morale ou la violence physique, exigent (...) le salaire de leur incivisme et de leur inactivité* »⁴. A Béziers, c'est l'attitude des SDF qui est stigmatisée, car « *susceptible d'engendrer un sentiment de peur ou de*

18, p. 648). La privation de liberté obéit ainsi à une logique disciplinaire : « *ce n'est pas ôster la liberté aux pauvres que de les enfermer, c'est leur ôster leur libertinage* », ajoute un laudateur de cette mesure (Godeau, *Discours sur l'Etablissement de l'Hospital Général fondé à Paris par le Roy en l'année 1657*, A. Vitre, 1657, p. 45, cité par Ph. Sassier, précit., p. 83).

¹ V. en ce sens notamment l'ouvrage célèbre de L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Plon, 1958. Les justificatifs donnés à l'assistance sont également révélateurs de la perception très nette de la dangerosité des milieux les plus défavorisés s'ils étaient laissés livrés à eux-mêmes. Pour une analyse des fondements historiques donnés aux mesures d'assistance aux pauvres, v. notre thèse, précitée, spé. pp. 27-84.

² La moyenne annuelle dans les années vingt à quarante se situe aux alentours de 15 000 condamnations. Ces dernières années, les infractions poursuivies étaient en constante diminution et l'on ne trouvait guère en 1992, au sein de l'ensemble de la population incarcérée, que 3 personnes condamnées pour infraction à la législation sur le vagabondage et la mendicité (sources : Ministère de la Justice, *Rapport annuel de l'administration pénitentiaire*, 1992, La Doc. Fr., 1993).

³ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.

⁴ Lettre du maire de Nice appelant ses administrés à participer à un référendum communal sur la reconduction de l'arrêté municipal du 5 juin 1996 réglementant certaines formes de quêtes.

panique de la part de la population »¹. Sur le même terrain, le maire d'Angoulême vise « *les risques d'atteinte à la sécurité des biens et des personnes, les nombreuses plaintes exprimées par la population (...) l'exaspération grandissante de la population et les conséquences dramatiques qui pourraient en résulter* ». Au total, la comparaison des différents arrêtés est éclairante : la présence de SDF est de nature à nuire à la sécurité publique soit parce que leur mode de vie les incite nécessairement au vol ou à l'agressivité², soit parce que les chiens qui les accompagnent sont perçus comme dangereux, soit, enfin, parce qu'encombrant les rues, ils favorisent les accidents de circulation... De nombreuses communes font également état de motivations relatives à l'hygiène publique : ainsi, le maire d'Angoulême³ vise « *des problèmes d'hygiène et de salubrité constatés* » dans certains endroits de la ville et l'arrêté de Toulon⁴ affirme que les personnes amenées à mendier contreviennent « *aux règles les plus élémentaires de l'hygiène* ». Enfin, une dernière justification est omniprésente dans ces arrêtés : celle tirée des exigences de la tranquillité publique. Ainsi, l'arrêté de Carpentras⁵ souligne « *la situation actuelle (mettant) en évidence la multiplication des actions de mendicité qui troublent la sérénité et le fonctionnement (sic) de l'ordre public* » et que « *le comportement sur le domaine public de certaines personnes porte atteinte à l'ordre et à la tranquillité publics* » et relève « *qu'il appartient à l'autorité municipale de garantir la quiétude des personnes fréquentant les jardins et parcs publics ainsi que les chalands* ». De sorte qu'un profil se dessine nettement à la lecture de ces textes : celui de mendiants dangereux, menaçants, sales et fauteurs de troubles. Les éternels qualificatifs appliqués aux « *bélfîtres et gueux* » resurgissent, et leurs comportements sont constitutifs d'autant d'atteintes à l'ordre public qu'il convient de prévenir.

Or, cette vague d'arrêtés a suscité, à ses débuts, une hostilité unanime, indépendamment du contentieux administratif qui a pu conduire à certaines annulations. Hommes politiques de gauche comme de droite ont rejeté à la fois les postulats (l'assimilation du pauvre à un être dangereux pour l'ordre public) et les conséquences (la pénalisation de la misère que de telles mesures induisent). Tous, nonobstant des sensibilités politiques fort différentes, ont démontré la profonde contradiction entre ces interdictions et

¹ Arrêté municipal du 14 juin 1996.

² L'arrêté de Millau du 25 juin 1996 vise expressément le nouveau Code Pénal et ses dispositions tendant à réprimer le vol et la menace.

³ Arrêté municipal du 10 août 1995.

⁴ Arrêté municipal du 28 août 1995.

⁵ Arrêté municipal du 23 mai 1997.

le souci de réduction de la fracture sociale. Les critiques les plus vives émanèrent alors des membres du gouvernement, dans une parfaite unanimité : du Premier ministre de l'époque, regrettant la facilité qu'il y a à « *prendre un arrêté municipal en disant "il n'y a plus de mendiants, plus de pauvres". C'est se donner bonne conscience à peu de prix, car les mendiants et les pauvres sont toujours là* »¹ au Secrétaire d'Etat à l'Action humanitaire, soulignant qu'« *il faut rompre à tout prix avec le balancier qui, depuis le grand enfermement des pauvres au 17ème siècle, oscille entre la charité et les mesures coercitives à l'égard des mendiants, auxquelles se rattachent les arrêtés municipaux. Pire, ces derniers sont pris sans aucune mesure d'accompagnement. Or, si l'on interdit sèchement la mendicité, les miséreux se déplaceront d'une commune à une autre. On génère ainsi le vagabondage* »² ; du Ministre de l'Intégration qui voyait dans ces arrêtés « *une initiative surprenante* »³ à celui de la Culture écrivant que « *le mendiant ne saurait être l'ennemi de la société moderne* »⁴, tous les pouvoirs publics se sont alarmés de la résurgence d'une interdiction semblant dater d'un autre temps.

Mais, quelques années plus tard, par un curieux mouvement de régression, le phénomène s'est confirmé et modifié à la fois : désormais, le consensus s'effectue en faveur de la pénalisation et, cette fois-ci, le législateur a relayé les édiles locaux

B - La consécration : la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003

Là encore, l'inspiration est américaine, et s'inscrit dans la thématique contemporaine des « *incivilités* », sur laquelle se concentre aujourd'hui l'attention des criminologues anglo-saxons. Le terme rassemble un « *ensemble de conduites différentes, mais aussi fréquentes qu'exaspérantes, comme les sollicitations intempestives, les actes de malveillance ou les comportements agressifs* »⁵. Un certain nombre d'auteurs lient la commission de tels actes au statut social de leurs auteurs. Ainsi, des juristes américains approuvent les mesures prises par certaines municipalités américaines pour interdire la mendicité, afin d'inverser la

¹ A. Juppe, *Le Monde*, 19 juillet 1995.

² X. Emmanuelli, *Gazette des communes*, 7 août 1995, n° 1320/30, p. 7.

³ In L'escalade antimendicité gagne Valence, *Libération*, 18 juillet 1995.

⁴ Ph. Douste Blazy, *Le Journal du Dimanche*, 6 août 1995.

⁵ J. Damon, La mendicité, traque publique, ressource privée, *Recherches et prévisions*, n° 50-51, 1997, pp. 124-125.

tendance exponentielle de ces incivilités¹. Par ailleurs, d'autres auteurs, britanniques quant à eux, se fondant sur une corrélation entre la situation sociale d'individus et les délits commis, ont avancé l'idée que le fait d'être sans domicile fixe pouvait être une situation criminogène et qu'un grand nombre des cas recensés dans leur étude avaient été conduits à commettre des délits en raison de leur dénuement matériel². Cette approche pénale de la question sociale outre-atlantique a été particulièrement analysée par Loïc Wacquant, qui a consacré différents écrits à la criminalisation de la pauvreté aux Etats-Unis, soulignant la tendance à transformer l'Etat social en Etat pénal³.

De telles analyses commencent à apparaître en France, comme en témoigne de façon significative la philosophie générale ayant inspiré le législateur ces deux dernières années. Ainsi, le rapport annexé à la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002 se plaçait sous le signe de la lutte contre les incivilités, en assignant au gouvernement l'objectif de mieux réprimer des délits « quotidiens » tels que la mendicité agressive, la prostitution ou le regroupement dans les halls d'immeubles⁴. Une telle préoccupation apparaissait également à la lecture de l'exposé des motifs de la loi sur la sécurité intérieure, adoptée en mars 2003, ledit texte affirmant vouloir combattre « le développement d'agissements qui troublent la tranquillité publique des citoyens et bafouent leur droit à la sécurité »⁵. Pour y parvenir, et parmi une série d'autres incriminations⁶, le texte crée un délit de « mendicité agressive », caractérisé par « le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeur ou d'un bien »⁷.

¹G.L. Kelling, C.M. Coles, *Fixing broken windows. Restoring order and reducing crimes in our communities*, New York, Free Press, 1996.

²B. McCarthy et J. Hagan, Homelessness : a criminogenic situation ?, *Brit. Journal of criminology*, vol. 31, n° 4, 1991, pp. 393 et s.

³ L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Raison d'agir, 1999 ; *Punir les pauvres*, Agone, 2004.

⁴ JO 30 août 2002, p. 14398.

⁵ Projet de loi n° 30, Sénat, 23 octobre 2002, p. 16.

⁶ Racolage passif, obstruction de hall d'immeuble en bande, différents délits visant les gens du voyage, le texte multiplie les incriminations nouvelles destinées à lutter contre le sentiment d'insécurité dont souffrirait la population française.

⁷ Art. 65 de la loi du 18 mars 2003, art. 312-12-1 du C. Pénal. Cette disposition a été examinée et validée par le Conseil constitutionnel (C. Const., déc. 2003-467, DC du 13 mars 2003, cons. 78 à 80 ; *RFDC* 2003, pp. 573-579, note R. Ghevontian ; *LPA*, 28 mars 2003, pp. 4-26, note J.-E. Schoettl ; H. Rihal, Quand le droit pénal l'emporte sur le droit public : l'exemple de la « mendicité agressive », *RDP* 2003, pp. 371-374).

Or, une telle mesure renoue indéniablement avec une tradition juridique que la thématique de l'exclusion sociale avait contribué à rendre obsolète. La continuité historique est remarquable : sur le terrain traditionnel – la protection de l'ordre public –, avec les mêmes précautions oratoires – le ministre affirmant qu'il ne s'agit pas d'une loi anti-pauvres, mais d'une loi destinée à protéger les plus démunis¹ –, est ainsi reconstruite cette figure juridique du pauvre menaçant. L'exposé des motifs est parfaitement clair sur ce point, en ce qu'il opère un parallèle que l'on pourrait trouver amusant s'il n'était aussi cynique : pour justifier les peines promises à ceux qui mendieraient en utilisant la contrainte, délit punissable de 6 mois d'emprisonnement et de 3750 euros, le texte opère une comparaison révélatrice : « à comparer avec la peine de 6 mois à 2 ans prévue par l'ancien Code pénal, pour réprimer les mendiants qui feindront des plaies ou des infirmités, ou qui mendieront en réunion ». Le but du parallèle est clair : montrer l'humanisme du texte proposé par rapport au Code Napoléon... Mais, puisque comparaison n'est pas raison, l'histoire fourmille d'exemples qui auraient offert aux rédacteurs du texte législatif d'autres sources d'inspiration possibles et le ministre aurait pu élargir son champ de comparaison à d'autres textes qui ont prétendu punir mendicité et vagabondage. Il aurait ainsi pu invoquer la loi sur la relégation sociale du 27 mai 1885, qui se fixait pour objectif de protéger la société contre les traîtres à la patrie², parmi lesquels les mendiants et les vagabonds. La relégation de ces derniers était alors présentée comme une mesure de « *salubrité sociale* », une loi « *d'assainissement social* » destinée à lutter contre un mal « *contagieux* » et « *épidémique* » : l'errance et la marginalité³. Les récidivistes étaient d'ailleurs assimilés aux grands criminels, escrocs et voleurs et frappés d'une peine de relégation perpétuelle. Le ministre de

¹ Devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, auditionné le 11 décembre 2002, le Ministre de l'Intérieur avait été jusqu'à affirmer que « *les mendiants ne seraient pas les cibles mais les bénéficiaires de ce texte, seul le racket déguisé en mendicité étant constitutif d'un délit* »...

² L'idée de leur trahison à l'égard de la société est récurrente tant dans le discours parlementaire (V. le rapport Waldeck-Rousseau, *Rapport à la commission chargée d'examiner la proposition de loi (...) relative à la transportation des récidivistes*, Ch. Députés, 1882, *JO Doc. Parl.*, annexe n° 1332, p. 4) que dans les écrits politiques (V. par ex. T. Homberg, *Etude sur le vagabondage*, Forestier, 1880, pp. 187-188, dénonçant les « *êtres qui ne veulent pas se soumettre à ses lois* », et qui n'apportent que « *le trouble et le désordre* ».)

³ F. Dreyfus, Ch. Députés, séance du 21 avril 1883, *Annales*, pp. 27-32. Les débats à la Chambre des Députés lors des séances des 21 et 26 avril 1883 sont particulièrement instructifs : ainsi, F. Dreyfus met en parallèle les lois d'instruction, celles d'assistance et de prévoyance et les lois pénitentiaires qui « *sont des moyens d'assainissement et d'hygiène morale* » (*JO Déb.*, 22 avril 1883, p. 703).

l'Intérieur aurait pu également souligner la mansuétude de son texte en la comparant à d'autres, plus anciens encore : ainsi, cette ordonnance du prévôt de Paris du 22 février 1388 qui promettait que les mendiants seront « *tellement punis que ce sera exemple à tous* »¹, ou encore cette ordonnance de François 1^{er}, relative aux vagabonds, qui enjoignait « *à toute personne de les tuer, saccager, tailler et mettre en pièces* », les plus suspects « *auront la gorge ouverte au fer chaud et la langue tirée et coupée par dessous* »²... La liste des textes incriminant mendicité et vagabondage traverse l'histoire, et la comparaison opérée par le ministre sonne comme un lapsus prouvant, *a contrario*, l'inscription de son texte dans cette litanie répressive.

Or, l'aspect le plus surprenant d'une telle incrimination n'est pas tant l'illustration du glissement de l'Etat providence français vers un Etat pénitence, sur le modèle américain. Voilà bien longtemps que le phénomène d'imitation des modes américaines n'étonne plus quiconque... En revanche, la rapidité de cette transposition est à souligner. En effet, elle apparaît difficilement compatible avec la construction juridique de la notion d'exclusion sociale, que le législateur met en œuvre depuis la fin des années quatre-vingts. Une volte-face a bel et bien été opérée par le législateur, qui ne s'explique pas par une simple alternance politique³. Le besoin qu'elle traduit de reconstruire la figure fantasmatique, au sens psychanalytique, du pauvre dangereux est tout à fait significatif... Alors que l'arsenal législatif et pénal était suffisamment précis pour réprimer les atteintes à l'ordre public, voilà que la loi institue et désigne des auteurs de troubles qu'il convient de réprimer : la prostituée, le gitan, le mendiant... Il faut bien, dès lors, se résoudre à constater le caractère fragile, si ce n'est formel, du mouvement de proclamation des droits. La tentative de placer le combat contre la pauvreté sous l'angle des droits fondamentaux, ébauchée dans les années quatre-vingt et consacrée par la loi de 1998, semble concurrencée, voire occultée par le retour de la construction politique et juridique du pauvre dangereux pour l'ordre social et l'ordre public. La concomitance de ce phénomène avec les difficultés que connaît l'économie française n'est pas sans signification. Elle souligne le besoin pour une société en crise de se définir et de se protéger par la désignation d'ennemis. Le bolchevik couteau aux dents a cédé la place à d'autres figures ennemies : le terroriste islamiste et le marginal dangereux.

¹ Citée par A. Wexliard, *Introduction à la sociologie du vagabondage*, M. Rivière, 1956, p. 69.

² En date du 27 septembre 1523, citée par A. Wexliard, précit., p. 61

³ La même majorité UMP, à l'époque RPR, condamnait fermement la multiplication des arrêtés municipaux anti-mendicité (v. supra).

Décidément, fonder le lien social a du mal à se pratiquer positivement et l'appartenance sociale suppose de générer des contentieux d'exclusion...

Diane ROMAN

Professeure de droit public, Université François-Rabelais, Tours

L'APPARTENANCE AU « PATRIMOINE CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN »

« Nous savons aujourd'hui que bien des traditions politiques qui exigent autorité en se prévalant de leur caractère naturel ont été en fait "inventées". [...] Il reste que ne porte la marque de la volonté gratuite que ce qui a été construit à partir d'un arbitraire »
J. Habermas et J. Derrida¹.

Dans le climat d'espoir irrationnel de « l'après 89 », les européens convaincus ont pu légitimement espérer que l'idéal démocratique pourrait enfin triompher. Mais les illusions vont très vite se dissiper et avec elles, les rêves de convergence et le mythe d'unification de l'espace européen. Les événements – comme l'éclatement de la Yougoslavie ou les crises dans l'espace de l'ex-URSS – vont donner raison aux pessimistes : il faudrait beaucoup de temps et d'efforts pour construire ce nouvel ordre européen. Dans cette perspective, la Communauté Européenne fit immédiatement figure de maître d'œuvre, « placée brutalement en vedette, [elle fut] sommée par l'histoire d'accélérer encore sa construction pour rester à la hauteur des événements et saisir la chance qui passait d'émerger en tant que puissance [...] »². Et la rencontre entre l'offre et la demande « démocratiques » allait créer de toutes pièces un « marché du droit » où pourraient alors s'engouffrer – sans état d'âme – des experts en tous genres, porteurs de la bonne parole constitutionnelle. C'est dans ce contexte historique très particulier que l'Europe des années 90, en mal de légitimité et d'arguments décisifs a « inventé » un concept : celui de « patrimoine constitutionnel européen ».

Gageons dès à présent que la notion soit restée inconnue du citoyen européen moyen ... et rien de plus normal puisqu'elle ne lui était pas destinée. Notion « incongrue » selon Dominique Rousseau (qui en fut l'un

¹ J. Habermas et J. Derrida, Les manifestations du 15 février 2003 contre la guerre d'Irak ont dessiné un nouvel espace public européen. Europe : plaidoyer pour une politique extérieure commune, in *Rebonds, Libération*, Paris, 31/05/2003.

² J-F. Guilhaudis, *L'Europe en transition. L'esquisse du nouvel ordre européen*. 2^e éd. Paris : Montchrestien, 1998. pp.11-12.

des commentateurs et promoteurs) et « qui paraît ne pas relever du domaine de compétence habituel du juriste »¹. La recherche du patrimoine constitutionnel européen force donc la réflexion et oblige à répondre à un certain nombre d'interrogations essentielles.

L'appartenance au patrimoine constitutionnel européen : mythe ou réalité ? Pour avoir été utilisée de manière abusive, l'alternative a perdu tout intérêt, elle en est même devenue suspecte. D'autres propositions semblent plus pertinentes : le patrimoine constitutionnel européen est-il le résultat d'un constat ou n'est-il qu'incantation ? Est-il réalité historique ou propagande ? Information ou invention ? La liste pourrait être longue ... Quoi qu'il en soit, l'enjeu est d'importance... et les nombreuses interrogations après l'échec – provisoire ? – donne à la réponse un intérêt tout particulier.

Avant d'entreprendre toute analyse, il nous faut d'abord nous interroger sur la pertinence même du concept et sur l'intérêt pédagogique qu'il recèle.

1. La référence au « jus commune » comme instrument de légitimation historique

Dans les années qui suivirent la chute du communisme en Europe, la question de l'existence d'un « droit commun » se posa avec insistance dans les milieux juridiques et notamment dans les milieux comparatistes. Des perspectives concrètes de « renouveau du droit commun » furent mises en évidence. « Les obstacles que rencontrerait la mise en place d'une véritable communauté de droit entre les habitants des différents pays européens ont conduit certains à songer à une résurrection de l'ancien droit commun européen ou à tout le moins à chercher dans les conditions de l'émergence et de la mise en œuvre de cette catégorie de normes, les moyens pour réinventer un instrument comparable »².

L'obligation de faire « vivre ensemble » cette même communauté de droit obligea les juristes à s'interroger. « De là, [...] l'attention renouvelée portée à la notion de *jus commune* : puisque, jusqu'à l'âge des codifications, cette catégorie de normes semble avoir été la clef grâce à laquelle les juristes européens ont été en mesure de fédérer des droits hétérogènes tout en

¹ D. Rousseau, La notion de patrimoine constitutionnel européen. In C.D.D. *Le patrimoine constitutionnel européen. Actes du séminaire UniDem des 22 et 23 novembre 1996*. Strasbourg : les Editions du Conseil de l'Europe, 1997. p. 16.

² M-F. Renoux-Zagame, Le droit commun européen entre histoire et raison. *Droits*. 1991, n°14, p. 27.

respectant leur spécificité, non seulement à l'intérieur des différentes communautés politiques, mais encore, pendant plusieurs siècles, à l'échelon de la plus grande partie de l'Europe, ne peut-elle, en face d'une situation et de difficultés fort proches de celles qu'elle avait contribué à résoudre, fournir encore des esquisses de solutions ? »¹. Cependant, pour O. Beaud, « La longévité exceptionnelle du *ius commune* européen ne suffit pas à expliquer la fascination qu'il a exercé. Il faut y ajouter le fait que les juristes y voient l'archétype de l'esprit juridique européen, un modèle inimitable et indépassable »².

Malgré ces affirmations, la résurgence d'un véritable droit commun était-elle possible ou relevait-elle d'une construction méta-historique, ou même d'un fantasme de l'historien ?³ Et pouvait-on affirmer que ce droit commun « ressuscité » était bien celui auquel se référait l'ancien droit ?

Il s'est alors agi de « réinventer le droit commun »⁴. La référence au *jus commune* devenait utilitaire : elle permettait à la fois de formaliser l'appartenance à un modèle de pensée juridique commune, mais aussi (selon les besoins) d'« inventer » ce modèle à partir d'un idéal démocratique théorique : le « droit commun » comme outil pédagogique (voire démagogique) au service de « technocrates ».

Cette obligation d'intégrer les différents systèmes juridiques européens (et notamment les systèmes orientaux), a fait glisser la notion de *jus commune* jusqu'alors basée sur la raison naturelle et prenant en compte les valeurs culturelles, vers un *droit commun européen* basé sur la raison économique et destiné à gouverner les détails de la vie quotidienne. D'un *jus commune*, expression de valeurs de civilisation et de traditions juridiques (résultante de « ce qui est » ou « a été »), à un droit commun « prospectif » (résultante de « ce qui devrait être » ou de « ce qui sera »), la démarche semble identique : elle vise l'unité juridique. Mais l'émergence du droit commun européen se traduit par un phénomène de pouvoir et d'autorité ; il se veut politique et résulte de rapports de force ou de l'action de groupes de pression. Sa conception ne peut pas aboutir à l'unité juridique de l'Europe. Elle débouche sur la formation de blocs de normes qui ne sont plus conçus comme des parties d'un tout, mais comme des ensembles autonomes sans liens les uns avec les autres.

¹ *Ibid.*, p. 28.

² O. Beaud, Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit commu-nautaire. *Droits*. 1991, n°14, p. 5.

³ Voir sur ce point : A. Cavanna, Il ruolo del giurista nell'eta del diritto comune. *Studia et Documenta, Historiae et Juris*. 1978, qui propose une relecture du droit commun.

⁴ Formule empruntée à M. Delmas-Marty, *Recueil Dalloz*. 1995, chron., p.1.

Cette division n'est évidemment jamais avouée en tant que telle. Mais elle existe, c'est ainsi que la référence au droit commun est devenue *un instrument de légitimation historique*, comme le souligne Norbert Rouland : « Conjuguée au singulier, l'expression de droit commun européen est trompeuse. [...] certains juristes actuels n'y voient qu'une chimère, une reconstruction *a posteriori* née du besoin de légitimité historique de la construction européenne contemporaine »¹.

2. La référence au « patrimoine constitutionnel européen » comme instrument de promotion de la démocratie

C'est dans ce contexte si particulier que la notion de « patrimoine constitutionnel européen » est venue supplanter – pour ne pas dire « dépoussiérer » – celle de « droit commun ». Mais existe-t-il réellement un modèle constitutionnel européen ? Et dans l'affirmative, peut-on penser que tous les Etats d'Europe y appartiennent de la même manière ?

La référence au *jus commune* est censée rassurer et convaincre les Etats les plus réticents qu'il ne s'agit pas d'une *conversion au diktat* européen mais d'un retour à d'anciennes valeurs qu'une parenthèse totalitaire n'aurait en rien affaiblies. D'ailleurs, dès 1950, dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, il est fait référence à « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de la prééminence du droit ». Sous un discours teinté de jusnaturalisme, on voit déjà clairement quelles seront les priorités de l'Europe à construire. Malgré cette antériorité, ce sont principalement les organes européens actuels – notamment le Conseil de l'Europe et la Commission de Venise – qui présentent leur travail comme résultant de la volonté de continuer dans la voie de l'élaboration d'un droit commun. Ils sont aussi les « inventeurs » de l'expression « patrimoine constitutionnel européen ».

- Dans le préambule au statut du Conseil de l'Europe², le patrimoine commun des peuples européens, affirmé au second alinéa, devient « un idéal » qu'il convient de faire triompher progressivement, quatre lignes plus bas.
- « La Commission européenne pour la démocratie par le droit », plus connue sous le nom de Commission de Venise, ville où elle se réunit, est un organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles. Créée en

¹ N. Rouland, *Introduction historique au droit*. Paris : P.U.F., 1998. p. 258.

² Londres, le 5 mai 1949.

1990, la Commission a joué un rôle essentiel dans l'adoption de constitutions conformes aux standards du « *patrimoine constitutionnel européen* »¹. La Commission utilise les termes de « *patrimoine constitutionnel européen* », mais aussi de « *tradition constitutionnelle européenne* » ou encore de « *niveau minimum de démocratie* ».

Dans ses avis, cette dernière ne manque pas d'exhorter les Etats à « respecter les normes minimales de démocratie du patrimoine constitutionnel européen » ou encore de remarquer que « les travaux et avis de la Commission, qui concernent aussi bien les nouvelles que les anciennes démocraties, contribuent à la préservation et à la consolidation du patrimoine constitutionnel démocratique européen par le partage d'expériences et des solutions aux problèmes communs »².

D'autres déclinaisons de la notion de *patrimoine commun* ont été utilisées pour exprimer cet attachement à des valeurs communes. Dans la Déclaration sur l'identité européenne adoptée au sommet de Copenhague, le 14 décembre 1975, les États membres de la Communauté se réfèrent à un « héritage commun » qu'ils se proposent de « recenser ». Ils évoquent « une civilisation commune » qui se traduit par « les principes de la démocratie, du règne de la loi, de la justice sociale (finalité du progrès économique) et du respect des droits de l'homme, qui constituent des éléments fondamentaux de l'identité européenne ».

Ainsi « réinventés », les termes de « patrimoine » – « héritage » – « identité » – « civilisation », recouvrent aujourd'hui pratiquement les mêmes éléments dans le domaine européen : ce sont les libertés individuelles et politiques, la démocratie, le respect du droit ou de la loi. Mais des questions restent néanmoins en suspens : l'affirmation d'une appartenance de tous les Etats européens à ce patrimoine constitutionnel

¹Mis en italiques par nous. « Présentation », Extrait du site de la Commission, consultable sur http://venice.coe.int/site/main/presentation_F.asp?MenuL=F, mars 2005.

²Lettre au Premier Ministre de Slovénie concernant les amendements constitutionnels relatifs au système électoral, 16/10/2000. Autre exemple : « Depuis une dizaine d'années et les bouleversements intervenus en Europe, la protection des minorités est redevenue l'une des préoccupations majeures des publicistes européens. Loin d'être un sujet académique réservé aux spécialistes du droit constitutionnel et de la science politique, elle est un élément central du débat politique et de la réalisation des trois principes fondamentaux du patrimoine constitutionnel européen sur lesquels est basé le Conseil de l'Europe : la démocratie, les droits de l'homme et la primauté du droit. » Projet de rapport n° 010/95 sur le thème : Droit électoral et minorités nationales, Strasbourg, 22 juillet 1999. Consultable sur http://venice.coe.int/site/main/presentation_F.asp?MenuL=F, Octobre 2002.

unique n'est-elle pas un simple « effet d'annonce » et dans ce cas quels sont les buts de ses « inventeurs » ? (I)

Dans le même temps, (parce que nous avons aujourd'hui le recul nécessaire) il faut aussi se demander si l'appartenance à un patrimoine constitutionnel européen ne serait pas un substitut – possible ? – à la formation d'une identité post-nationale » (II)

I - UNE FICTION « OCCIDENTALE »

Le patrimoine européen, s'il existe, ne peut pas être le même pour les États d'Europe occidentale que pour les États d'Europe centrale ou orientale et l'évidence même de cette affirmation autorise à se passer de démonstration. Il y a, certes, des valeurs communes à certaines parties de l'Europe, mais comment affirmer que les libertés individuelles sont élevées au même niveau en Serbie qu'en Italie par exemple ? L'utilisation du terme « patrimoine commun » est donc très contestable : le patrimoine n'est pas constitué, il est à créer ; il n'est pas « donné » mais « construit ». Pour les prescripteurs européens, c'est une manière d'éviter la désaffection. La notion s'ouvre alors vers le futur au lieu de se fermer sur le passé et devient un sujet de propagande, un outil à la disposition des experts en « ingénierie constitutionnelle »¹. « Il y a invention du patrimoine dans les deux sens du terme : on découvre, comme on découvre un trésor, que certaines institutions établies au cours de l'histoire, forment un patrimoine représentant ce qu'il y a de plus précieux dans l'ordre politique et juridique. Il y a également invention au sens d'un acte créateur, on pourrait dire d'un acte performatif : certaines institutions sont érigées en éléments d'un patrimoine et deviennent, par le fait même qu'on les déclare comme telles, des institutions en quelque sorte au-dessus des autres. Cela se réalise dans le même temps que sont énoncés les éléments constitutifs de ce patrimoine »².

¹ On entend par « ingénierie constitutionnelle », la mission de démocratisation d'experts institutionnels ou indépendants à travers les éléments d'un standard constitutionnel européen. Voir sur ce point : S. Torcol, *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne. Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle*. Toulon : Thèse Droit public. 2002. 402 p. (dir. J.-Jacques Sueur), (publication Lille : A.N.R.T.).

² G. Soulier, Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe. In Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit. *Le patrimoine constitutionnel européen. Actes du séminaire UniDem des 22 et 23 novembre 1996*. Strasbourg : les Éditions du Conseil de l'Europe, 1997. pp. 42-43.

Ces particularités expliquent que la notion soit utilisée plutôt comme une hypothèse – incantation ? – mais aussi comme une notion programmatique à destination des Etats candidats.

A – Une hypothèse pour « rendre possible » l'Europe constitutionnelle

« D'où vient le mot ? D'où vient la chose ? » s'interroge fort à propos Gérard Soulier¹.

Le patrimoine constitutionnel européen est une notion difficile à définir : « Pris isolément, chacun de ces trois mots entre dans le champ juridique, et pourtant, rassemblés, ils donnent naissance à une notion qui paraît incongrue, qui paraît ne pas relever du domaine de compétence habituel du juriste. Comment est-il permis de réunir 'constitutionnel' et 'européen' alors qu'il n'y a ni nation européenne, ni Etat européen, ni Constitution européenne ? Quelle signification juridique peut avoir le rapprochement de 'patrimoine' et 'constitutionnel' ? [...] il faut cependant préférer et maintenir la notion de patrimoine constitutionnel européen. Plus souple, plus ouverte aussi que celle de droit constitutionnel européen, elle est posée ici comme une hypothèse pour tenter de comprendre l'Europe constitutionnelle »².

En fait, l'utilisation du terme « patrimoine » n'est pas innocente : les expressions telles que « traditions constitutionnelles » ou « acquis constitutionnels » ou même « principes constitutionnels » auraient pu (ou du ?) lui être préférées. Mais la notion « fait merveilleusement image. Elle est immédiatement valorisée. Elle 'fait droit', [...] sans être du droit »³. Moins passéiste que celle d'héritage ou de traditions, elle apparaît en harmonie avec les conceptions néolibérales (sorte de synthèse entre le principe démocratique et le principe libéral⁴).

La première difficulté à résoudre est donc d'essayer de donner un sens à chacun des mots afin de mieux cerner les intentions des « inventeurs ».

¹ *Ibid.*, p. 40.

² D. Rousseau. La notion de patrimoine constitutionnel européen. précité. p. 16.

³ J-C. Scholsem, Le patrimoine constitutionnel européen. Conclusions. In C.D.D. *Le patrimoine constitutionnel européen... op. cit.* p. 224.

⁴ Voir sur ce point V. Constantinesco et S. Pierre-Caps, *Droit constitutionnel*. Paris : P.U.F. 2004. Coll. Thémis, droit public, p. 219.

1. L'Europe peut-elle se prévaloir d'un « patrimoine » ?

Si l'on s'en réfère à une définition classique, le patrimoine est un fonds, qui ne se limite pas à une communauté nationale. Il a une dimension planétaire. Il est constitué par l'ensemble des objets du passé : chefs d'oeuvre artistiques mais aussi produits de tous les savoirs et savoir faire humains dans leur diversité. Le concept s'est ensuite développé, partant du domaine matériel et artistique, pour recouvrir l'ensemble des champs dont il était originellement exclu. En particulier, il a progressivement pris une signification ethnologique et sociologique, incluant les modes de vie, les productions et les valeurs transmises par la tradition orale.

En simplifiant, on pourrait dire, d'une part, que le patrimoine s'est spécialisé et que, d'autre part, il s'est ramifié considérablement. Ainsi, on parle maintenant de patrimoines immobilier, architectural, religieux, agricole, maritime, industriel, urbain, scientifique, archéologique, linguistique et du patrimoine des communautés culturelles...

Depuis 1996, les Ministres responsables réunis par le Conseil de l'Europe ont confirmé l'idée d'une remise en perspective des rapport entre le patrimoine et la société ou entre le patrimoine et l'identité, puis, à partir de 2001, ils ont tiré les conséquences d'une campagne sur le « patrimoine commun », en mettant en évidence les fonctions sociales de l'héritage du passé.

Sans poursuivre plus loin notre analyse sémantique, acceptons que ce vocable soit « principalement une manière de dire. Sous cet angle, le mot « patrimoine » n'est qu'un signe linguistique relativement commode parce qu'il fait image [...]. Le terme étant valorisé, la référence au patrimoine donne de la valeur aux choses et il y a, en profondeur, une dimension affective qui s'attache à ce terme : inscrire tel objet, telle institution au patrimoine, c'est vouloir, en quelque sorte, les placer sur un autel, et à l'abri du temps ».¹

« Patrimoine » pour réveiller notre inconscient collectif, mais encore faut-il que les archétypes auxquels il est fait référence soient « lisibles » par tous les européens.

2. Quelles frontières pour un droit commun ?

« Grande question que celle des limites de l'Union européenne. On la prend souvent pour une autre : les limites de l'Europe. De là, on réfléchit

¹ G. Soulier, Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe. précité. pp. 41-42.

tantôt dans la direction des limites physiques ou géographiques, tantôt dans la direction des limites culturelles ou historiques »¹. Et cette confusion existe depuis des siècles.

Le penseur grec Hérodote, qui vécut il y a 2500 ans, utilisait le terme « Europe » pour désigner l'ensemble de tous les pays menacés par les Perses d'Asie. Pour lui, l'Europe se définissait par une négation. Ce qui était à l'extérieur du monde perse, c'était l'Europe. Aujourd'hui, comme hier, ce qui est frappant, c'est qu'aucun texte historique n'a précisément défini les frontières de l'Europe. En ce début de troisième millénaire l'espace européen n'est toujours pas territorialement défini. « Les contours européens ne dépendent d'aucune limite naturelle, leur tracé – en perpétuelle évolution – ayant toujours relevé de choix politiques »². Géographiquement, on parle de continent européen mais la division du monde en continents, qui constitueraient des ensembles géographiques cohérents, fait toujours partie des représentations communes largement véhiculées. C'est au XVII^e siècle que l'on a pris conscience d'une Europe allant « de l'Atlantique à l'Oural » (selon une formule désormais consacrée). Il s'agit donc d'une convention récente. On se souvient des formules de Paul Hazard évoquant l'Europe du XVIII^e siècle, de Montesquieu à Lessing : « L'Europe, qu'était-ce au juste ? On ne le savait pas. Vers l'Est, ses limites étaient incertaines ; à l'intérieur, elle n'avait pas toujours eu les mêmes divisions, par rapport aux peuples qui l'habitaient ; son nom même s'expliquait mal »³.

L'Europe continentale n'a jamais eu de contours et de frontières fixes, les guerres, les alliances et les traités sont venus les modifier en fonction des intérêts politiques des acteurs de l'histoire. La recherche des frontières de l'Europe apparaît vaine et conduit à constater qu'il n'est pas possible de proposer une définition géographique précise. Ainsi, loin d'être une évidence naturelle, l'Europe est un produit de l'histoire⁴. Lors de sa création en 1951, la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, composée de six pays, ne représentait qu'une fraction de l'espace continental. Actuellement, l'Europe continentale ressemble à un espace fragmenté de quarante-cinq Etats, avec au moins cinquante nations ou entités culturelles et linguistiques à vocation nationale. Les élargissements successifs ont redessiné complètement la carte de l'Europe.

¹ J.M. Ferry, *Quelle identité pour l'Europe ? Les voies d'une intégration post-nationale*. Consultable sur http://users.skynet.be/sky95042/Identite_Europe.doc. Avril 2005.

² G. Le Quintec, *Quelles frontières pour l'Europe ?*, l'Europe en perspective, Cahiers français, n°298, p. 3.

³ P. Hazard, *La pensée européenne au XVIII^e siècle, De Montesquieu à Lessing*, Paris : Fayard, 1963. Coll. Les Grandes études littéraires, p. 422.

⁴ G. Le Quintec, précité, p. 3.

En 1992, dans son rapport sur *L'Europe et le défi de l'élargissement*, la Commission écrivait : « Le terme "européen" n'a pas reçu de définition officielle. Cette notion associe des éléments géographiques, historiques et culturels qui, tous, contribuent à forger l'identité européenne. L'expérience commune liée à la proximité, le fond commun d'idées et de valeurs et l'interdépendance historique ne peuvent pas se résumer en une formule simple, et leur contenu est susceptible de changer au gré des générations successives. La Commission estime qu'il n'est ni possible ni pertinent de fixer à l'heure actuelle les frontières de l'Union Européenne, dont les limites seront tracées au cours d'une période à venir de plusieurs années ».

Malgré cette promesse, le texte du « Traité constitutionnel » proposé en 2003 n'a pas clairement tranché la question : « L'union est ouverte à tous les Etats européens qui respectent ses valeurs et qui s'engagent à les promouvoir en commun »¹. *Quid* d'une définition précise de ce qu'est un Etat « européen »² !

Quant à la doctrine, elle n'est guère plus précise. Si l'on en croit Gérard Soulier, « on ne peut [...] concevoir que l'Europe puisse s'étendre de manière illimitée. La politique ne peut s'affranchir totalement des données de la géographie physique comme de celles de la géographie humaine »³. Ni surtout de notion de « civilisation ». Il n'y a pas une mais plusieurs civilisations européennes ; la civilisation occidentale l'ayant emporté sur les autres par le rayonnement de sa puissance, au point que la notion de civilisation européenne est identifiée à celle de civilisation occidentale. Et ce phénomène a pesé fortement sur la vie politique de l'Europe : la civilisation occidentale se caractérise autour de trois notions qui définissent son idéologie : libéralisme, démocratie, capitalisme.

Des auteurs comme André-Jean Arnaud⁴ ont préféré mettre en évidence l'existence d'un « langage juridique commun » qui permettrait d'affirmer « une Europe de la pensée juridique »⁵.

¹ Mis en italiques par nous. Partie I, article 2 du « Traité établissant une Constitution pour l'Europe ».

² Au sens d'Etat appartenant à l'Union européenne.

³ G. Soulier, *L'Europe. Histoire, civilisation, institutions*. Paris : Armand Colin, 1994. p. 96.

⁴ A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*. Paris : P.U.F., 1991. 304 p.

⁵ « Comme on l'imagine aisément, le concept d'Europe est, d'une certaine manière, ambigu : l'Europe physique ne coïncide ni avec l'Europe humaine, ni avec l'Europe linguistique, ni avec l'Europe politique, dans les multiples transformations qu'elle a connues au cours de son histoire, ni même avec l'Europe des diverses ententes économiques. L'Europe juridique, quant à elle, suit celle des nations qui la composent, depuis que l'attache territoriale a remplacé l'attache personnelle... ce qui remonte au haut Moyen Age !

Mais là encore, aucune proposition ne permet de fixer définitivement les limites d'un droit commun. Et la démonstration de l'auteur perd de sa force, quand il affirme : « Certes, la formation d'une confiance juridique européenne, condition *sine qua non* de l'élaboration d'une pensée juridique européenne, souffre de sérieux handicaps. Il est affligeant, par exemple, de constater que trop peu encore de philosophes et de sociologues juristes appuient leur activité d'enseignement et de recherche sur un thème européen. Trop peu font l'effort de prendre les institutions et la jurisprudence européennes comme source de leur documentation et de leur réflexions »¹. Mais la conclusion de l'auteur est encore plus inquiétante : « A vrai dire, notre raisonnement ne doit pas être celui d'un nationalisme européen, qui se créerait plus ou moins arbitrairement et artificiellement contre d'autres interlocuteurs dans le monde ; il doit être celui de penseurs réalistes, qui savent bien qu'un droit mondial unique n'a aucun sens, surtout dans la mesure où la réflexion sur le droit nous convainc de la nécessité de faire place à un pluralisme juridique, à une approche pragmatique des réalités sociojuridiques, au relativisme. Ici, nous devons être persuadés de l'importance des cultures nationales et régionales dans le processus de production et de mise en oeuvre d'un droit européen qui ait quelque chance de rencontrer la faveur de ceux qui sont appelés à le vivre au quotidien »².

A partir de ces quelques réflexions, on peut légitimement se demander si le concept de patrimoine constitutionnel européen a encore un

Cependant, on l'aura compris après tout ce qu'on vient d'en dire, l'évocation d'une Europe de la pensée juridique n'est pas aussi ambiguë que cela. Si l'on considère la période contemporaine, on se rend compte que les Congrès scientifiques réunissant des chercheurs qui réfléchissent sur le droit et la pratique juridique, notamment des sociologues juristes, des théoriciens ou des philosophes du Droit, comptent des participants (je ne dis pas des « observateurs ») appartenant à de nombreuses nationalités. Un langage commun existe, et aussi des références théoriques et souvent même techniques communes, un ensemble méthodologique commun, j'allais dire, si je ne craignais une confusion sémantique, un code commun, qui permet de saisir non seulement le sens du dit, mais aussi le poids du non-dit. Cet arrière plan – je préfère ici utiliser le terme *background*, qui suggère un enracinement qui n'apparaît pas dans la traduction qu'en livre la langue française – s'explique par l'histoire autant que par la géographie : nécessité d'une histoire de la pensée juridique européenne.

Sans oublier que nous sommes nous-mêmes inscrits dans cette histoire, et que l'Europe telle que se dessine aujourd'hui dans les traités et les conventions, n'est pas forcément à l'image de ce que sera l'Europe dans dix, vingt, cinquante ou cent ans. Notre espoir, bien entendu, est qu'elle voie entrer dans son sein ceux qui n'y sont pas encore, et que les liens qui s'y tissent ne cessent de se renforcer. Or, sur ce point, l'histoire nous livre, sinon un enseignement – ce qui serait trop facile – du moins des pistes de réflexion. » *ibid.*, p. 45.

¹ A.-J. Arnaud, *Ces âpres particularismes ... Droits*, 1991, n°14, p. 25.

² *Ibid.*, p.26.

sens si l'on étend indéfiniment l'élargissement de l'Union Européenne. S'il semble acquis qu'il existe des valeurs constitutionnelles communes en Europe occidentale, il n'en va pas de même pour l'Europe balkanique. L'adjectif « européen » est par conséquent mal choisi. Le patrimoine – si patrimoine il y a – n'est pas celui de toute l'Europe. Les siècles d'empires byzantin, ottoman ou tsariste démontrent que l'Ouest et l'Est de l'Europe n'ont pas vécu la même histoire et n'ont pas les mêmes valeurs. En étant totalement objectif, on peut même affirmer que l'esprit occidental se retrouve, non pas à l'Est, mais hors du continent européen. Selon le constat – récent – de deux grands philosophes (Jacques Derrida et Jürgen Habermas) : « Il existe sans nul doute une forme d'esprit occidental enracinée dans la tradition judéo-chrétienne qui possède des traits caractéristiques. [...] Une civilisation déchirée par les conflits, le christianisme et le capitalisme, la science de la nature et la technologie, le droit romain et le code Napoléon, l'urbanité, la démocratie et les droits de l'homme, la sécularisation de l'Etat et de la société, tous ces acquis se sont étendus à d'autres continents et ne sont plus l'apanage de l'Europe. [...] Cet habitus intellectuel qui se distingue par son individualisme, son rationalisme et son activisme est partagé avec les Etats-Unis, le Canada, l'Australie. *L'«Occident» comme configuration intellectuelle dépasse désormais l'Europe.* L'Europe est, en outre, composée d'Etats-nations qui ne cessent de se démarquer les uns des autres de manière polémique »¹.

Cette position tout à fait défendable ne contribue pas à éclairer notre notion, bien au contraire !

Concept déclaratif ou réognitif, le patrimoine constitutionnel européen peut-il encore justifier d'un quelconque contenu « constitutionnel » ?

3. Le « critère constitutionnaliste »²

« [...] le critère que j'appellerai « constitutionnaliste » apparaît, dans l'ordre « lexicographique », comme le premier critère d'appartenance à l'Union. Il s'agit de subordonner cette appartenance à une adhésion claire et sans ambiguïté aux principes de l'Etat de droit démocratique. Ce critère exprime des conditions d'inclusion comme d'exclusion »³.

¹ J. Habermas et J. Derrida, Les manifestations du 15 février 2003 ... article précité. 31/05/2003. (mis en italiques par nous).

² Expression empruntée à J. Marc Ferry, Quelle identité pour l'Europe ? Les voies d'une intégration post-nationale. Consultable sur http://users.skynet.be/sky95042/Identite_Europe.doc. Avril 2005.

³ *Idem*.

Dominique Rousseau n'hésite pas à assimiler le patrimoine constitutionnel européen à « l'ensemble des principes identifiant la démocratie constitutionnelle »¹. Or, s'il n'est pas absolument faux de se référer à une culture européenne enracinée dans notre histoire, il est plus difficile de justifier une culture constitutionnelle commune. L'hypothèse d'un patrimoine constitutionnel européen peut sans doute permettre de dégager des critères de convergence dans les différents Etats européens. Mais ces critères semblent très difficiles à établir. D'ailleurs Dominique Rousseau n'y voit qu'« un bric-à-brac constitutionnel »². Et l'auteur de préciser : « s'y mêlent tant les Monarchies que les Républiques, la démocratie que les dictatures, la protection des droits de l'homme que leur négation, l'idée fédérale que l'idée jacobine, la primauté du Parlement que sa soumission au pouvoir exécutif, ou encore l'abaissement du pouvoir judiciaire que la reconnaissance de son indépendance. C'est pourquoi, sans doute, les héritiers, c'est-à-dire les Européens aujourd'hui, ont fait jouer un droit d'inventaire, choisissant dans la succession les biens qu'ils voulaient garder et faire fructifier, laissant les autres en déshérence ».

Les « héritiers »³ auraient choisi comme autant d'éléments constitutifs de ce patrimoine « les droits fondamentaux des personnes », « les règles essentielles de la démocratie pluraliste », « les droits d'expression pour les minorités et le respect d'un Etat de droit »⁴. Selon les moments, ou encore les opportunités, peut-être aussi en fonction d'une prise de position institutionnelle, ils y ont ajouté « la séparation des pouvoirs » et « le contrôle de constitutionnalité des lois ». L'idée qu'il existe des droits individuels, naturels, universels et innés, opposables à l'Etat en tous lieux et en tous temps, est une des idées de base de la civilisation contemporaine. C'est la Révolution française qui, en proclamant les droits de l'homme, a rappelé un principe souvent méconnu et depuis 1789, l'idée de droit individuel s'est répandue dans toute l'Europe occidentale.

« Dans la formation d'un Droit européen, les droits de l'homme ont joué un rôle primordial, apparaissant, selon le mot de Pierre Bourdieu, comme un véritable "capital symbolique" à la disposition des juristes

¹ D. Rousseau, La notion de patrimoine ..., précité, p.17.

² Mis en italiques par nous. D. Rousseau, *Idem*.

³ Mais qui sont ces « héritiers » ? D. Rousseau avance les « Etats européens » mais sont-ce ceux de l'Europe des 6 ? des 9 ? des 12 ? des 15 ? des 25 ?.

⁴ « Il s'agit autant de valeurs universalistes qui font incontestablement partie du patrimoine commun de l'Europe (la démocratie représentative et les droits fondamentaux) que de valeurs propres à la Constitution d'un seul ou de quelques Etats européens » : B. Witte, De Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales. *Droits*. 1991, n°14, p. 90.

européens »¹. La conscience européenne exige également la séparation des pouvoirs, pouvoir politique et économique, pouvoir temporel et pouvoir religieux, pouvoir civil et militaire. Depuis la chute du communisme, la plupart des États d'Europe centrale et orientale proclament ces valeurs. Mais à des degrés différents et avec des motivations différentes. En effet, jusqu'en 1989, les Constitutions mettent en place des régimes très hétéroclites. Il n'y a pas un modèle mais pratiquement autant de systèmes que de textes constitutionnels. « A première vue, les modes de gouvernement des douze Etats-membres de la Communauté Européenne semblent relever de systèmes politiques différents. Six Monarchies côtoient six Républiques. Neuf régimes parlementaires (dont trois rationalisés) cohabitent avec trois régimes présidentiels. Un seul pays, la Grande Bretagne, connaît le bipartisme pur ; les autres se partagent entre le bipartisme à deux partis et demi et le multipartisme avec ou sans parti dominant. Quelle diversité si on la rapporte à l'uniformité des modes de gouvernements pratiqués par chacun des cinquante Etats américains ! »².

Ces quelques réflexions tendent à démontrer l'hétérogénéité politico-culturelle de l'Europe. Il n'existe pas une Europe mais bien une histoire européenne faite de différences et de particularismes qu'aucune volonté politique ne pourra uniformiser de manière autoritaire : « Il y a toujours deux Europes et la solidarité entre l'Ouest et l'Est n'est ni une donnée de l'histoire ni une réalité du présent »³. Il existe donc bien un paradoxe dans le choix de la démocratie constitutionnelle comme représentation des valeurs communes européennes.

« Le critère constitutionnaliste est donc proprement politique. Mais le fait qu'il se réfère aux valeurs universalistes *d'un sens commun démocratique occidental*, lequel fut historiquement élaboré en Europe, fait soupçonner une sorte de dogmatisme « droits de l'homme », forme d'arrogance intellectuelle qui nierait la spécificité des cultures et le droit à la différence »⁴.

C'est la raison pour laquelle, les valeurs sélectionnées dans ce patrimoine ne seraient pas le résultat rationnel d'une sorte de « plus petit dénominateur commun » (PPDC) mais plutôt l'affirmation d'un « *standard*

¹ A.-J. Arnaud, *Cet âpre particularisme ...* précité. p. 24.

² J.-L. Quermonne, Existe-t-il un modèle politique européen ? *R.F.S.P.* 1990, n°1, p. 201.

³ G. Soulier, *L'Europe. Histoire, civilisation, institutions. Op. cit.*, p. 369.

⁴ Mis en italiques par nous. J.-M. Ferry, La démocratie au-delà des nations. Réflexions sur la citoyenneté européenne et ses limites, in : Simone Bateman-Novaes, Ruwen Ogien, Patrick Pharo (éds.), *Raison pratique et sociologie de l'éthique.* (Hommage à Paul Ladrière), Paris : CNRS Editions, 2000.

minimum européen », arbitrairement et autoritairement érigé en patrimoine. L'authenticité du contenu est contestable, de même qu'est contestable le terme de « patrimoine », transformé pour les besoins de la cause, en création européenne n'exprimant qu'une potentialité virtuelle et non pas le constat d'une étude objective. Les concepteurs de cette nouvelle unité de mesure ont fondé leur inspiration sur des considérations de projection politique, laissant de côté les variables historiques et culturelles. Pour utiliser une métaphore, il s'agirait en somme, d'hériter de biens ou de valeurs provenant d'un patrimoine étranger, et avec lesquels certains des légataires n'auraient aucun sentiment d'appartenance¹.

Le terme de « patrimoine commun européen » exprimerait alors une déclaration d'intention : celle d'imposer aux Etats de l'Union européenne, un standard minimum de démocratie.

B – Une notion « programmatique » pour imposer un « standard minimum de démocratie »

Dans un ouvrage de synthèse très récent sur « *Le droit du Conseil de l'Europe* »², les auteurs dénoncent la division idéologique de l'Europe qui a longtemps prévalu : « la conception de la démocratie défendue par les Etats de l'Europe occidentale membres du Conseil de l'Europe ne coïncidait pas avec celle qui prévalait dans la partie orientale de l'Europe, de même qu'existaient des divergences profondes sur les principes fondamentaux du droit et l'organisation de la justice. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, l'Europe orientale s'était en effet alignée *nolens volens* sur le système soviétique et avait généré ses propres organisations régionales, le Comecon et le Pacte de Varsovie. Le droit international régional qui en découlait était d'ailleurs considéré à l'intérieur du bloc socialiste comme supérieur au droit international général ». Ce n'est qu'avec la chute des dictatures communistes que la division de l'Europe a pu cesser, permettant la

¹ « Il n'y a rien, bien entendu, qui les empêche de faire valoir des droits à l'égard de ce patrimoine. Mais en ont-ils la même jouissance ? [...] Serait-ce à dire que, parmi les héritiers, certains pourraient prétendre à une sorte de droit du majorat ? Parmi divers héritiers, tout autant présomptueux que présomptifs, certains semblent y prétendre en effet, de l'Angleterre « mère des parlements » à la France « patrie des droits de l'homme », comme si leur histoire en avait fait les conservateurs désignés du patrimoine juridique commun ou, si l'on veut, les gardiens des « bijoux de la famille », et leur donnait, par là même, quelque titre à prévaloir sur le continent. » In G. Soulier, *Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe...* art. précité. pp. 51-55.

² F. Benoit-Rohmer, et H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*. Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe. Janvier 2005. pp.132 et s.

réunification de celle-ci autour des valeurs défendues et définies par le Conseil de l'Europe. « Pressé par les démocraties nouvelles qui avaient hâte d'être accueillies en son sein, celui-ci a très vite réagi en décidant son élargissement aux Etats d'Europe centrale et orientale »¹.

A la suite de la chute du mur de Berlin, les pays d'Europe centrale et orientale ont tous rapidement demandé à adhérer au Conseil de l'Europe. Leur intégration dans la famille des démocraties européennes leur paraissait indispensable pour légitimer les institutions politiques nouvellement mises en place et stabiliser le processus démocratique. Leur adhésion au Conseil de l'Europe ne devait constituer dans leur esprit qu'une étape d'un processus dont la finalité était à plus long terme l'adhésion à l'Union européenne et à l'OTAN. C'est pourquoi le Conseil de l'Europe a parfois été qualifié « d'antichambre » de l'union européenne, voire de « purgatoire » mais aussi d'« école de la Démocratie ».

Et le statut du Conseil de l'Europe² va imposer ses conditions : pour en devenir membre, un Etat doit être européen, démocratique, respecter la prééminence du droit et garantir les droits de la personne (« de l'Homme ») à « toute personne placée sous sa juridiction ». C'est principalement de ces dispositions que ressortent « les standards » du Conseil de l'Europe. Mais cette première lecture démontre à quel point il est difficile de dégager de ces impératifs plus que des « lignes directrices » sans véritable contenu concrets. D'ailleurs, la condition d'un système démocratique de gouvernement n'apparaît nulle part expressément.

Et que penser du respect de ce standard, lorsque l'on sait que la Russie a été intégrée en pleine guerre de Tchétchénie (28 février 1996) et que la Turquie (membre du Conseil de l'Europe depuis ... le 9 août 1949), pose également problème quant à la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Dans ces conditions, il serait assez tentant de considérer que l'ouverture du Conseil de l'Europe aux ex-démocraties socialistes traduit en réalité un abaissement des standards de l'admission. Et si la référence au patrimoine constitutionnel européen a pris autant d'importance, c'est qu'elle est censée venir préciser les éléments de la démocratie constitutionnelle.

On voit donc à quel point le patrimoine constitutionnel européen est instrumentalisé et artificiel. Mais « cette pensée de laboratoire » ne peut-elle avoir quelques vertus ? A y regarder de plus près, ne peut-on trouver, dans

¹ *Idem.*

² Notamment à l'article 3 en liaison avec l'article 4 et le préambule.

l'appartenance à ce patrimoine, la possibilité de faire naître un sentiment identitaire qui pourrait compenser l'absence de peuple européen ?

II - UN SUBSTITUT « IDENTITAIRE »

L'idée d'un droit européen relève d'une thématique ancienne : empruntée à Burdeau et à Hauriou, elle signifie, fondamentalement que toute institution, tout ordre juridique impliquent l'adhésion des sujets qui les composent à un ensemble de valeurs partagées. Les sociologues appellent cela la culture politique et l'idée de nation dans l'acception spiritualiste qui en a été donnée en France à l'aube de la III^e République¹ est parfaitement représentative de cette fonction intégrative de la notion de culture – idée de droit. Nous allons essayer de montrer que celle de patrimoine constitutionnel européen n'est pas loin d'avoir la même fonction mais que précisément parce que nous changeons d'échelle, elle doit être ajustée ou remise sur le chantier.

J. Chevallier a parfaitement mis en lumière ce phénomène de « dénationalisation » à propos de la mondialisation du droit². Il s'agit de penser l'Etat sans ses éléments constitutifs, pour utiliser la terminologie traditionnelle, autrement dit de « concevoir un Etat métanational ou, plus modestement, une unité " sympolitique " au-delà de l'Etat-nation »³.

Ce phénomène de mondialisation a contribué à réduire les distances. Une extraordinaire prolifération de relations transnationales a entraîné le redéploiement des fonctions de l'Etat-nation dans la mesure où ce dernier a eu pour nouvelle perspective politique de gouverner dans un système où il devait assurer la régulation des politiques publiques. « On a pu percevoir [...] combien le cadre conceptuel de l'Etat-nation constituait le paradigme à partir duquel toutes les notions du droit constitutionnel moderne avaient été pensées et construites »⁴. Or, désormais, certaines notions clés du droit

¹ Nous nous référons ici à la très célèbre conférence prononcée par Ernest Renan en Sorbonne, Qu'est-ce qu'une Nation ?, en 1882 : « [...] la possession en commun d'un riche legs de souvenirs [...] ». Consultable sur http://ourworld.compuserve.com/homepages/bib_lisieux/nation01.htm (20 octobre 2002).

² J. Chevallier, La mondialisation de l'Etat de droit. In M. Borgetto, (dir) *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*. Paris : L.G.D.J., 1999, pp. 325-337.

³ J-M. Ferry, *La question de l'Etat européen*. Paris : Gallimard, 2000. p. 15. Coll. N.R.F. Essais.

⁴ V. Constantinesco, – Rapport Lauvaux. In J-F Flauss, (dir) *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ? Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993*. In *R.U.D.H.* 29 décembre 1995, vol. 7, p. 450.

constitutionnel semblent devoir s'apprécier en dehors du seul cadre de l'Etat. Simplement parce que celui-ci n'est lui-même qu'une formation historique appelée à évoluer, à se transformer, et dont la longévité n'est pas nécessairement le signe de la pérennité.

Par conséquent, il nous faut concevoir « une constitutionnalisation internationale »¹ représentant à bien des égards, le prolongement du constitutionnalisme que nous avons connu au niveau national. Le contexte est inédit : la formation d'une identité politique européenne ne viendra pas de la volonté du peuple – puisqu'il n'existe pas encore – mais d'une volonté d'appartenance – de tous les peuples européens – à une entité européenne basée sur la réalisation de principes communs.

On en est ainsi conduit à dépasser les cadres théoriques existants et à proposer des concepts de substitution. Le patrimoine constitutionnel européen pourrait, dans l'esprit des juristes les plus « dissidents », remplacer la nation et justifier le déplacement des normes d'un ordre juridique en extinction (l'ordre juridique fondé sur l'Etat) vers un ordre juridique en formation (l'ordre juridique fondé sur une entité supra-étatique). Le patrimoine constitutionnel européen conserverait le rôle instrumental décrit dans la première partie, mais il serait utilisé en fonction de deux buts complémentaires : dans un premier temps, l'adhésion à des valeurs démocratiques – standard minimum – puis la formation d'une identité européenne post-nationale. Il est clair, cependant, qu'une telle conception ne va pas sans difficulté : « [...] est-ce vrai ; probable ; [*s'interroge J. M. Ferry*] ou seulement possible ? [...] l'Europe moderne s'est formée et structurée à travers les nations. La structuration nationale est essentielle à l'espace européen »². Comment, dans ces conditions, dépasser nos fixismes ?

A – Patrimoine constitutionnel européen ou patriotisme constitutionnel, creuset d'une culture politique commune

Depuis que la construction d'une Europe politique est à l'ordre du jour, l'identité politique du « peuple européen » se pose dans les termes d'une appartenance qui ne se confond pas avec les attachements traditionnels à la région, à la nation, au territoire, à la langue ou même à une histoire commune. Selon J. M. Ferry, « la cohésion de la Communauté européenne a, en effet, besoin d'un « patriotisme », mais à condition que celui-ci soit

¹ Voir R. Dehousse, Naissance d'un constitutionnalisme transnational. *Pouvoirs*. 2001, n° 96, p. 21.

² J-M. Ferry, *La question de l'Etat européen op. cit.* p. 15.

désormais au-delà du nationalisme. C'est pourquoi le principe post-national d'un *patriotisme constitutionnel* prend ici de la pertinence »¹. La possibilité de former une identité européenne pourrait alors se fonder, non plus sur l'appartenance à la nation mais sur l'appartenance à un *patrimoine constitutionnel européen*, ou encore par l'émergence de ce « *patriotisme constitutionnel* »². Pour cela, il suffit de changer de référent : du cadre de l'Etat-nation à celui d'une Europe politique ou d'une « constellation postnationale »³ capable de réunir sur son nom, les principes d'un droit cosmopolitique⁴.

L'expression de « *patriotisme constitutionnel* » est née à la fin des années 1970 dans les débats allemands et a ensuite été introduite par Dolf Sternberger et Jürgen Habermas « dans le contexte du *Historikerstreit*, c'est-à-dire de la controverse qui éclata entre des intellectuels Ouest-allemands, en été 1986, au sujet du passé national-socialiste »⁵. Contrairement à une croyance répandue, ce n'est donc pas Habermas qui a inventé ce terme ; mais il l'a « popularisé » afin de désigner une forme de loyauté démocratique « post-nationale ». Habermas cherchait à définir une forme d'attachement politique fondée essentiellement sur les principes moraux universels contenus dans les Constitutions européennes – et non plus sur les histoires nationales et les traditions culturelles particulières : « J'ai proposé, en 1986, le concept de « *patriotisme constitutionnel* » afin de rappeler, dans une Allemagne encore divisée et contre la vision ethnique de la nation, le fait que la République fédérale d'Allemagne représentait une nation de citoyens qui pouvaient être fiers d'avoir surmonté leurs ressentiments anti-occidentaux ainsi que d'avoir créé des institutions démocratiques stables. Pour atteindre cet objectif, la réunification ne fut pas nécessaire. L'ancienne République fédérale a donc fourni un exemple de ce que l'Etat-nation démocratique n'a pas pour fondement une communauté d'origine, mais une Constitution et une culture politique communes »⁶. Le *patriotisme constitutionnel* s'oppose ainsi

¹ J.-M. Ferry, Quel patriotisme au-delà des nationalismes ? Réflexions sur les fondements motivationnels d'une citoyenneté européenne, in : P. Birnbaum (Dir.), *Sociologie des nationalismes*, Paris : PUF, 1997.

² « Patrimoine constitutionnel européen » ou « Patriotisme constitutionnel », les deux expressions, synonymes, ont une sonorité identique.

³ Voir J.-M. Ferry, *Quelle identité pour l'Europe ?...* art. précité. p. 13.

⁴ Voir en ce sens S. Pierré-Caps, *Problématique de la Constitution européenne. Civitas Europa*, septembre 2000, n°5, p. 138. L'auteur y affirme que « ce patrimoine constitutionnel est lui-même au principe d'une identité européenne, non plus nationale mais *constitutionnelle*, qui apparaît finalement très proche du patriotisme constitutionnel cher à Jürgen Habermas ».

⁵ J.-M. Ferry, *Quel patriotisme au-delà des nationalismes ? ...* art. précité.

⁶ J. Habermas, *Pas d'Europe sans constitution commune ! Le point*, 13/04/2001 – n°1491.

explicitement au « nationalisme traditionnel », et en particulier à l'attachement sans mélange aux histoires nationales. Mais il a également été conçu comme substitut ou alternative, tant aux versions plus libérales du nationalisme, qu'au cosmopolitisme radical seulement épris de justice mondiale. Il devrait également être compris comme un attachement critique et réflexif, bien adapté à la nature particulière de l'Union Européenne. Ainsi que l'a remarqué Patchen Markell, « le patriotisme constitutionnel doit être compris, non comme un processus d'identification simple et sûr s'appuyant sur un ensemble pur de valeurs universelles pré-existantes, mais plutôt comme une pratique politique consistant à refuser et à résister aux identifications particulières - à insister et à rendre manifeste cet échec de l'équivalence - au profit d'un projet d'universalisation permanent, toujours incomplet et souvent imprévisible »¹. En d'autres termes, le patriotisme constitutionnel se conçoit comme une proposition modeste et c'est là, selon nous, la seule différence notable avec la notion de patrimoine constitutionnel européen.

Patriotisme constitutionnel, patrimoine constitutionnel européen : les mots importent d'ailleurs assez peu. Ils reflètent simplement les différentes conceptions – philosophiques ou constitutionnalistes – d'un même problème. Ce qui est essentiel, c'est l'intensité du sentiment d'appartenance à l'entité européenne. Cette convergence des valeurs provoque un bouleversement des référents constitutionnels. Habermas exige que les Européens « ajoutent un nouvel étage (européen) » à leurs identités nationales, ou les élargissent à une « dimension européenne ». Mais l'identité européenne « n'est pas une maison ensoleillée avec une belle terrasse sur laquelle soufflerait la brise fraîche du cosmopolitisme, tandis que les démons nationalistes resteraient enfermés dans la cave ; encore moins une forteresse »². Reste que, malgré certaines réserves, l'utilisation de concepts nouveaux – même s'ils sont artificiels – pourraient signer l'acte de naissance de l'identité européenne.

B – La voie d'une reconstruction identitaire post-nationale

Mutatis mutandis, les notions de patrimoine constitutionnel européen ou encore – comme nous venons de le démontrer – celle de patriotisme constitutionnel, assument aujourd'hui, mais de manière prospective, la

p. 102.

¹ Cité par J-W. Muller, Europe : Le pouvoir des sentiments : l'euro-patriotisme en question. Consultable sur http://www.repid.com/article.php3?id_article=192. Avril 2005.

² J-W. Muller, Europe : Le pouvoir des sentiments ... précité.

fonction qu'avaient assignée à l'idée de nation les théoriciens de la IIIe République, c'est-à-dire « un sentiment d'appartenance » à l'Europe, la conscience d'être européen.

Mais pouvons-nous pour autant aller plus loin et affirmer que c'est sur cette base que naîtra demain – ou après demain – l'espace public européen ?

« L'identité peut être définie comme un corpus de valeurs partagées par l'ensemble d'une collectivité humaine, ici, l'Europe, manifestant représentations et images concrètes de ces valeurs partagées. Elle peut être aussi définie par l'expression d'un sentiment d'adhésion à l'unité de cette collectivité, ou encore être un acte de la raison exprimant la conscience de l'unité »¹.

L'identité européenne relève d'un processus tout à fait inédit. D'abord, elle varie dans le temps et dans l'espace. Certains milieux sont plus réceptifs à certaines identités qu'à d'autres. Ensuite, elle est très souvent « reléguée » après l'identité nationale. « Si elle existe, elle devrait exprimer un rapport dynamique entre les Européens. Elle est donc créatrice d'art et de culture, d'éthique politique, de citoyenneté européenne, d'éducation commune. Elle devrait donner un sens à l'Histoire et produire des lieux de mémoire de la communauté européenne »².

Et puis d'ordinaire, l'identité est un « début », le point de départ d'une communauté politique. Pourtant, s'agissant d'identité politique européenne, le processus est inversé. « Avec l'identité politique européenne, l'incarnation politique est au bout du chemin, un chemin où les cantonniers sont des géomètres technocrates, auxquels il faut de surcroît du muscle et de l'esprit. Ces néo-géniteurs de l'identité politique européenne ont pour vocation, sinon pour fonction, de se livrer à de l'acharnement politique « in vitro ». Le résultat est incertain. L'émergence d'une identité politique européenne se veut un enfantement sans douleur au contraire même de celui qui conduit à l'Etat nation, souverain de plein droit, pourrait-on dire. Ici, il faut un peu « souverainiser l'usurpateur » technocratique, le remettre sur le droit chemin, qui n'est plus le seul chemin du droit, mais bien celui, incontournable, du politique. Nous voici bien à l'opposé du mode d'apparition de l'Etat nation, toujours lié aux grandes convulsions fondatrices où se mêlent les mythes des 19^e et 20^e siècles, liés au sol et au sang – Blut

¹ G. Bossuat, L'identité européenne, une quête impossible ? Consultable sur <http://pageperso.aol.fr/gbossuat/identiteurope.html>. Avril 2005.

² *Idem*.

und Boden – la mixture infernale qui engloutit précisément l'esprit et dévoie la raison »¹.

D'autre part, il faut bien admettre que l'identité post-nationale ne signifie pas uniquement ou prioritairement une échelle supranationale de citoyenneté. Elle désigne avant tout un motif non nationaliste de participation à une communauté politique. C'est le motif d'un patriotisme constitutionnel. Il s'agit d'un attachement qui se détermine non pas sur des critères de co-appartenance ethnique, linguistique ou culturelle, mais sur des critères éthiques de reconnaissance réciproque des sujets de droits, individus ou États, ainsi que sur les critères politiques d'une reconnaissance commune de principes fondamentaux tels que ceux de la démocratie et de l'État de droit – buts en tous points identiques à ceux du patrimoine constitutionnel européen. Si l'on regarde l'histoire européenne des cent dernières années sous l'aspect quelque peu optimiste d'un décentrement progressif des identités, on est alors porté à situer le patriotisme constitutionnel dans la continuité des patriotismes juridique et historique qui ont élevé l'idée de nation à une certaine forme d'universel².

Pour démontrer qu'il est possible d'envisager une telle substitution, nous reviendrons aux analyses de Dominique Rousseau sur la notion de patrimoine constitutionnel européen. Il est intéressant de relever que dès 1996³ – et alors même que le concept est à peine émergent – l'auteur examine la possibilité d'une *redéfinition de l'identité européenne* à travers l'adhésion à ce patrimoine. Sa construction théorique – que nous pouvons réexaminer à la lumière des développements précédents, se termine par une question : « L'identité du patrimoine, à la différence de la nation, ne produit donc pas de l'unité ou de l'uniformité ; elle produit de l'harmonie, en ce sens que le patrimoine européen « fonctionne » comme une *culture constitutionnelle commune* qui socialise suffisamment les citoyens pour leur permettre de vivre ensemble leurs histoires particulières et de les transformer, précisément par leur mise en relation. Le patrimoine peut-il faire plus ? Peut-il aussi produire un droit constitutionnel européen ? »⁴

Ces propos amènent à formuler plusieurs mises au point : même si l'auteur n'envisage pas de substituer le concept de patrimoine constitutionnel

¹ F. Rosenstiel, L'ère des souverainetés transitoires ? In Colloque : *L'Europe demain : communauté de destin ou destinée politique commune ?* Strasbourg : 18-19 avril 2002.

² J-M. Ferry, Quel patriotisme au-delà des nationalismes ? ... art. précité.

³ Actes du séminaire Unidem organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996.

⁴ Mis en italiques par nous. D. Rousseau, La notion de patrimoine... art. précité p. 31.

européen à celui de nation, il rend possible leur comparaison, parce qu'il semble concevoir une évolution du rôle du patrimoine constitutionnel dans le cadre d'un espace de droit public européen. Enfin et surtout, Dominique Rousseau, en analysant la notion, non seulement sur le plan juridique, mais aussi sur le plan philosophique entend « ouvrir la voie d'une reconstruction identitaire des peuples européens »¹. La nature duale du patrimoine autorise à penser qu'il est à la fois « le creuset de l'identité européenne » et celui « d'un droit constitutionnel européen »². Ce qui est frappant c'est que J. Habermas assigne les mêmes vertus au « patriotisme constitutionnel » : « Le noyau dur normatif du patriotisme constitutionnel est le même dans tous les pays d'Europe. C'est pourquoi il fournit pour l'union des citoyens le creuset tout naturel d'une culture politique commune »³.

Le problème que rencontre la formation de l'Union européenne est alors clairement posé : il y a désintégration de l'identité nationale et – conséquence automatique – reconstruction d'une identité européenne de substitution. L'analyse est plus que jamais d'actualité : alors que l'Etat-nation n'est pas encore mort, il doit affronter une crise majeure parce que tous les éléments qui le caractérisaient jadis sont en voie de décomposition. « Ainsi, comme tout le reste de la planète, les Etats européens sont tiraillés entre un processus de mondialisation qui désintègre leur légitimité et un floraison de particularismes identitaires qui dissout le sentiment d'appartenance nationale »⁴.

Malgré tout, ce sentiment d'appartenance à une entité européenne commune n'est pas encore ressenti de la même façon dans les différentes parties de l'Europe et notamment là où résiste une ancienne culture socialiste⁵. Mais à y bien regarder ces phénomènes de résistance n'ont rien

¹ *Ibid.*, p. 29.

² *Idem.*

³ Mis en italiques par nous. J. Habermas, Pas d'Europe sans constitution commune ! *Le point*, 13/04/2001 – n°1491. p. 102.

⁴ D. Rousseau, La notion de patrimoine... art. précité. p. 29.

⁵ Ce sujet constitue d'ailleurs l'essentiel des travaux de recherche du Professeur Milacic. Dans le cadre de son centre de recherche, le C.E.R.E.B. On rappelle notamment sous sa direction, l'ouvrage déjà cité : *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*. Bruxelles : Bruylant, 1998. 632 p. et aussi de nombreux articles parmi lesquels on peut mentionner :

- A l'Est, l'Etat de Droit pour induire la Démocratie ? Quelques vues sur le temps fort institutionnel de la transition démocratique. *Revue d'études comparatives Est-Ouest*. 1992, vol. 23, n°4, pp. 23-40.
- Les obstacles à la transition démocratique de l'Est. Le Politique otage de l'Economie et de la Culture. In J.-C. Gautron, (Dir.) *Les relations communauté européenne-Europe de l'Est*. Paris : Economica, 1991, pp. 623-641.

de surprenant. Pour les pays de l'Europe dite « post-communiste », l'histoire récente joue le rôle qui fut jadis celui des séquelles de la féodalité dans le processus de modernisation engagé par l'Empereur Meiji au Japon : un ralentissement non décisif mais sensible du processus en question. C'est bien pourquoi l'élargissement à cette catégorie d'Etats n'a rien d'anodin ; elle signifie une rupture radicale avec le passé, l'affirmation d'une adhésion à un système de valeurs et à un type de régime politique dans une large mesure inédits (la Pologne n'est pas la Suède !).

Dans ces conditions, pourquoi penser que le patrimoine constitutionnel européen pourrait constituer la voie d'une reconstruction identitaire ? Autrement dit, pourquoi les Etats européens accepteraient-ils d'abandonner leur cadre national de référence ?

Dominique Rousseau nous donne des raisons d'envisager la reconstruction d'une identité sur les bases du patrimoine constitutionnel européen. Tout d'abord parce qu'il s'agit d'une référence « moderne » à l'époque de la mondialisation. Il permet « à la fois son développement et sa maîtrise »¹. Ensuite parce que bien peu d'autres choix sont offerts aux Etats. Accepter d'être européen, c'est accepter d'être européen avant tout et donc adhérer à des valeurs imposées par les institutions européennes. Mais ce qui est essentiel à nos yeux dans les explications proposées par notre auteur, c'est que, contrairement à la nation qui présuppose un territoire pour fonder une identité, c'est l'identification au patrimoine constitutionnel européen qui construit l'espace européen en fonction des adhésions des Etats à l'Union européenne. Il permet donc de concevoir une Europe évolutive, adaptée à la politique de « l'élargissement ». Le concept, indéfiniment ouvert, devient, par conséquent, « universalisable ».

Dans le cadre d'une analyse philosophique, c'est aussi ce que soutient Jean-Marc Ferry lorsqu'il aborde le problème de la « substance éthique de l'Etat post-national »². L'auteur fait appel à la notion de « patriotisme constitutionnel »³ – dont nous avons démontré la synonymie

-
- Critique de la transition unique. Notre épistémologie du postcommunisme dans le rétroviseur de la pensée unique. *R.I.P.C.* 1996, vol. 3, n°1, pp. 19-40.

¹ D. Rousseau, La notion de patrimoine... art. précité p. 30.

² J-M Ferry, *La question de l'Etat européen. op. cit.*, p. 140 et s. Une notion qu'il emprunte à Jürgen Habermas qui lui-même ne l'a pas inventée de toutes pièces.

³ Voir aussi sur ce sujet les idées de J. Habermas, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*. Paris : Fayard, 2000. 157 p. : celui-ci croit que le « patriotisme constitutionnel », en tant qu'expression d'une identité politique post-nationale, indiquerait le chemin sur lequel seraient actuellement engagés, à tout le moins dans l'Europe de Maastricht,

avec celle de patrimoine constitutionnel européen – qu'il lie systématiquement à l'identité post-nationale. Selon lui – et comme nous l'avons déjà souligné – pour répondre à la question « qui est européen ? », seul le critère constitutionnaliste peut s'ajuster à l'idée « d'un patriotisme situé au-delà des nationalismes »¹. Ce phénomène générateur d'unité politique a été observé et conceptualisé² à propos de la Loi fondamentale allemande de 1949. Ce patriotisme d'un type nouveau se serait développé au fur et à mesure que perdurait la Loi fondamentale. Cette notion connut un grand succès en Allemagne. Adapté à l'Europe, le patriotisme constitutionnel se construit sur la base d'un sentiment d'appartenance à une communauté de valeurs qui rejoint incontestablement la notion de patrimoine constitutionnel européen mais aussi, dans un esprit plus « politiste », celle de culture politique commune.

C'est pourquoi, pour J.-M. Ferry, le critère constitutionnaliste permet de postuler une appartenance symbolique qui transcende les considérations d'origine culturelle ou de situation économique et entraîne l'appropriation de principes universels. Ce critère fonctionne si la volonté est là et c'est le cas de l'Union européenne. De manière judicieuse, Ferry évoque – à l'appui de sa thèse – les évolutions récentes observables dans les traités européens. De l'article F1 du Traité de Maastricht qui affirme que « l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques » à l'article 6 du Traité d'Amsterdam : « 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 de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres », on saisit l'ampleur du changement qui s'opère. Les principes universalistes – c'est-à-dire ceux du patrimoine constitutionnel européen – sont situés avant l'affirmation des identités nationales. Les principes de l'Etat de droit démocratique « valent comme la condition et le premier critère de leur participation [*des Etats*] à l'Union européenne, en tant qu'Etats membres. A bon entendre... »³.

la plupart des États-nations classiques. En ce sens, l'État-nation serait pour lui chose du passé et les mouvements nationalistes auraient aujourd'hui à relever le défi de redéfinir leurs projets politiques dans le sens de stratégies d'intégration à des unités supranationales plutôt que dans le sens d'une sécession.

¹ J.-M. Ferry, *La question de l'Etat européen. op. cit.*, p. 169.

² Par D. Sternberger, en 1979, dans une allocution prononcée à l'occasion du trentième anniversaire de la Loi fondamentale, In *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 23 mai 1979.

³ J.-M. Ferry, *La question de l'Etat européen. op. cit.*, p. 172.

Le point faible du raisonnement des deux auteurs – Dominique Rousseau comme Jean-Marc Ferry – c'est qu'ils passent sous silence, la différence notable des situations concrètes entre l'Etat occidental et l'Europe post-communiste. Il semble évident que l'héritage – c'en est un – de la période communiste n'a pu être oublié du jour au lendemain : il n'y a pas d'amnésie politique. Et pour ces pays, les termes de patrimoine commun ou de patriotisme constitutionnel ne sont pas des référents habituels.

C'est la raison pour laquelle le renvoi à la notion de « culture politique » est parfois préféré. Cette culture-là est celle de l'Europe libérale et marchande. Le fait nouveau, c'est que les candidats à l'adhésion issus du bloc communiste placent dans leurs préoccupations la dimension politique (démocratie, droits de l'homme) avant l'économique. Sur ce dernier point, l'Europe pourra jouer un rôle régulateur en dernière instance, mais l'essentiel de la rupture est accompli ; alors que sur le terrain politique, tout reste à faire. Paradoxe donc de l'union politique qui est à l'Ouest le résultat d'un long processus de maturation à partir de l'économie (J. Monnet) alors qu'à l'Est, elle apparaît comme un bien dont on voudrait pouvoir bénéficier en partie pour limiter les effets négatifs du capitalisme. Les Etats de l'Ouest et les autres adhèrent sans aucun doute aux valeurs de l'Union européenne, mais la nature de cette adhésion n'a pas la même signification selon qu'elle s'analyse comme la continuation d'une tradition démocratique nationale ou le reniement total de cinquante ans d'histoire.

Sur ce thème précis, J. Habermas et J. Derrida ont posé les bonnes questions : « [...] existe-t-il des expériences, des traditions et des acquis communs qui fondent chez tout citoyen européen la conscience d'un destin politique dont nous ayons fait l'épreuve commune et que nous pourrions à l'avenir façonner en commun ? Une « vision » attrayante de l'Europe à venir, capable d'être contagieuse, ne tombera assurément pas du ciel. Elle ne peut naître, pour l'instant, que d'une inquiétante sensation d'embarras »¹.

Pour dépasser cet embarras, il convient alors de forger des outils conceptuels permettant de penser un « espace public » européen. Certains auteurs considèrent que ce « dépassement des concepts classiques » est « une sorte de tour de passe-passe politique » et ils expriment une opinion encore largement dominante². Pour notre part, nous pensons toujours, et encore plus

¹ J. Habermas et J. Derrida, Les manifestations du 15 février 2003 ... article précité. 31/05/2003.

² Celle exprimée par exemple par C. Leben, avouant « être sceptique sur un tel dépassement

fort après cette analyse, que la construction européenne mérite que l'on « ose » proposer une vision renouvelée du droit constitutionnel.

Sylvie TORCOL

Maître de Conférences à l'Université du Sud Toulon-Var

Membre du C.E.R.C.

des contraires et sur l'apparition d'une synthèse nouvelle»² et persistant dans une analyse « stato-centriste » en affirmant que la théorie de l'Etat ne permet pas de concevoir « un nouvel animal comportant tous les avantages juridiques et politiques de l'Etat fédéral tout en conservant la souveraineté pleine des Etats-nations » *in* V. Constantinesco, Europe fédérale... art. précité. p. 142.

À la recherche de la citoyenneté européenne

Il fallut attendre presque 50 ans après la création des Communautés avant que le Traité de Maastricht n'introduise dans l'article 8 TCE, une référence à l'existence d'une citoyenneté européenne. Cet article, devenu avec les changements apportés par le traité d'Amsterdam l'article 17 TCE précise que « la citoyenneté complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Ces dispositions faisaient partie de l'accession de l'Union européenne à une identité politique, et à un modèle démocratique spécifique à son ordre juridique particulier. Ainsi le caractère démocratique de l'Union ne devait plus être la résultante d'une agrégation de démocraties étatiques, mais une caractéristique propre à son système politique. L'entreprise était d'autant plus difficile à réaliser que l'Union n'est pas devenue pour autant un État, composé d'un seul peuple. Il s'agissait donc de réaliser la démocratie au niveau supranational, à l'intérieur de l'Union composée de vingt cinq États. Et puisque l'Union européenne n'a pas pour vocation de faire disparaître les États membres, la démocratie au niveau européen est donc complémentaire de la démocratie au niveau national, tout comme la citoyenneté européenne est complémentaire de la nationalité.

Ainsi, la portée réelle de cette notion, semble-t-elle obligatoirement limitée, comme l'est la situation matérielle de l'Union : comment peut-elle devenir une véritable démocratie, c'est à dire parvenir à la mythique identification des gouvernants et des gouvernés ou à un espace public commun, alors qu'elle est composée de vingt cinq États aux traditions juridiques et culturelles parfois très dissemblables et de ressortissants utilisant une vingtaine de langues différentes ?

Le rejet du projet de Constitution par référendum en France et aux Pays-Bas, deux États membres originaires des Communautés, le 29 mai et le 1^{er} juin dernier apporte une réponse cinglante à la question. Il semble également avoir mis l'accent sur la distance qui sépare désormais les citoyens européens et une construction européenne dans laquelle, apparemment, ils ne se reconnaissent plus¹. Avant cela, les résultats des élections du Parlement Européen au mois de juin 2004 constituaient aussi un élément de réponse. Le taux de participation général sur l'ensemble de l'Union fut le plus bas rencontré depuis le début de l'élection au suffrage universel direct de cette institution en 1979 : 63% de participation en 1979,

¹ France : Référendum du 29 mai 2005 négatif (54,68% de non. Taux de participation 69,34%). Pays Bas : Référendum consultatif du 1 juin 2005 négatif (61,7% de non, taux de participation : 63%).

49.4% en 1999 et finalement à 43%, soit moins de la moitié des électeurs qui se seront déplacés en 2004. Pourtant, durant cette période (de 1979 à 2004) les facteurs de démocratisation du système communautaire ont été multipliés. Mais c'est précisément au moment même où cette démocratisation a été amorcée (accroissement sensible des pouvoirs du Parlement, démocratisation du processus de décision, amorce d'une prise en considération du citoyen et d'un certain nombre de ses préoccupations, tels que l'emploi, l'environnement, la santé publique ou la protection des consommateurs), que les opinions publiques dans la plupart des États membres ont semblé de se déconnecter du phénomène communautaire¹. Ainsi, le déficit démocratique contre lequel on entendait lutter par ces mesures, s'est-il transformé en un désastreux déficit politique. Plus les acteurs institutionnels et politiques de l'Union ont affirmé la volonté d'offrir plus de simplicité, plus de transparence, plus d'efficacité et par conséquent plus de démocratie au système communautaire, plus celui-ci, faute d'un projet politique cohérent, est devenu plus opaque, plus complexe et de moins en moins lisible et accessible à la compréhension des citoyens.

Il est vrai que les facteurs de complexité sont nombreux. Tout d'abord, l'Union fonctionne aujourd'hui sur un système d'attribution de compétence qui comprend beaucoup de compétences mixtes et qui s'est traduit par un renforcement de la capacité normative de l'Union. Cette normativité supranationale est une source d'inquiétude pour les citoyens européens qui n'appréhendent pas bien le processus décisionnel, et permet à de nombreux dirigeants des États membres d'incriminer Bruxelles chaque fois qu'ils peuvent en tirer un profit politique sur le plan national². Mais il y a bien d'autres éléments de complexité, qui tirent leur source du manque de volonté des États membres, depuis le Traité de Maastricht, de doter l'Union d'un véritable projet politique. La fameuse architecture en piliers est l'illustration de l'impuissance des États du fossé creusé entre les ambitions affichées et les moyens juridiques et matériels dont on a doté l'Union³. Celle-ci, est fondée sur les Communautés, représentée par trois piliers illustrant tous les attributs d'une souveraineté nationale ; mais le est

¹ Voir, Jörg Gerkrath, *La Constitution européenne offre-t-elle plus de démocratie ?* 10 février 2005 et, *Une Union européenne plus démocratique, l'apport du Traité établissant une constitution européenne*, in *Parlement Européen : Les Jeudis de la constitution*, Bureau de représentation à Marseille.

² M. Telo, *Démocratie internationale et démocratie supranationale*, Bruxelles : collection études Européennes, Éditions complexes, , 1995, p. 28.

³ Voir L. Azoulay, *D'une révision l'autre*, in *Union européenne, Commentaire des Traités modifiés par le traité de Nice du 26 février 2001*, sous la direction de J. Rideau, LGDJ, EJA et Cedore, 2001, p. 8.

premier basé sur le système communautaire et les deux autres (politique étrangère et de sécurité commune et coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures) assez largement sur des mécanismes de coopération intergouvernementale.

De même, il existe un décalage entre l'affirmation dans le Traité (notamment depuis les modifications introduites par Amsterdam), de la démocratie en tant qu'objectif de l'Union et la situation de ses citoyens, dont le statut ne peut être le même que dans les ordres internes.

Ainsi, l'attribution de la citoyenneté de l'Union obéit à cette logique puisqu'elle est automatiquement attribuée à toute personne ayant la nationalité d'un État membre et que cela implique que les États conservent la maîtrise des conditions d'attribution de la nationalité. Elle demeure donc très éloignée d'une véritable citoyenneté dont la création demeure, pour l'instant encore, liée à l'institution d'un État, tant elle est intimement lié à la notion de peuple. C'est sans doute la raison pour laquelle, dans la dernière version de l'article I-1 du projet de traité instituant une Constitution européenne (l'établissement de l'Union), l'Union est « *inspirée par la volonté des citoyens* », et non « *par les peuples européens* » comme cela avait été écrit dans la première version, prenant ainsi une dimension presque réductrice¹.

De même, le contenu des droits et devoirs mentionnés dans les Traités actuels, peuvent apparaître comme réducteurs, « *des droits en trompe l'œil* »², à la consistance juridique incertaine, soit parce que se sont les mêmes, qui dans les Traités antérieurs étaient accordés aux « ressortissants communautaires » (c'est à dire un simple prolongement de leurs droits économiques), soit parce qu'ils sont insuffisants à fonder une véritable citoyenneté, leur application restant, nous l'avons vu, largement conditionné par les États membres.

De plus, l'invocation de la citoyenneté ne pourra se faire, dans le cadre des Traités actuels, ainsi que dans le projet de Constitution, que dans le respect des deux grands principes régulateurs de l'exercice des compétences et de l'action communautaires, le principe de subsidiarité et le principe de proportionnalité. Principe de subsidiarité d'abord : l'invocation de la citoyenneté n'interviendra que pour garantir des droits que les citoyens tirent de l'application des règles communautaires, et dans la mesure où cette protection est nécessaire (c'est à dire mieux réalisée au niveau communautaire qu'au niveau étatique), et principe de proportionnalité oblige : uniquement dans la limite où son action est nécessaire pour

¹ Voir F-X Priollaud, D. Siritzky, *La Constitution européenne, Textes et Commentaires*, La Documentation Française, Paris, 2005, p. 31.

² Voir H. Manciaux, L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de Constitution pour l'Europe, Europe, Ed. Jurisclasseur, avril 2004, chronique n° 5, p. 4.

l'application du Traité. Sa portée reste donc aléatoire, d'autant que cette invocation se fera à la fois auprès des juridictions communautaires mais aussi auprès des juridictions nationales, souvent dans le cadre plus général des droits fondamentaux¹.

Dans le projet de Constitution, ces droits, qui sont rassemblés dans la Charte, ne sont d'ailleurs pas, dans leur totalité, uniquement réservés aux citoyens. De plus, si le principe démocratique sont indéniablement renforcés, le statut juridique du citoyen, tel qu'il est décrit à l'article I-10 n'est guère différent de celui dont il est doté à l'heure actuelle. C'est dans d'autres parties du texte qu'il faudra rechercher des éléments qui militent en faveur d'un pouvoir politique accru des citoyens qui deviennent plus présents dans ce que le projet appelle « la vie démocratique de l'Union ». Ils deviennent, notamment grâce aux dispositions concernant la démocratie participative, un vecteur essentiel de légitimation de l'Union.

L'ambiguïté de leur statut demeure donc dans le projet de Constitution comme dans les traités actuels : les citoyens sont en termes de représentation et de légitimation des rouages essentiels, mais pas le rouage unique, du système démocratique de l'Union qui repose toujours sur la double légitimité Peuple/ États membres.

I - LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE, ÉLÉMENT CONSTITUTIF DU STATUT DES RESSORTISSANTS COMMUNAUTAIRES DANS LES TRAITÉS ACTUELS

Les citoyens de l'Union jouissent d'un certain nombre de droits mais le traité reste silencieux sur les devoirs qui sont mentionnés, mais non explicités à l'article 17§ 2 TCE. Le renvoi à des devoirs « *prévus par le présent Traité* » n'a en effet aucun écho dans la suite du texte et on ne peut que formuler des hypothèses sur certains articles, comme celui relatif à l'obligation d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (article 141 TCE) par exemple². En ce qui concerne les droits, certains ne sont que les prolongements des libertés économiques inscrites dans les traités originaires, d'autres, inscrits depuis le traité sur l'Union européenne ont une consonance politique (droit de vote et d'éligibilité aux élections

¹ Pour une analyse générale détaillée de la question de l'invocabilité et de la primauté, voir, D. Simon, Les fondements de l'autonomie du droit communautaire, Rapport général au Colloque de Bordeaux de la SFDI, in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Pedone, 2000, p. 207 et s.

² L. Dubouis, C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^{ème} édition, Domat Droit Public, Monchrestien EJA, 2004, p. 25.

européennes et municipales, mais aussi droit à une protection diplomatique et consulaire, droit de plainte au médiateur). De plus, certains de ces droits ont été explicités par la jurisprudence de la Cour de justice qui s'est elle-même inspirée de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne, puis repris dans la Charte des droits fondamentaux.

A - Un contenu en devenir : entre libertés économique et affirmation de l'identité politique de l'Union

Dans l'ordre juridique communautaire, la référence à la citoyenneté s'effectue souvent dans le cadre du respect des principes de libre circulation et de non discrimination en raison de la nationalité. C'est dans ce cadre juridique général que la Cour sera dans un premier temps amenée à reconnaître une spécificité à la notion de citoyenneté. En effet, pour le droit communautaire, la notion de citoyenneté se trouve « à la césure du droit institutionnel et du droit matériel »¹. Il s'est agi, à un moment donné de la construction européenne, de dépasser la nature économique des traités en leur donnant un contenu politique, alors même que la dimension politique de l'Union n'était pas encore atteinte (faute d'un projet politique précis que l'on attend encore). Ceci explique par exemple que l'affirmation de la citoyenneté se trouve dans le traité sur l'Union européenne (article 2), et que sa définition et son régime juridique figurent dans le traité CE (article 17 et s. TCE).

- Des libertés économiques prolongées

Les droits des citoyens européens résultent donc en premier lieu de l'intégration économique, tel que le libre accès à l'emploi, mais aussi des droits correspondants à l'élargissement des compétences communautaires comme le droit à vivre dans un environnement sain, qui correspondent d'ailleurs à la conception étatique moderne de la citoyenneté².

La Cour a confirmé dans plusieurs affaires que les citoyens de l'Union peuvent se prévaloir à cet égard des droits qui leur sont conférés par le traité, en particulier de celui, inscrit à l'article 12 CE, de ne pas être discriminés en raison de leur nationalité et de celui, énoncé à l'article 18, paragraphe 1, CE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des

¹ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, Éditions du Jurisclasseur, 2004, p. 94.

² Cf. Blumann, *l'Europe des citoyens*, *RMC*, 1991, p. 284.

États membres¹. Par exemple, compte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union, il n'est plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 39, paragraphe 2, CE une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un État membre².

De même, dans un arrêt récent rendu à propos de la libre circulation des personnes, la Cour de justice, a consacré l'article 18§1 TCE comme étant d'applicabilité directe, c'est-à-dire invocable directement devant une juridiction nationale, ce qu'elle s'était refusée de faire jusqu'alors³. Cet article reconnaît un droit de séjour aux citoyens communautaires « dans les conditions prévues par le présent traité, et par les actes pris pour application ». Très longtemps cette disposition a servi de fondement pour l'exclusion d'un effet direct, du moins de façon explicite. C'est désormais chose faite, avec l'arrêt Baumbast de septembre 2002, qui fait suite à un arrêt de 2001 dans lequel elle affirmait que le statut de citoyen de l'union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres⁴. Dans l'arrêt de 2002, la Cour, interrogée sur le droit de séjourner sur le territoire des États membres (prévu à l'article 18 §1) déclare « *qu'il convient de constater que celui-ci est reconnu directement à tout citoyen de l'union par une disposition claire et précise du traité CE. En sa seule qualité de ressortissant d'un État membre, et, partant, de citoyen de l'Union, M. Baumbast a donc le droit de se prévaloir de l'article 18 § 1* ». La portée de cet arrêt doit cependant être relativisée : en effet, le ressortissant avait exercé une activité économique (certes dans un État tiers et c'est justement ce qui posait problème) et bénéficiait à ce titre d'un certain nombre de droits. Si cela n'avait pas été le cas, il aurait été difficile à la Cour de passer outre les dispositions des directives adoptées en 1990 et généralisant le droit de séjour à l'ensemble des ressortissants communautaires, mais à la condition que ceux-ci, même s'ils n'exercent pas d'activité économique, disposent d'un minimum de ressources et bénéficient d'un système d'assurance sociale. Autrement dit, les droits que les citoyens communautaires peuvent exercer en matière de libre circulation et de libre séjour s'arrêtent là où commence la

¹ Arrêt du 11 juillet 2002, D'Hoop, Aff. C-224/98, Rec. p. I-6191, voir également, Iliopoulou, A. et Toner, H., A new approach to discrimination against free movers ? D'Hoop v. Office national de l'Emploi, *European Law Review*, 2003, p. 389 et s. ; CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, Aff. C-148/02, Rec. p. I-11613. CJCE, 19 octobre 2004, Zhu et Chen, Aff. C-200/02, nep.

² CJCE, 23 mars 2004, Collins, C-138/02, Rec. p. I-2703, point 63 ; ainsi que 15 mars 2005, Bidar, C-209/03, nep, notamment point 51.

³ CJCE 17 septembre 2002, Famille Baumast, aff. C- 413/99.

⁴ CJCE 20 septembre 2001, Grzelczyk 2001, aff.C-144/99, Rec. I p. 6193.

grande pauvreté, puisque le minimum de ressources demandées correspond au minimum vital dans l'État membre d'accueil. L'avocat général avait évoqué la Charte des droits fondamentaux dans ses conclusions, mais cette évocation n'a pas été reprise dans l'arrêt. La référence faite à la Charte par les avocats généraux est désormais récurrente, faisant de ce texte un « paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs de la scène communautaire »¹.

- Des droits limités de nature constitutionnelle

Ces droits issus de la libre circulation au sein de l'Union vont également donner lieu, au fil des traités de révision, à l'esquisse de droits de nature plus politique, voire constitutionnels. Il s'agit en premier lieu du droit mentionné dans les dispositions communes aux traités CE et UE, qui, dès l'article 2, assignent à l'Union européenne comme objectif : « de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures d'asile d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité contre ce phénomène ». Ainsi depuis ce traité, la création de l'espace de liberté de sécurité et de justice (ELSJ) dépend à la fois du traité CE et du traité UE. D'autres articles concernent la possibilité d'adopter des actes concernant la libre circulation des citoyens (article 18)².

D'autres droits ont un contenu politique, comme l'article 19 TCE qui consacre le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires

¹ Selon l'expression de l'avocat général Tizzano, Arrêt CJCE du 8 février 2001, aff. C-173/99, *The Queen contre secretary of state for trade and industry, ex-Parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic Théâtre Union (BECTU)*, Rec. p. I-4881. Ainsi, sa vocation à être inséré aux traités est telle, qu'elle a donc d'ores et déjà, influencé à plusieurs reprises les décisions de la Cour de justice et du Tribunal de Première instance. Les conclusions ne font parfois référence à la Charte que de manière marginale, mais dans certains cas, les Avocats généraux l'ont bel et bien utilisé pour interpréter les droits fondamentaux, même en rappelant qu'elle n'a pas force contraignante. Les trois Avocats généraux Tizzano, Léger et Mischo ont déclaré que « la Charte a indéniablement placé les droits qui en font l'objet au plus haut niveau des valeurs communes aux États membres ». Ainsi l'absence de statut juridique de la Charte ne signifie pas qu'elle ne produit pas d'effet mais ne contribue pas pour autant à clarifier la portée des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des États membres. Voir TPI 4 avril 2002, *Technische Glaswerke Illmenau GmbH/Commission*, aff. T-198/01, pts 85 et 115 ; ainsi que TPI 30 janvier 2002, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission*, T54/99, Rec. II313 et TPI 5 août 2003, P 1 O *European Ferries c. Commission*, T-116/01 et T-118/01, Rec. II 2957.

² Aux termes de l'article 18, paragraphe 1, CE : « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application. »

résidant dans un autre État que celui dont ils sont ressortissants dans les élections municipales et dans les élections au Parlement européen (dans un grand nombre d'États, une révision constitutionnelle a d'ailleurs, comme en France, été organisée pour permettre l'exercice de ces droits)¹. Le droit communautaire dérivé a aussi organisé les élections européennes dans les États membres².

L'article 20 TCE proclame le droit des citoyens de l'Union de bénéficier de la protection diplomatique et consulaire accordée par les États membres à leurs nationaux sur le territoire d'un État tiers où l'État dont ils sont ressortissants n'est pas représenté (situation relativement fréquente puisqu'en 1997 la totalité des États membres n'étaient représentée que dans cinq États et dans dix sept pays, seuls deux États membres étaient représentés).

Enfin, l'article 21 TCE reconnaît aux citoyens de l'Union, le droit de pétition devant le Parlement européen dans les conditions prévues par l'article 194 CE, et ces derniers peuvent aussi s'adresser au médiateur institué par l'article 195 TCE.

À ces droits définis par les traités, il faut ajouter également un certain nombre de droits fondamentaux, reconnus par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans ce domaine, on assiste parfois, au sein des ordres juridiques nationaux, à la confrontation entre le droit communautaire, d'essence essentiellement économique mais ayant normalement la primauté sur les normes nationales, et la protection et des droits fondamentaux garantis par les constitutions. C'est ainsi que des juges constitutionnels ont pu manifester des résistances à cette promotion des droits d'essence communautaire, au nom de la prééminence des droits fondamentaux consacrés dans les constitutions nationales. Avec la Charte des droits fondamentaux, l'Union était censée franchir un nouveau pas dans ce domaine en soulignant l'importance exceptionnelle de ces droits et en rendant leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union. La Charte rassemble pour la première fois dans un même texte tous les droits des personnes : droits civils et politiques, droits économiques et sociaux ainsi que les droits des citoyens de l'Union européenne. Elle comporte 54 articles, précédés d'un préambule. Outre les dispositions générales reprises à la fin du texte (articles 51 à 54), les articles sont regroupés autour de six valeurs fondamentales : dignité (articles 1 à 5), libertés (articles 6 à 19) ;

¹ Cons. const., 28 mai 1998 n° 98-400 DC, Rec. Cons. const. 1998, p. 251, à propos de l'intégration dans l'article 88-3 de la Constitution des dispositions relatives au droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes et municipales

² Directive n°93/109/CE, JOCE L 329 du 30 décembre 1993.

égalité (articles 20 à 26) : solidarité (articles 27 à 38) citoyenneté (articles 39 à 46) et justice (articles 47 à 50).

Selon l'article 51 de la Charte, ses dispositions s'adressent aux institutions et organes de l'Union, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union.

En ce qui concerne le chapitre V de la Charte relatif à la Citoyenneté, il n'est pourtant guère innovant, se contentant de regrouper les droits figurant déjà dans la deuxième partie du traité CE. On retrouve donc le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen (article 39), le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales (article 40), le droit de saisir le médiateur (article 43), le droit de pétition auprès du Parlement européen (article 44), la liberté de circulation et de séjour (article 45), la protection diplomatique et consulaire (article 46). Ce chapitre reprend également le droit d'accès aux documents (article 42), qui figure à l'article 255 du traité ainsi que le droit à une bonne administration (article 41). Cet article est la seule nouveauté de la Charte et fut inspiré par une abondante jurisprudence de la Cour de justice.

Pendant, la Charte qui a été proclamée à Nice et qui a fait l'objet d'une déclaration puis d'un accord interinstitutionnel du Parlement, de la Commission et du Conseil de l'Union, n'a pas été intégrée dans les traités et n'a donc pas à ce jour de force juridique véritablement contraignante¹. Le projet de constitution aurait dû apporter une solution à cette situation puisqu'il procédait à l'insertion du texte dans le Traité².

L'existence même de ces droits, pose évidemment la question de leur portée, dans les ordres juridiques nationaux. Dans ce domaine, il est clair que la position du juge national pourra difficilement être identique, à celle du juge communautaire. Il lui faut en effet tenir compte « de son propre environnement juridique, c'est-à-dire des textes et pratiques nationales qui fondent sa compétence et qui se prononcent sur les conflits des systèmes juridiques »³. Ce problème qui n'est évidemment pas

¹ Rapport de la Commission - Troisième rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union. COM/2001/0506 final

² Voir Rapport du groupe de Travail II de la Convention européenne sur les Explications du Praesidium relatives à la Charte, Consultation concernant la version actualisée et consolidée des explications relatives à la Charte, Bruxelles, 3 juin 2003, WG III 27, pp. 1-59. Pour une étude exhaustive de la Charte et de son insertion dans le projet de Constitution, voir, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Tome 2, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union, Commentaire article par article*, sous la direction de Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod, Bruylant, Bruxelles, 2005.

³ C. Blumann et Dubouis L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2004, spécialement p. 453

spécifique aux juridictions françaises s'est posé, en termes variables, dans tous les Etats membres. Il est impossible, dans le cadre de ce travail de rendre compte systématiquement des solutions constitutionnelles et des pratiques jurisprudentielles dans l'ensemble des vingt-cinq Etats membres, nous ne retiendrons donc que les exemples français, allemand et italiens. Certains ouvrages généraux de droit communautaire donnent cependant une vision par pays des solutions retenues dans chacun des États membres¹. Souvent, les difficultés relatives à la reconnaissance des droits fondamentaux issus du droit communautaire se sont focalisées sur les relations entre le droit communautaire et la loi nationale et surtout entre le droit communautaire et la Constitution interne. En ce qui concerne la Cour, c'est souvent dans le contexte des demandes en interprétation (question préjudicielle), qu'elle a été parfois conduite à répondre à des questions concernant les principes généraux². Lorsqu'il s'agit d'interpréter ces principes pour apprécier une réglementation nationale, elle vérifiera que cette dernière entre bien dans le champ d'application du droit communautaire et refusera par conséquent d'exercer sa compétence dans le cas contraire³.

2 - Une portée aléatoire dans les ordres juridiques nationaux

En tout état de cause, la Communauté de droit consacrée par la Cour de justice a abouti à développer une protection juridictionnelle effective pour les citoyens, découlant de l'application du droit communautaire, à la fois dans l'ordre juridique de l'Union mais également dans les ordres juridiques nationaux, car « l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de ce droit »⁴. Ce droit au juge, c'est à dire la possibilité offerte aux citoyens d'accéder à un recours effectif et à un tribunal impartial se trouve actuellement inscrit à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et

¹ Voir notamment J. Rideau, *Droit institutionnel des Communautés et de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2002, pp. 790-1076.

² P. Pescatore, Article 177 CEE, dans Constantinesco et a. (éd), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1073, spéc. p. 1083

³ CJCE, arrêt du 1^{er} février 1996, *Perfili*, C-177/94, *Rec.* p. I-161, 176 ; arrêt du 29 mai 1997, *Kremsow*, C-299/95, *Rec.* p. I-2629, 2645 ; arrêt du 18 décembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96, *Rec.* p. I-7493, 7510 ; ord. du 25 mai 1998, *Nour*, C-361/97, *Rec.* p. I-3101, 3108.

⁴ CJCE, 15 octobre 1987, UNECTEF, aff. 222/86, rec. 4097, pt 17. Voir sur ce point le Commentaire de l'article II-107 de la Charte par J. Rideau, in *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, Tome 2, Partie II, *La charte des droits fondamentaux de l'Union, Commentaire article par article*, sous la direction de L. Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp 591-607.

devrait (ou aurait dû devenir) l'article II-107 du Traité instituant la Constitution¹. Mais si la Cour de justice a renforcé ce principe pour pallier des difficultés d'adaptation nationale au droit communautaire, des critiques sur la garantie de ce droit devant les juridictions communautaires ont été formulées depuis quelques années. Elles concernent les restrictions d'accès des particuliers à certains recours, inhérentes à la formulation de l'article 203 TCE. La protection des droits fondamentaux pâtirait dans l'ordre juridique communautaire, des difficultés d'action directe des particuliers devant le prétoire du TPI, compétent en première instance pour l'ensemble des recours formés par les particuliers². S'agissant des recours en annulation par exemple, ils sont possibles mais limités par l'exclusion des actes de portée générale. Dans ce cas, seul un renvoi en appréciation de validité, nécessitant une procédure nationale, peut permettre une remise en cause de l'acte. Dans un arrêt du 3 mai 2002, Jegou-Quéré, le Tribunal a paru sensible à l'argumentation selon laquelle le requérant (une société de pêche) pouvait être affecté par un règlement de pêche (donc un acte de portée générale) et lui reconnaître la possibilité de former un recours en annulation. La Cour de justice n'a pas admis cette argumentation (malgré les conclusions de l'avocat général Jacobs) dans l'arrêt Union de Péquenos Agricultores contre Conseil du 25 juillet 2002³. Dans cet arrêt, même si la Cour rappelle l'importance de la coopération loyale devant exister entre les autorités nationales et

¹ Voir Grewe C., L'accès au juge : le droit processuel d'action, in d'Ambra D., Benoît-Rohmer F. et Grewe C. [dir.], *Procédure[s] et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 29 et s.; Wachsmann P., in d'Ambra D., Benoît-Rohmer F. et Grewe C. [dir.], *Procédure[s] et effectivité des droits*, précité, spécialement p. 58), c'est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a abouti à la consécration solennelle du droit au juge, dans la mesure où « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux » (cf. CEDH, 21 févr. 1975, aff. 4451/70, Golder c/Royaume-Uni, Série A n° 18; CEDH, 28 mai 1985, aff. 8225/78, Ashingdane c/Royaume-Uni, Série A n° 93; pour une analyse plus approfondie, par exemple, Renucci J.-F., Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme, in Rideau J. [dir.], *Le droit au juge dans l'Union européenne*, précité, p. 131; Cohen-Jonathan G., Le droit au juge, in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, précité, p. 471).

² La doctrine s'est particulièrement intéressée au problème depuis quelques années. Voir notamment, A. Barav, Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés, in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 1998, p. 191. G. Dellis, Le droit au juge comme élément de la problématique sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire, *Rev. Eu. Droit public*, 2001, n°1, p. 279. G. Vandersanden, La protection juridictionnelle effective : une justice ouverte et rapide?, in M. Dony et E. Bribosia (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, ULB, Bruxelles, 2002, p. 119. D. Waelbroeck, Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier. Trois pas en avant, deux en arrière, *CDE* 2002, p. 3.

³ CJCE 25 juillet 2002, Union de pequenos Agricultores. c Conseil, aff. C-50/00P, *Rec. I* 6677.

communautaire (respect de la demande en appréciation de validité), elle rappelle « *qu'un acte de portée générale ne peut être attaqué devant le juge communautaire par un particulier, sauf si cet acte l'affecte de manière analogue à un acte individuel. Le droit à une protection juridictionnelle effective dépend essentiellement, pour ces actes, du mécanisme de demande préjudicielle en appréciation de validité* ». Le droit communautaire est pour la Cour un droit autonome et ne saurait donc dépendre d'une procédure interne. Il s'agit aussi d'un rappel implicite de la primauté du droit communautaire mais ce raisonnement est aussi de nature à entraîner un déséquilibre entre les obligations qu'impliquent l'effet direct et la primauté du droit communautaire, et l'absence de possibilité de remise en cause de la légalité communautaire devant une juridiction communautaire.

Les incidences de la consolidation des droits du citoyen communautaire sont également nombreuses dans les ordres juridiques internes. Ce sont donc les juridictions suprêmes ordinaires qui ont eu en premier lieu, à traiter de cette question en adoptant parfois des solutions contradictoires.

En France, le Conseil constitutionnel s'est depuis longtemps clairement refusé à contrôler la constitutionnalité des lois par rapport au droit communautaire originaire et dérivé. Le contrôle de constitutionnalité s'exerce cependant en France à chaque révision des Traités qui, la plupart du temps aboutissent aussi à une révision de la Constitution. La décision concernant le projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe a été rendue le 19 novembre 2004. 19 novembre 2004¹. Sur la Charte des droits fondamentaux, le Conseil a considéré que compte tenu des clauses de limitation, particulières et générales dont elle était assortie, elle n'était pas contraire à la constitution, ni par son contenu, ni par ses effets sur la souveraineté nationale. Il en va ainsi en particulier, des dispositions de l'article II-70 relatives aux pratiques religieuses manifestées en public, qui doivent, selon le Conseil constitutionnel, être interprétées dans le même sens et avec la même portée que ceux donnés à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par la Cour européenne des droits de l'homme, c'est à dire en harmonie avec les traditions

¹ Décision n° 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Recueil*, p. 173 - *Journal officiel* du 24 novembre 2004, p. 19885. Voir notamment, P. Avril J. Gicquel *Chronique constitutionnelle française* (1er octobre-30 décembre 2004), *Pouvoirs*, 2005 (113), pp. 215-247. Voir également Dominique Philip, Direction bibliothèque et documentation de la CJCE, *Reflets*, 1/2005, pp. 12 et s.

constitutionnelles des Etats membres. C'est à dire ainsi que le Conseil constitutionnel consolide ainsi, de manière arbitraire une jurisprudence qui a pourtant, par essence, vocation à évoluer.

En ce qui concerne le Conseil d'État, sa position est on le sait, historiquement réticente à reconnaître la spécificité de l'ordre juridique communautaire. Dans un arrêt Sarran¹, rendu en 1998, il avait consacré la supériorité de la constitution sur les engagements internationaux, sinon en termes de hiérarchie des normes, au moins en termes de compétences juridictionnelles². Ce raisonnement concernait a priori aussi les Traités communautaires, alors même que cette juridiction avait eu du mal, durant les années précédentes, à consacrer la supériorité du droit communautaire sur les lois nationales. Dans des arrêts récents, l'occasion lui a été donnée d'explicitier sa position sur la portée de la Charte des droits fondamentaux, notamment dans un arrêt du 05 janvier 2005³. Dans un premier temps en effet, il s'était contenté de prendre acte de l'absence de valeur juridique de la Charte en rejetant logiquement le moyen tiré de sa violation parce que ce dernier était inopérant « en tout état de cause »⁴. Dans le second arrêt, était en cause la conformité d'un décret avec les articles 49§3 et 20 de la Charte, consacrant respectivement les principes de nécessité des peines et d'égalité. Dans cette décision, il s'attache à rappeler les bases du "contrôle exercé par le Conseil d'État statuant au contentieux", à savoir, l'exclusion du contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ainsi que l'importance, pour la mise en oeuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, de la règle de conflit de normes édictée par cet article. Enfin, il réaffirme que la Charte, « est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales ». En d'autres termes, cela semble signifié que si le traité instituant une constitution pour l'Europe passait le cap désormais fort incertain de la ratification, la charte sera alors promue au rang

¹ Conseil d'État, ass. 30 octobre 1998, Sarran et Levacher, *RFDA* 1998 avec les conclusions du Commissaire du gouvernement Maugüe, p. 1081. Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires, voir notamment : *AJDA* 1999, p. 57 note L. Dubouis ; *RDP* 1999, note Flauss, D. Simon, L'arrêt Sarran : Dualisme incompressible ou monisme inversé ?, *Europe*, mars 1999 n°3, p. 4-6.D ; ainsi que D. Alland, Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international, *Réflexions à vif à propos de l'arrêt du Conseil d'État, Sarran, Levacher et autres, du 13 octobre 1998, RFDA* 1998, p. 1094.

² D. Simon, L'arrêt Sarran : Dualisme incompressible ou monisme inversé ?, *Europe*, mars 1999 n°3, p. 5.

³ Conseil d'État, décision des 4^{ème} et 5^{ème} sous sections réunies, n° 257 341, nep.

⁴ CE, 25 avril 2003, Syndicat national des praticiens hospitaliers anesthésistes réanimateurs, Voir Direction bibliothèque et documentation de la CJCE, *Reflets* n° 1/2004, p.10.

de droit primaire « constitutionnel » et acquerrait force contraignante¹.

Dans d'autres États membres, comme l'Allemagne, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a fait un temps sensation en contestant la primauté et l'applicabilité directe et absolue du droit communautaire (arrêt Solange I en 1974), puis dans l'arrêt Solange II, en 1986, le Tribunal constitutionnel fédéral a considéré que « *aussi longtemps que la Communauté européenne, notamment la jurisprudence de la Cour, garantissant d'une façon générale une protection efficace des droits fondamentaux qui puisse être considéré comme essentiellement comparable à celle de la garantie impérative des droits fondamentaux, la Cour n'exercera plus sa compétence relativement à l'application du droit dérivé et ne contrôlera donc plus ce droit au regard des droits fondamentaux de la loi fondamentale* ». Enfin, dans l'arrêt Solange III-IV en 2000, la Cour constitutionnelle allemande admet que la protection offerte par les deux modèles peut être substantiellement comparable à défaut d'être rigoureusement identique (la Cour se réserve donc le droit, le cas échéant d'effectuer quand même un contrôle). On a connu à peu près la même évolution en Italie, la Cour constitutionnelle ayant dans l'arrêt Frontini et Pozzani, en 1976, considéré que le droit communautaire ne saurait violer les principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel italien.

Mais quel impact ont eu la jurisprudence de la Cour et les efforts déployés pour rendre le système décisionnel et politique de l'Union plus lisible et plus proche des citoyens des États membres de façon à créer une dynamique de la citoyenneté ? Pratiquement aucun. La légitimité de l'Union, comme celle de n'importe quel principe politique est désormais basée sur la capacité pour les ressortissants communautaires d'influencer le processus de décision, ainsi que sur le rôle et l'efficacité de l'Institution qui les représente. Pourtant cette identification Gouvernants/gouvernés est peu présente au sein de l'espace public européen dont les citoyens ont bien du mal à appréhender le mode de fonctionnement et le devenir, malgré les tentatives de démocratisation du système institutionnel et de transparence, déjà réalisées ou mises en place par le projet de constitution.

¹ Voir Dominique Philip, Direction bibliothèque et documentation de la CJCE, *Reflets* n° 2/2005 p. 14

II - LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE SIMPLE COMPOSANTE DE LA VIE DÉMOCRATIQUE DE L'UNION DANS LE PROJET DE CONSTITUTION

Dans la version du projet telle qu'elle a été élaborée par la Convention, figurait en préambule une citation du philosophe grec Thucydide : « *Notre Constitution est appelée démocratie parce que le pouvoir est entre les mains non d'une minorité mais du plus grand nombre* ». Cette citation n'a pas survécu à la Conférence intergouvernementale mais elle montre la volonté des rédacteurs de lier le projet au principe démocratique. Il fait notamment référence au principe de démocratie représentative : l'article I-46 précise que le principe de la démocratie représentative est l'un des fondements de l'Union Européenne et passe par deux canaux : le Parlement Européen mais aussi le Conseil Européen et le Conseil des Ministres.

Il donne une solution plus équilibrée à l'équation Union d'Etats/citoyens, par exemple, dans la définition de la majorité au sein du Conseil (qui inclut la participation démographique dans la prise de décision, et non plus seulement un chiffre de pondération représenté par le nombre de voix des États) ou encore dans l'article I-11 qui introduit des éléments nouveaux mettant en place un contrôle spécifique du respect du principe de subsidiarité par les Parlements nationaux.

Le projet comporte aussi des éléments de démocratie *participative* : L'article I-47-4 donne la possibilité aux citoyens européens de présenter une initiative législative.

Malgré ces progrès, le projet constitutionnalise les traités existants plus qu'il ne crée une véritable Constitution et surtout, n'apporte aucun éclaircissement sur le projet politique que sous-entend son appellation. C'est sans doute la raison pour laquelle, il évoluera dans un cadre juridique différent mais sans que cela n'ait d'incidence véritable sur son statut.

1 - Un cadre juridique différent mais un contenu quasiment identique

Ainsi, le niveau régional et local sera, si le projet entre en vigueur, pris en compte pour l'application du principe de subsidiarité : une action de l'Union ne sera justifiée que si son objectif ne peut être atteint par les États membres « tant au niveau central qu'au niveau régional et local ». La portée de cet ajout peut paraître limitée, dans la mesure où la rédaction actuelle couvre implicitement les cas où, au sein d'un État membre, la compétence pour le domaine considéré appartient pour tout ou partie à l'échelon régional

et local. Pour autant, la mention du niveau régional et local n'est pas sans signification : elle donne, en particulier, une base à l'intervention du Comité des régions dans le mécanisme de contrôle du respect du principe de subsidiarité mis en place par le nouveau protocole. De même, les parlements nationaux sont désormais chargés de veiller au respect du principe de subsidiarité, ce qui leur attribue, pour la première fois, un rôle dans le déroulement du processus législatif de l'Union. Ce rôle est cependant limité au principe de subsidiarité (§3 de l'article) et ne concerne donc pas le principe de proportionnalité¹.

D'une façon générale, la Constitution opère aussi une uniformisation des systèmes de protection juridictionnelle sur la base du système communautaire puisqu'elle supprime les restrictions inhérentes à l'architecture en Piliers. L'obligation de protection des droits fondamentaux s'imposera donc désormais à l'ensemble des institutions et organes de l'Union. Contrairement à ce qui se passe actuellement dans le cadre du troisième Pilier, aucun acte ne pourra échapper à un contrôle juridictionnel. Certaines restrictions seront cependant maintenues : selon l'article III-238 « dans l'exercice de ces compétences concernant les dispositions des sections 4 (coopération judiciaire en matière pénale) et 5 (coopération policière) du chapitre IV du titre III concernant l'ELSJ, la Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opération menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre pour le maintien de l'ordre public, et la sauvegarde de sécurité intérieure, lorsque ces actes relèvent du droit interne ». Les actes relevant du droit national dans ces domaines continueront donc d'échapper à la compétence de la Cour et demeureront de la compétence des juridictions nationales. Pour les actes pris en application d'espace de liberté de sécurité et de justice, la CJCE, saisie d'un renvoi préjudiciel lorsqu'une personne est détenue, devra « statuer dans les plus brefs délais »(article III-274). Concernant les compétences de la Cour de justice dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (JAI), le traité constitutionnel supprime les limitations et dérogations prévues aux articles 68 du traité CE et 35 du traité UE, lui permettant notamment de statuer sur les manquements des pays membres dans ce domaine.

Cette simplification devait, selon les travaux de la convention, s'ancrer dans un engagement commun en faveur de la liberté, fondé sur les droits de l'homme, les institutions démocratiques et l'État de droit. Selon le groupe ELSJ de la convention, il était effectivement important « *que les*

¹ Sénat Français, Document de travail du service des Affaires européennes, *Constitution européenne : comparaison avec les traités en vigueur*, 2004, p.13.

citoyens aient le sentiment qu'une conception adéquate d'un ordre public européen (« European public order ») a pris forme et se manifeste désormais concrètement dans les faits et dans leur vie quotidienne. À cet égard, les principes de transparence et de contrôle démocratique revêtent une importance capitale. La création d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice est par ailleurs étroitement liée au respect des droits fondamentaux des citoyens et au principe de non-discrimination (articles 12 et 13 du TCE) »¹.

- La consolidation des droits fondamentaux

L'article I-10² de la Constitution consacré à la citoyenneté n'apporte pas de modification de fond par rapport aux traités actuels, mais, comme dans beaucoup d'autres domaines procède à une synthèse des principaux éléments constitutifs de la notion. On retrouvera aussi ces droits mentionnés au sein de la partie II de la Constitution, ce qui avait notamment conduit la Convention à s'interroger sur l'opportunité de les intégrer dans la partie I, cela pouvant apparaître comme une incohérence. Mais le groupe de travail sur l'intégration de la Charte dans la Constitution a fait valoir qu'il était nécessaire de faire figurer les droits des citoyens de l'Union européenne (ainsi que les dispositions relatives à l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité) à la fois dans la première partie et dans la Charte, dans la mesure où ces droits sont constitutifs de la notion même de citoyenneté introduite dans le traité de Maastricht. Ils sont (du moins certains

¹ La Convention Européenne/Le Secrétariat, Rapport du Président du Groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice » à : la Convention, CONV 426/02 fer/jcc 1/ Bruxelles, le 2 décembre 2002 (03.12) (OR. en) CONV 426/02, WG X 14.

² Article I-10: La citoyenneté de l'Union : 1. Toute personne ayant la nationalité d'un État membre possède la citoyenneté de l'Union. 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 la Constitution. Ils ont:

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 de la Constitution et de recevoir une réponse dans la même langue.
Ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par la Constitution et par les mesures adoptées en application de celle-ci.

d'entre eux, comme la libre circulation ou les droits de vote des citoyens de l'UE dans le pays où ils résident) propres à l'Union et ne peuvent, par définition, être garantis au niveau national. Cela les distingue des autres droits reconnus dans la Charte, comme la liberté d'expression ou de religion, qui sont analogues aux droits fondamentaux protégés par les constitutions nationales.

Ainsi, cet article dresse-il un inventaire des droits attachés à la citoyenneté européenne. La portée et les modalités de mise en oeuvre de ces droits, qui font actuellement l'objet des articles 18 à 21 du TCE, sont précisées aux articles III-123 et suivants. Cette énumération, forcément décousue compte tenu de leur caractère hétéroclite ne doit cependant pas être considérée comme exhaustive. En effet, certains droits, qui auraient dû être rattachés aux droits des citoyens n'y figurent pas, tels que le droit à une bonne administration (consacré par l'article II-101), le droit d'accès aux documents des institutions (repris par les articles I-50 et II-102), ou le nouveau droit d'initiative populaire (consacré par l'article I-47).

Quant à l'évocation des devoirs, on peut formuler les mêmes remarques à l'égard de l'article I-10, que celles qui ont été faites pour l'article 17 TCE. On recherchera en vain, dans le texte de la Constitution, des références explicites à ses devoirs, pourtant censées exister plus loin dans le texte, mais qui demeurent toujours aussi invisibles. Ainsi, les critiques qui avaient déjà été formulées à l'encontre du statut actuel du citoyen de l'Union, trouveront leur confirmation dans le projet¹.

Dans le même temps, le projet de Constitution consacre un article I-9 qui définit un cadre pour les libertés et droits fondamentaux au sein de l'Union. Il n'y a pas d'équivalent dans les traités actuels, tant en ce qui concerne son champ d'application qu'en ce qui concerne sa portée juridique.

Logiquement, l'inventaire des sources de ces droits et libertés a été élargi à la Charte des droits fondamentaux, dont le contenu constitue la partie II de la Constitution.

- La question de l'adhésion de l'Union à la convention européenne

Cet article pose également le principe de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme qui sera donc acquis dès l'entrée en vigueur de la Constitution (la Conférence intergouvernementale

¹ Voir par exemple, D. Lochak, *La citoyenneté européenne : Facteur de l'union ou vecteur d'exclusion ?*, in *De la citoyenneté ss la direction de G. Koubi*, Éd. Litec, p51, cité par H. Manciaux, « *L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de Constitution pour l'Europe* », *Europe*, Ed. Jurisclasseur, avril 2004, chronique n° 5, p. 4.

est ainsi allée plus loin que la Convention, pour qui l'Union devait simplement *s'employer* à procéder à cette adhésion) et l'article III-325 subordonne l'accord d'adhésion à l'approbation du Parlement européen.

Cette adhésion permettra à la Cour de Strasbourg de contrôler la conformité des actes de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme. Certaines décisions de la Cour de Justice pourraient donc être subordonnées à une interprétation par la Cour de Strasbourg, saisie à titre préjudiciel. Soucieuse de prévenir autant que possible le risque d'un allongement des procédures, la Conférence intergouvernementale (CIG) a adopté une déclaration additionnelle aux termes de laquelle : « *La Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme* ».

Ce « dialogue régulier » devrait contribuer à réduire le risque d'une divergence de jurisprudence entre les deux juridictions. En effet, la Cour de Justice sera appelée à interpréter la Charte des droits fondamentaux puisque le paragraphe 1 la rend juridiquement contraignante. Or, plusieurs articles de la Charte reprennent mot pour mot ceux de la Convention européenne des droits de l'Homme, interprétée, elle, par la Cour de Strasbourg¹. Il est donc théoriquement possible que les deux Cours interprètent différemment des dispositions certes juridiquement distinctes, mais libellées en termes identiques².

Enfin, le dernier paragraphe de cet article renvoie, comme le § 2 de l'article 6 TUE (mais avec une rédaction nouvelle prenant en compte la disparition de la Communauté européenne), aux droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres : ces droits, qui sont aujourd'hui respectés par l'Union en tant que principes généraux du droit communautaire, feront partie du droit de l'Union en tant que principes généraux³.

¹ Voir, J. Andriantsimbazovina, Constitution Européenne et droits fondamentaux, au fondement d'une « statocratie constitutionnelle » : le virtuel et le réel, in *Annuaire de droit Européen*, 2003, Vol I, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 160-188.

² Sénat Français, Document de travail du service des Affaires européennes, *Constitution européenne : comparaison avec les traités en vigueur*, 2004, p.14.

³ Un protocole relatif à cet article I-9 précise le contenu de l'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH. Ce protocole exige d'abord (§ 1) que le futur accord reflète la nécessité de préserver les caractéristiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne :

S'il n'apporte pas grand chose au statut du citoyen, le projet de constitution tente de façon presque désespérée de renforcer la légitimité de l'Union, en la faisant d'avantage reposer sur lui, mais sans pour autant renoncer au fondement de la double légitimité peuple/Etats. Cette idée de la double base de légitimation est, nous l'avons vu, consacrée dans le Traité établissant la Constitution dans l'article 1^{er} qui porte sur l'établissement de l'Union : « *Inspirée par la volonté des citoyens et des Etats d'Europe de bâtir leur avenir commun, la présente Constitution établit l'Union Européenne...* ». C'est donc bien la volonté des citoyens et des Etats qui est à l'origine de cette construction, du moins si l'on se réfère au texte.

2 - Le citoyen, vecteur de la légitimation de l'Union en tant que nouveau modèle de démocratie

On trouve en effet un certain nombre d'éléments dans le Traité établissant la Constitution qui confirment cette vision des choses et tout d'abord le fait que l'Union repose sur certaines valeurs fondamentales (la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'Etat de droit, les droits de l'homme), et sur des valeurs « communes aux Etats » ce qui rappelle la double inspiration nationale et européenne de cette démocratie d'un nouveau type¹.

Tout d'abord, la légitimité des institutions de l'Union européenne a été indéniablement renforcée. Pourtant, le projet n'est pas parvenu à pallier

- les modalités spécifiques de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ;

- les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés contre les États membres et/ou l'Union, selon qu'il convient.

Ce protocole exige ensuite (§ 2) que l'accord garantisse « que l'adhésion de l'UE à la CEDH n'affecte pas les compétences de celle-ci ou les attributions de ses institutions. Il devra garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment vis-à-vis des protocoles annexés à cette Convention, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention conformément à son article 15 et des réserves vis-à-vis de la Convention formulées par les États membres conformément à son article 57 ».

Enfin, le protocole prévoit (§ 3) que l'accord d'adhésion de l'UE n'affectera pas l'article III-375 § 2, selon lequel « les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation de la Constitution à un mode de règlement autre que ceux prévus par celle-ci ». Voir Sénat Français, Document de travail du service des Affaires européennes, Constitution européenne : comparaison avec les traités en vigueur, 2004, p.55.

¹ Rapport de la Commission - Troisième rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union. COM/2001/0506 final

le problème de la représentation au sein des institutions, car, comme c'est le cas à l'heure actuelle, les citoyens des grands États continueront à être globalement sous-représentés par rapport à ceux des moyens et surtout des petits États. L'article I-46 indique que la représentation des citoyens est « *dégressivement proportionnelle* » et indique deux chiffres : le nombre de députés par Etat devra aller de six députés pour les plus petits jusqu'à quatre vingt seize pour les plus grands, ils sont très proches des chiffres actuels qui vont de six à quatre vingt dix neuf. Il s'agit d'une question quasiment insoluble quand les variations de population d'un État à l'autre vont de quatre cent mille environ (pour Malte et le Luxembourg) à quatre vingt Millions d'habitants (pour l'Allemagne).

- La représentation et le rôle du citoyen dans les institutions

Le Parlement européen, bénéficie comme à l'heure actuelle d'une élection au suffrage universel direct et secret des citoyens de l'Union européenne selon une procédure qui devrait être enfin uniformisée (article III-330), mais qui obéit de toute façon à des principes communs dans les vingt cinq Etats. Son rôle est cependant indéniablement renforcé par le projet. L'article 20 précise en effet qu'il exerce des fonctions législative et budgétaire mais aussi celle du contrôle politique, alors qu'actuellement le traité CE ne parle que des pouvoirs attribués au parlement sans les citer. On précise donc qu'il s'agit d'une fonction législative et d'une fonction budgétaire. Cette fonction budgétaire est également renforcée par l'article III- 404 de la Constitution qui prévoit un partage du pouvoir budgétaire à égalité entre le Conseil et le Parlement alors qu'à l'heure actuelle ce dernier ne peut pas être codécideur sur l'ensemble du budget à cause de la distinction (qui disparaît dans le projet) entre les dépenses dites obligatoires et les dépenses non obligatoires. Du point de vue de la représentation des citoyens au Parlement Européen il y a donc toute une série d'éléments nouveaux, même si tout n'a pas été modifié. Cependant, les députés européens ne bénéficieront pas plus qu'aujourd'hui du droit d'initiative. Le Parlement ne pourra toujours pas proposer des textes à l'adoption des institutions européennes. C'est la Commission européenne qui continuera d'avoir le monopole de l'initiative législative. L'article III-332 prévoit cependant que le Parlement pourra, comme il le peut déjà, demander à la Commission de faire une proposition. Cette possibilité est déjà prévue par le Traité instituant la Communauté, mais le Projet précise que si la Commission refuse, elle devra justifier son refus, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Enfin, le texte de la constitution encourage également le rôle des partis politiques au niveau européen. L'article I-46 indique que les « *partis politiques au niveau européen (...) contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Europe* ». Le regroupement actuel des partis politiques au sein du Parlement n'est effectivement pas très satisfaisant mais il semble un peu utopique pour l'instant de penser que les partis pourraient se positionner à l'échelle nationale par rapport au rôle qu'ils seraient susceptibles au niveau européen.

La Constitution renforce également la légitimité des textes adoptés en confortant la situation déjà importante du Parlement dans ce domaine. Elle prévoit notamment, à la faveur de la disparition des Piliers, une procédure qualifiée de « *procédure législative ordinaire* », actuellement appelé procédure de codécision et dans laquelle le Parlement européen co-décide, à armes égales, avec le Conseil des Ministres. Pour certains domaines cependant, cette procédure générale ne sera pas utilisée, notamment dans le domaine de l'harmonisation pénale (Chap. IV de la troisième Partie) qui introduit des possibilité de procédure dérogatoire au profit des États membres. Mais même dans ce domaine, la légitimité a été renforcée par le droit de regard des parlements nationaux. Il était en effet primordial de répondre aux allégations d'un déficit démocratique particulièrement important, notamment depuis l'insertion des accords de Schengen dans les Traités. À cet égard, l'instauration d'un contrôle démocratique revêtait pour les membres de la Convention « *une importance capitale* »¹. Ainsi ont-ils eu à cœur d'organiser la participation des Parlements nationaux, en vue de tenir compte des caractéristiques spécifiques du domaine de la police et du droit pénal. Le contrôle du Parlement européen et la subordination de l'action de l'Union dans ce domaine au respect des droits fondamentaux sous le contrôle de la Cour de justice y contribueront également. Les Parlements nationaux voient également leur rôle étendu et précisé par les articles I-42 et III-259 qui leur donnent un véritable droit de regard sur le respect du principe de subsidiarité par l'Union. En effet, ils pourront exercer leur contrôle sur la totalité des actes pris en application de la Constitution, donc a fortiori sur ceux adoptés dans le cadre du Chapitre IV de la partie III. Ils disposeront également un contrôle direct sur les activités d'Europol, en association avec le Parlement européen.

¹ CONV 426/02 fer/jcc 1/ La Convention Européenne/Le Secrétariat Bruxelles, le 2 décembre 2002 (03.12) (OR. en) CONV 426/02, WG X 14, p. 1.

Dans le système actuel, les parlements nationaux ne participent à l'adoption des normes applicables que par l'intermédiaire de la ratification nationale des « *conventions troisième Pilier* »¹. Cet instrument juridique ne figurant plus dans la Constitution, trois mesures permettent aux parlements de continuer à jouer un rôle et de contrôler la mise en œuvre de cette politique. A priori, il s'agit bien d'un renforcement de leur position dans ce domaine. Tout d'abord, il existera une possibilité de recours au « *mécanisme d'alerte précoce* » en matière de subsidiarité, qui peut être déclenché par un quart d'entre eux. Il sera également instauré une participation au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust, ce qui représente une nouveauté. Enfin, le projet prévoit une procédure d'information sur la teneur et les résultats du mécanisme d'évaluation mutuelle (« examen par les pairs »), menée en collaboration avec la Commission. L'article III-260 prévoit en effet l'application d'un mécanisme déjà mis en pratique avec succès ces dernières années, et qui permet de suivre la mise en œuvre concrète au niveau opérationnel des politiques de l'Union par les autorités policières et judiciaires, tout en favorisant dans le même temps la reconnaissance mutuelle entre les États membres. Les parlements nationaux seront à l'avenir toujours tenus au courant des travaux du Comité en matière de sécurité intérieure, ce dernier étant, dans une certaine mesure le successeur du fameux « comité 36 », qui tient son nom du numéro de l'article du traité sur l'Union européenne qui l'a institué. Il est prévu par l'article III-261 que sa mission évolue dans le sens d'une limitation : chargé aujourd'hui de contribuer à la préparation des travaux du Conseil dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, il ne s'occupera dans l'avenir que des travaux de promotion et de renforcement de la coopération opérationnelle entre les autorités compétentes en matière de police et de sécurité intérieure.

L'article I-46 sur le Conseil des ministres contient lui aussi un rappel du principe de la démocratie représentative : « *les États sont représentés au Conseil Européen par les chefs d'Etat ou de gouvernement et au Conseil des Ministres par leurs gouvernements eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens* ». C'est cette responsabilité démocratique de leurs membres qui confère au Conseil européen comme au Conseil des Ministres une légitimité démocratique. Même si cela ne révolutionne pas le système politique de l'Union, il s'agit d'une affirmation explicite qui n'existe pas dans les textes

¹ J.-M. Bockel, Rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne n° 1690, p. 77 et s et voir également, Conseil de l'Union européenne, Note du Comité 36 au Coreper, 11 novembre 1999, EJM 17, CRIMORG 155, COPEN 51).

actuels. Cette représentation des Etats dans les conseils souffre aussi d'un déficit en terme de représentations car les ministres nationaux qui siègent au Conseil des Ministres, les chefs d'Etat qui siègent au Conseil Européen n'ont pas été désignés dans les Etats respectifs sur des questions dont ils vont débattre au sein du Conseil des Ministres ou au sein du Conseil Européen mais sur la base de programmes le plus souvent de partis qui essentiellement portent sur des questions nationales¹. Enfin, le mode de calcul de la majorité qualifiée a été modifié. A l'avenir, elle va fonctionner sur le principe d'une double majorité, il faudra réunir 55% des Etats, (« au moins quinze sur les vingt cinq ») qui devront représenter 65% de la population totale de l'Union européenne. Ce nouveau mode de calcul est plus démocratique, à défaut d'être véritablement plus simple que l'actuel, grâce à la prise en compte du poids démocratique des Etats.

Mais l'Institution qui pose, et qui continuera sans doute à poser le plus de problèmes du point de vue de sa légitimité est la Commission Européenne. Cette institution a cristallisé malgré les efforts qu'elle a déployés ces dernières années, les allégations de déficit démocratique de l'Union². Elle est souvent critiquée comme une assemblée technocratique, éloignée du citoyen, et les gouvernements des Etats membres aiment à se servir d'elle comme d'un bouc émissaire pour justifier notamment les difficultés économiques rencontrées dans leur pays. Dans le projet, la Commission Européenne bénéficie cependant elle aussi d'une légitimité démocratique, car son président, conformément à la Constitution, sera élu par le Parlement Européen même si ce sont les Etats qui proposent les candidats. Le président, en accord avec les Etats membres désignera les autres commissaires. Le collège de la Commission dans son ensemble, les vingt cinq commissaires, y compris le président, devront ensuite obtenir un vote d'approbation devant le Parlement Européen.

Cette participation semi-directe du citoyen à la vie démocratique de l'Union est renforcée dans le projet par des dispositions qui l'impliquent plus directement. Le texte de la Constitution prévoit quatre formes de

¹ Jörg Gerkrath, La Constitution européenne offre-t-elle plus de démocratie ?, 10 février 2005, Une Constitution plus démocratique ?, L'apport du traité établissant une Constitution pour l'Europe, Parlement Européen, *Les Jeudis de la Constitution*, Bureau de Représentation du Parlement à Marseille.

² Voir Koen Leanerts et Marlies Desomer, La recherche d'un équilibre pour l'Union, La constitutionnalisation des traités européens, Forces et limites de la méthode conventionnelle, in *Une constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne* (sous la coordination de O. De Schutter et P. Nihoul, Ouvrage publié à l'occasion du 10^{ième} anniversaire du JTDE, De Boeck et Larquier, Bruxelles 2004, p. 54.

participation au travers desquelles il est susceptible de s'impliquer : participation directe, participation de la société civile, participation civile participation des partenaires sociaux ¹ :

- la participation des citoyens au fonctionnement de l'Union Européenne

La forme originaire de participation est la possibilité de former des recours direct devant les juridictions communautaires (la Constitution contribue à améliorer la possibilité des recours directs pour les particuliers) mais aussi celle de la pétition que les citoyens peuvent adresser au médiateur européen, élu par le Parlement. Ces deux possibilités existent déjà à l'heure actuelle. Plus innovante, est la possibilité d'initiative citoyenne prévue par l'article I-47 § 4 du chapitre consacré à la vie démocratique de l'Union Européenne. Il s'agit de la possibilité pour un groupe de citoyens de l'Union européenne au nombre d'un million au moins, de pouvoir présenter une initiative invitant la Commission à soumettre une proposition de texte pour une question sur laquelle ces citoyens considèrent qu'elle doit être réglée. Cette disposition n'a pas la même force juridique qu'une véritable initiative populaire au sens Suisse du terme, car elle laisse planer un certain nombre d'incertitudes. On ne sait pas par exemple qu'elle sera le degré d'implication de la Commission face à ce genre d'initiative, puisqu'elle n'a objectivement aucune obligation de donner suite à la proposition. C'est en effet une loi européenne qui devra établir le détail de la procédure, elle ne sera donc pas immédiatement applicable après l'entrée en vigueur du Traité. Qualifiée de « *procédure gadget* » par les opposants au projet, elle n'en demeure pas moins un outil à la disposition des citoyens, qui pourrait leur permettre d'apparaître en tant que co-législateur sur la scène politique de l'Union, ce qu'il leur ait impossible de faire dans les États membres.

On trouve également dans le projet des articles concernant la participation civile. Les articles I-47 et I-48 sont également consacrés à la société civile et aux partenaires sociaux. L'article I-48 inscrit dans la Constitution le « sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi », qui a été créé par une décision du Conseil du 6 mars 2003 et qui réunit, une fois par an, avant le Conseil européen de printemps consacré aux questions économiques, le Président en exercice du Conseil, les deux présidences

¹ Jörg Gerkrath, Conférence, La Constitution européenne offre-t-elle plus de démocratie ?, 10 février 2005, Une constitution plus démocratique ?, L'apport du traité établissant une Constitution pour l'Europe, Parlement Européen, *Les Jeudis de la Constitution*, Bureau de Représentation du Parlement à Marseille.

suivantes, la Commission européenne et les partenaires sociaux répartis entre représentants des employeurs et des travailleurs.

Enfin, l'article III-282 reconnaît (ce qui est nouveau) la spécificité du sport, et crée une nouvelle compétence d'appui de l'Union dans ce domaine. L'introduction cette base juridique permettra à l'Union d'adopter des actions d'encouragement afin de développer la dimension européenne du sport. Il est précisé qu'elle devra viser notamment à promouvoir l'équité et l'ouverture des compétitions sportives, à encourager la coopération entre les organismes responsables du sport et à protéger l'intégrité physique et morale des sportifs.

Ces articles posent, dans leurs différents aspects, le principe que les institutions européennes doivent dialoguer avec les associations représentatives et, plus généralement, la « société civile ».

Toutes ces initiatives auraient pu contribuer à réduire la fracture entre les citoyens et l'Union. Elles sont largement passées inaperçues.

Il semble que les jeux soient faits quant à l'application du texte de la Constitution dont on ne verra probablement jamais la mise en œuvre. On dira qu'il aura eu au moins le mérite de mettre en lumière le plus terrible des dysfonctionnements de l'Union : la perte de confiance des citoyens dans la construction européenne. Il est dommage que ce mécontentement se soit focalisé sur un texte, qui de par son mode d'élaboration et son contenu était sans aucun doute le plus démocratique et le moins *libéral* qu'on ait jamais eu. Encore aurait-il fallu que les citoyens en prennent conscience, encore aurait-il fallu qu'on le leur explique. De la citoyenneté européenne inscrite dans les traités à l'Europe des citoyens, la route semble encore être nationale, donc peu entretenue et particulièrement accidentogène !!!

Sophie PEREZ

Maître de Conférences à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

L'ENFANT INCESTUEUX : ENFANT-CLONE

Nul ne niera que la famille « appartient » bien, pour reprendre l'expression du thème de ces journées, au sociologue, à l'historien comme à bien d'autres, tel que le politique. On évoquera, à propos de ce dernier, les nombreux exemples de conjoint et de parent d'un homme ou d'une femme politique qui, au nom de leur seule appartenance familiale, occupent des fonctions rendues d'autant plus importantes que le membre de leur famille se trouve haut placé. Mais bien au-delà de cette évolution de l'engagement politique de plus en plus « entier » puisqu'il envahit la sphère familiale, il s'agit seulement de dire que la famille appartient aussi au juriste.

Il est possible d'illustrer cette appartenance de la famille au droit en évoquant le sort que ce dernier réserve à l'enfant incestueux. C'est là poser principalement la question de l'établissement de la filiation de cet enfant à l'égard de ses père et mère et de son inscription dans leur famille autrement dit la question de son appartenance (ou de son identité) familiale.

L'inceste vient du mot latin *incestus* qui signifie proprement « non chaste » (Le nouveau Petit Robert) ou « souillure »¹. C'est le péché par excellence. Ainsi St Paul évoquait (1^{ère} épître aux Corinthiens, 5, 1-13) cette « conduite telle qu'on ne la trouve même pas chez les païens : l'un de vous vit avec la femme de son père » et exhortait ainsi ses frères : « Enlevez le mauvais du milieu de vous ».

Les rédacteurs du Code Napoléon avaient la « haine » de l'inceste² qui pouvait souiller « la petite patrie qu'est la famille » selon Portalis. C'était le temps où « une *aura* de sacré enveloppait la famille et toutes les institutions composantes : mariage, maternité, paternité »³.

L'inceste désigne les relations sexuelles entre un homme et une femme parents ou alliés à un degré qui entraîne la prohibition du mariage. L'enfant incestueux est l'enfant issu de telles relations.

En droit pénal français, l'inceste ne constitue pas, sauf exception, une infraction spécifique. Cependant il est tenu compte du lien de famille pour apprécier certaines infractions sexuelles qui seront plus sévèrement

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF « quadriges » 2005, 7^{ème} éd., p.466.

² A. Breton, L'enfant incestueux, *Mélanges Ancel*, t. 1, p. 320 et suiv.

³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 2^{ème} éd, 1971 p. 137.

sanctionnées lorsqu'elles sont commises par « un ascendant, légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime », élément qui jouera comme une circonstance aggravante. Une étude récente de droit comparé¹ fait apparaître que si en Espagne et au Portugal la solution est la même qu'en France, dans d'autres pays elle est différente. En Allemagne, au Danemark, en Italie, en Suisse, en Angleterre et aux Pays de Galles, dans tous ces pays principalement anglo-saxons, lorsque la relation est librement consentie (pour l'Italie, encore faut-il cependant qu'elle soit notoire), le lien de famille est un élément constitutif de l'infraction. Il semble donc qu'il y ait une attitude plus mesurée des pays latins, comme la France, à l'égard de la relation sexuelle incestueuse en elle-même, c'est-à-dire envisagée indépendamment de l'existence d'un rapport d'autorité. Les pays latins se refusent à nommer directement l'inceste.

C'est cette même attitude passant par la *dénégation* qui se manifeste en droit civil s'agissant de l'établissement de la filiation de l'enfant incestueux.

L'article 334-10 C. civ., dans l'hypothèse où existe un empêchement à mariage entre les père et mère de l'enfant fondé sur la prohibition de l'inceste, interdit, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, d'établir la filiation à l'égard de l'autre. Cette disposition qui exprime le refus légal de révéler officiellement l'inceste a donc pour conséquence, s'agissant de l'enfant, de priver celui-ci de toute possibilité de déclaration juridique de son double lien, faisant de lui un enfant-clône, issu à tout jamais d'un seul de ses auteurs. L'appartenance familiale est interdite (I)

Mais l'artifice ne s'arrête pas là puisqu'à l'interdiction légale, *le juge* va répondre par une reconnaissance de l'amputation que la loi inflige à l'enfant incestueux, dégageant des solutions compensatrices qui peuvent aller jusqu'à constituer un véritable détournement d'institution. L'exclusion familiale est compensée (II).

C'est cette double attitude, de la *loi* et du *juge*, que nous voulons approfondir. Il nous semble que l'une comme l'autre, sous couvert de la prohibition de l'inceste, ne constituent qu'un « écran de fumée destiné à annihiler toute controverse sous l'effet d'un brin de magie », pour reprendre les mots utilisés par M. Denys de Béchillon à propos de la notion de « catégorie anthropologique fondamentale »².

¹ *La répression de l'inceste*, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, février 2002.

² D. de Béchillon, Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire, *RTDCiv* 2002 p. 47.

I - L'APPARTENANCE FAMILIALE INTERDITE

Même si le domaine de l'interdiction est aujourd'hui limité, les fondements traditionnels demeurent.

A - Le domaine limité de l'interdiction légale

Ce qui frappe, c'est le caractère relativement limité du domaine de l'interdiction. Selon l'article 334-10 C. civ., issu de la loi du 3 janvier 1972, le double lien ne peut être établi « s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour *cause de parenté* ». Or, l'article 161 prohibe le mariage en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et les alliés dans la même ligne ; l'article 162 entre le frère et la sœur. Il s'agit de cas d'incestes dits absolus ou de droit naturel¹, « zone d'horreur »² dans laquelle une levée de l'interdiction par le Président de la République pour causes graves est exclue (et l'on sait que la cause grave essentielle est la survenance d'un enfant). Le cas des alliés en ligne directe doit être réservé : la doctrine considère que l'établissement de la filiation de l'enfant issu de l'union n'est pas prohibé en raison de l'« art 334-10, qui ne vise que la parenté, non l'alliance »³.

Il faut donc admettre, par exemple, qu'il serait possible pour un homme de reconnaître l'enfant qu'il aurait de sa nièce (malgré la prohibition du mariage prévue à l'article 163 C. civ. mais non visée par l'article 334-10 C. civ.), de sa belle-mère (car l'art 334-10 ne concerne que la parenté), de la fille de son épouse pour la même raison⁴ ou de la fille de sa concubine ou encore de la fille de sa ou de son pacsé⁵.

Ainsi, l'article 334-10 C. civ. laisse-t-il en dehors de la prohibition plusieurs catégories d'enfants que la société, du fait même de l'évolution des modes de vie et notamment de l'importance des familles recomposées, a plutôt tendance à considérer comme issus d'une union prohibée, l'auteur de l'inceste pouvant, d'ailleurs, le plus souvent, être sanctionné pénalement. Ce sont souvent des incestes dits du « deuxième type », prohibés depuis des temps immémoriaux (l'inconduite dénoncée par St Paul), concernant les

¹ A. Breton, L'enfant incestueux, *Mélanges Ancel*, t. I p. 320.

² J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Coll. Thémis, 21^{ème} éd. refondue, 2002.

³ J. Carbonnier *op. cit.* p. 447.

⁴ Cf notamment dans ce sens : Fr Dekeuwer-Défossez, Pacs et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, *RTDCiv* 2001, p. 529, et précisément n° 77.

⁵ Cf Fr Dekeuwer-Défossez, *ibidem* qui démontrant le caractère non-familial du pacs, rappelle que le pacs, comme d'ailleurs tout concubinage informel, ne crée aucune interdiction liée à la notion d'inceste.

rapports sexuels qui mettent en contact des consanguins, comme deux sœurs, par l'intermédiaire d'un partenaire commun : il y a, écrit Madame Héritier, « homologie parfaite puisque les individus sont de même sexe et sont issus de la même matrice ». Or « la prohibition de l'inceste n'est rien d'autre qu'une séparation du même, de l'identique, dont le cumul, au contraire, est redouté comme néfaste »¹.

Ce caractère limité du domaine de l'interdiction de l'établissement du double lien rend d'autant plus difficile la détermination des fondements de la règle.

B - Les fondements traditionnels de l'interdiction légale

Les fondements traditionnels de l'interdiction de l'établissement du double lien tiennent tant au tabou de l'inceste lui-même qu'à l'intérêt de l'enfant.

I - Le tabou de l'inceste

Un tabou, du mot polynésien « tapu » qui signifie interdit, sacré, désigne à la fois un « système d'interdictions de caractère relatif appliquées à ce qui est considéré comme sacré ou impur » et « ce sur quoi on fait silence par crainte, pudeur » (Le petit Robert).

Le tabou de l'inceste emporte prohibition de l'endogamie, de la relation à l'intérieur d'un même groupe autrement dit, à l'inverse, il est « une injonction positive : le commandement d'aller chercher femme ailleurs, au-dehors (exogamie) »².

Les deux justifications avancées de la transposition en droit de cette règle de l'échange par excellence sont, d'une part, « l'effet, confusément eugénique, de l'expérience : les enfants nés d'unions consanguines présentant souvent des tares physiologiques »³ et, d'autre part, car l'explication précédente ne vaut pas pour l'interdiction du mariage entre alliés en ligne directe, des considérations de moralité : il faut « éviter des passions troubles entre membres de la même famille, peut-être de la même maison »

Mais « la peur du monstre », a-t-on démontré⁴, tient bien davantage

¹ F Héritier, *De l'inceste*. Paris : O. Jacob p. 9 et suiv.

² J. Carbonnier, *op. cit.* p. 446.

³ J. Carbonnier, *op. cit.* ; V. dans ce sens : A. Batteur, L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille, *RTD civ.* 2000 p. 759 qui écrit – p. 766 – qu' « il paraît clair que la volonté d'éviter les risques attachés à la consanguinité constitue le fondement majeur de la réglementation actuelle ».

⁴ B. Cyrulnik, Le sentiment incestueux in *De l'inceste*, éd O. Jacob, mai 2000, p. 25 et suiv.

du récit que l'on peut faire de l'inceste pour susciter un sentiment d'horreur, qu'il ne repose sur des études biologiques sérieuses"

Ce sont donc principalement des raisons culturelles de moralité qui soutiennent l'interdit, notamment pour les incestes du « deuxième type ».

Il n'est pas dans notre propos de nous prononcer sur de telles considérations si ce n'est pour relever leur valeur structurante au moins dans les pays qui sont proches culturellement de la France et notamment les pays européens qui reposent tous, malgré des variations, sur des systèmes exogamiques¹.

Mais l'interdit de l'inceste est un interdit social relatif aux relations sexuelles. C'est le couple qui est visé². Doit-il pour autant rejailir sur l'enfant, innocent, en prohibant l'établissement de son double lien ? Quelle notion de l'intérêt de l'enfant retenir ?

2 - L'intérêt de l'enfant

Pour la doctrine unanime, l'article 334-10 C. civ. se fonde sur la nécessité de ne pas révéler l'inceste. « L'ordre de la loi est celui du silence »³. L'intérêt de l'enfant fait, dans ces conditions, l'objet d'une sorte de présomption irréfragable. « Cette restriction au libre établissement de la filiation est dictée par la volonté de préserver l'enfant. Son intérêt n'est pas de voir révélées les conditions de sa conception », peut-on lire à l'occasion⁴.

C'est le même raisonnement qui fut utilisé pour l'enfant adultérin.

Jusqu'à la loi du 3 janvier 1972, l'enfant incestueux et l'enfant adultérin subissaient le même sort en raison des circonstances immorales de leur conception qu'il convenait de taire. Ils ne pouvaient nullement voir leur filiation établie (ancien article 335 C civ). Mais en 1972, le législateur, tout en prenant soin de ne plus désigner directement l'enfant adultérin comme l'enfant incestueux, lève totalement la prohibition pour l'enfant dont « au temps de la conception, le père ou la mère était engagé dans les liens du mariage avec une autre personne » même si demeurent des restrictions concernant ses droits successoraux. En revanche, pour le second d'entre eux, avec l'article 334-10, il ne permet qu'un demi-établissement.

On sait ce qu'il est advenu de ce « frère » d'infortune issu d'un adultère. La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de

¹ V. notamment, Fanny Vasseur-Lanibry *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, Préface Fr Dekeuwer-Défossez, L'harmattan, 2000, coll. Logiques juridiques, spéc. n° 243.

² Fr Dekeuwer-Défossez, art. préc. *RTDciv* 2001 p. 529.

³ A. Batteur, art. préc. p. 759, spé n° 13.

⁴ B Renaud, Anonymat, un mal nécessaire, *JCP* 2000 éd. N. p. 919.

l'homme¹, pour violation de l'art 1^{er} du Protocole n° 1 de la Convention (qui garantit le respect des biens et de la propriété) combiné avec l'article 14 de la Convention (qui interdit de traiter de manière différente des personnes en situation comparable sauf « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »). Cette condamnation est intervenue en raison de l'inégalité successorale instituée au détriment de l'enfant adultérin qui, en concours avec une victime de l'infidélité n'avait droit en général qu'à la moitié de la part qu'il aurait eue s'il avait été légitime. La Cour de cassation elle-même avait été impuissante devant ces restrictions². Postérieurement à cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur français, par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 « relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral », a abrogé les textes du code, source d'inégalité. On observera avec M. Bernard Beignier³ que la loi vise bien dans son titre officiel les « enfants adultérins » donnant « l'impression qu'ils retrouvent leur qualité à l'instant où celle-ci ne les discrimine plus ».

Certes les représentations respectives dans la société de l'inceste, d'une part, et de l'adultère, d'autre part, sont différentes. La Cour de cassation le 3 février 1999 n'a-t-elle pas considéré que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire »⁴ ? (Un raisonnement par analogie sera difficile à tenir... sauf à s'arrêter sur ce que le doyen Carbonnier écrivait en 1972 à propos de l'illégitimité⁵ : « Pourrait se vérifier ce qui semble être une constante sociologique dans tous les phénomènes de déviance (si tant est que l'on analyse de la sorte l'illégitimité), ou du moins dans tous les phénomènes de minorité : que le droit destiné à régir ces phénomènes procède moins des déviants eux-mêmes, de leurs besoins et de leurs aspirations, que de la représentation très indépendante que s'en font les non-déviants. C'est, comme on le dit quelquefois, un droit d'aliénation, un droit qui a son centre de gravité ailleurs que dans son objet, un droit qui se crée par les autres – et probablement pour les autres, pour la tranquillité de leur conscience morale »).

Le droit tant interne qu'international devrait, à cet égard, faire

¹ CEDH 1^{er} février 2000, arrêt Mazurek, D 2000, 322 note Thierry.

² Civ 1^{ère} 25 juin 1996, Bull. civ. I n° 268.

³ La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil, *dr. fam.* 2002 chron n° 3.

⁴ Civ 1^{ère} 3 février 1999, Bull. civ. I n° 43.

⁵ Préface de J. Massip, G. Morin, J-L. Aubert, *La réforme de la filiation*, Répertoire Defrénois 1972.

évoluer les mentalités.

*En droit interne, deux principes du droit de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972 peuvent être avancés en faveur du libre établissement de la filiation de l'enfant incestueux. Ce sont les principes d'égalité des filiations et de vérité de la filiation qui ont inspiré cette loi et l'ensemble de la construction postérieure du droit positif de la filiation dont ils constituent les deux colonnes inséparables. C'était une question de *justice* et dans sa chronique intitulée « La naissance et la grâce »¹, M. Gérard Cornu avait évoqué ce passage de Jérémie (31,29) : « en ces jours-là, on ne dira plus : les pères ont mangé des raisins verts et les dents des enfants en ont été agacées » avant d'affirmer que « l'inspiration maîtresse de la réforme en fait d'abord une conquête historique de l'égalité civile. Fin d'une disgrâce, elle abolit une discrimination de naissance. Ce serait la loi sur l'égalité des enfants ». L'égalité obtenue, rien ne s'opposait plus à l'établissement de la véritable filiation.

Dans la droite ligne de cette évolution du droit positif, on mentionnera, à titre d'exemple et pour ne prendre que les plus récentes des interventions du législateur, outre la loi du 3 décembre 2001 précitée en matière patrimoniale, la loi du 22 janvier 2002 sur l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat qui, si elle ne concerne principalement que la connaissance des origines et non l'établissement de la filiation, vise cependant à faciliter, dans l'hypothèse d'un accouchement anonyme de la mère, l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de son père (art 62-1 C. civ.) ainsi que la loi n° 2 002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (définie à l'article 371-I C. civ. comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ») qui a pratiquement réussi, à cet égard, à gommer toute distinction ayant trait à la nature de la filiation. On signalera également le nouvel art 310-1 C. civ. qui ouvre le titre septième relatif à la filiation : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

Si le droit positif a ainsi évolué, les fondements de l'article 334-10 C. civ., eux, n'ont pas changé de même que ses conséquences. Pourtant, il s'agit bien, comme le rappelait déjà André Breton², de priver un enfant du « droit d'établir le lien qui l'unit à l'un de ses auteurs » ajoutant que s'il comprenait les scrupules du législateur il hésitait à les partager car « s'il existe un fait, si déplaisant ou si abominable qu'il soit, on ne le fait pas disparaître en le niant ».

¹ D. 1971, chron 165.

² L'enfant incestueux, *Mélanges Ancel*, t. 1 p. 320.

*Au développement de ces principes en droit interne, s'ajoute celui de l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a élaboré un véritable statut juridique de l'enfant naturel¹.

Si, pour l'instant, il en a été fait application seulement à la mère, la Cour a dégagé le principe selon lequel le lien juridique de filiation découle automatiquement du lien biologique², principe qui serait enfreint s'agissant de l'enfant incestueux dont la filiation paternelle aurait été établie en premier³. Plus largement, l'arrêt affirme que l'enfant naturel n'a pas moins intérêt que l'enfant légitime à la constatation du lien qui le lie à ses parents et la Cour lui reconnaît « le droit à l'intégration » dans sa famille par le sang⁴. Le principe a été réitéré dans l'arrêt Johnston et autres c/ Irlande du 18 déc. 1986⁵. Dans l'arrêt Mikulic c/ Croatie du 7 février 2002⁶, la Cour inclut même dans le champ de l'article 8 le droit de connaître ses origines, d'établir « les détails de son identité d'être humain », en liaison avec l'établissement du lien juridique de filiation : « il y a un « intérêt vital » des individus, dit la Cour (qui invoque en outre « l'intérêt supérieur de l'enfant »), « à obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de leur identité personnelle ».

De même, le principe, découlant de l'arrêt Mazurek précité⁷, de l'égalité des droits patrimoniaux de l'enfant naturel et de l'enfant légitime n'est pas respecté dans la mesure où l'enfant incestueux, *enfant-clône*, ne peut jamais hériter de ses deux parents. Or il ne faut pas sous-estimer la force de cette transmission patrimoniale : « il ne suffit pas, pour libérer les enfants naturels de leurs frustrations, de les combler d'avantages sociaux. Des droits civils, singulièrement des droits successoraux, sont

¹ Fr. Sudre, *La convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Que sais-je ?, 5^{ème} éd 2002, spéc. p. 107 ; V. plus généralement : Sylvain Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ Bibliothèque de droit privé, t.290, 1998 ; Fanny Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2000 Préface Fr. Dekeuwer-Défossez ; Anne Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses 2002.

² Arrêt Marckx C/ Belgique du 13 juin 1979, Série A n° 31.

³ Mais l'hypothèse est peu probable car l'article 334-10 C. civ. fait, en pratique prédominer la filiation maternelle – ce qui est déjà regrettable en soi. Sur le problème de la prééminence de la femme – et de l'effacement du père – V. Norbert Rouland, En quête d'identités in F. Dekeuwer-Défossez, A. Donval, Ph. Jeammet, N. Rouland, *Inventons la famille*, éd. Bayard, coll. Société, 2001, p. 115 et suiv. spécialement p. 206 et suiv.

⁴ Fanny Vasseur-Lambry, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, précité, spécialement n° 366.

⁵ Série A n° 109.

⁶ JCP 2002 I 157 n° 5 ; RTDciv. 2002 p. 795 obs. J. Hauser.

⁷ Comme des arrêts antérieurs Inze c/ Autriche du 28 octobre 1987, série A n° 126 et Vermeire c/ Belgique du 29 novembre 1991, série A n° 214-C.

indispensables, ayant valeur symbolique »¹.

La question est donc : que vaut vraiment, aujourd'hui, le tabou de l'inceste comme but légitime de la prohibition du double lien de l'enfant au regard des droits qui lui sont reconnus par la Convention européenne et son interprétation par la Cour?

Il sera peut-être difficile de considérer le lien né de l'inceste comme créant une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²: la doctrine nie, en majorité, l'existence d'une « famille incestueuse ». On observera cependant que la Cour européenne retient « la vie familiale effective » et qu'une telle réalité n'est pas exclue³.

Néanmoins il reste le terrain de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, certains pays, comme l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, le Portugal, la Suisse, la Croatie et la Turquie (depuis le nouveau Code civil de cette dernière du 22 novembre 2001 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002) mais aussi la Province autonome de Catalogue, permettent à l'enfant incestueux d'être reconnu sans limitation. D'autres comme la Belgique et le Luxembourg auxquels on peut, à quelques nuances près, ajouter les Pays-Bas, adoptent une solution comparable à celle de la France. L'Italie, l'Espagne subordonnent l'établissement de la filiation à l'intérêt de l'enfant⁴. Autrement dit, s'il semble y avoir plutôt une majorité en faveur d'un établissement sans restriction, il n'y a pas véritablement de consensus. La Cour européenne des droits de l'homme, si elle avait à se prononcer sur ce point, serait peut-être encline à se référer, comme elle l'a fait dans l'arrêt F c/ France du 26 février 2002 sur la question de l'adoption par une personne homosexuelle⁵, en l'absence d'une communauté de vues dans les Etats parties à la Convention, à la « grande marge d'appréciation » de ces derniers d'autant que des réserves (relativement aux enfants adultérin et incestueux – ce qui n'a pas vraiment gêné la Cour pour le premier) sont admises au titre de l'article 3 de la Convention sur le statut des enfants nés hors mariage. Mais on peut raisonnablement penser qu'elle pourrait aussi, sachant que « la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la

¹ J. Carbonnier, *op. cit.* p. 341.

² V. M-Th Meulder-Klein, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, *RTDcomp* 1992, p. 767 et suiv. spécialement p. 777. V. aussi Fr. Granet, obs. sous Rennes 24 janvier 2000, *D.* 2002 som. com. p. 2021.

³ V Rennes 24 janvier 2000, *RTD civ* 2000, p. 819, obs. J. Hauser ; *D.* 2002 som. com. p. 2021, obs Fr. Granet.

⁴ Frottements. Granet, L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne dans les Etats membres de la Commission internationale de l'état civil, *RTDeur.* 1997 p. 653 et note sous Rennes 24 janvier 2000, *D.* 2002, som. com. p. 2021.

⁵ A. Debet, La Cour européenne des droits de l'homme, les homosexuels et l'adoption, *Dr. famille* 2002, chron n° 19 ; *JCP* 2002 II 10074 note A. Gouffenoire-Cornut et Fr Sudre.

lumière des conditions actuelles »¹, ne pas résister à « l'influence croissante du principe de non-discrimination »² réalisant l'élargissement du champ d'application de l'article 14 à partir du Protocole n° 1 signé à Rome le 4 novembre 2000 (mais non encore entré en vigueur) selon lequel « la jouissance de tout droit reconnu par la Loi, doit être assurée sans discrimination aucune... »

Quant à l'intérêt de l'enfant, qui en droit français interne est étranger à la question de l'établissement de sa filiation quelle qu'en soit la nature, il est souvent difficile d'en juger *in concreto*. Les fonctions, en renouveau, de l'état civil sont diverses et la fonction psychologique est importante³, à tout âge. On relèvera, à titre d'exemple, le jugement du tribunal de grande instance de Créteil du 21 février 2002 qui a permis, en dehors de toute préoccupation d'ordre successoral et sur le fondement d'une fragile possession d'état, l'établissement du lien de filiation sur la demande d'un homme d'une cinquantaine d'années à l'égard de son père, condamné à mort et exécuté en 1957 alors qu'il avait à peine 3 ans⁴.

Ce que le législateur ne réalise pas directement en voilant l'inceste, le juge va l'accomplir. Les compensations qu'il va rechercher pour l'enfant, considéré comme une *victime*, vont constituer autant de limites au respect du tabou de l'inceste, manifestant ce que l'on a pu appeler « l'insouciance du droit »⁵.

II - L'EXCLUSION FAMILIALE COMPENSÉE

C'est par le recours, d'une part, à la responsabilité civile et, d'autre part, à l'institution de l'adoption que le juge va achever la désymbolisation.

A - L'indemnisation des préjudices subis par l'enfant incestueux

Pour protéger celle que l'on pourrait appeler la « première victime » ayant subi dans sa chair le « crime généalogique » d'inceste⁶, le recours au juge pénal est parfois renforcé par l'utilisation des règles de la responsabilité

¹ Cf. notamment CEDH, 26 février 2002 arrêt F c/ France préc.

² Fr. Granet obs. sous Rennes 24 janvier 2000, *D* 2002 som. corn. p. 2021.

³ D. Gutmann, Identité civile et identité familiale, *LPA* 1999, n° 84 p. 37.

⁴ TGI Créteil 21 février 2002, *D*, 2002, p. 1710 note F. Granet.

⁵ A. Bateur, art. préc., p. 773.

⁶ D. Salas, L'inceste, un crime généalogique, in *Malaise dans la filiation*, rev. Esprit, déc. 1996, p. 122 et suiv.

civile¹. Il peut arriver que l'indemnisation de la « deuxième victime », l'enfant issu de la relation, soit aussi recherchée.

Des droits oscillants entre droits indemnitaires et droits alimentaires ont toujours été reconnus aux enfants nés hors mariage. La loi du 3 janvier 1972 ouvre même l'action à fins de subsides, fondée sur le risque pris de paternité du fait des relations sexuelles, au cas de relations incestueuses (art 342 C. civ. al. 3). Mais il ne semble pas y avoir de jurisprudence.

L'indemnisation de l'enfant résulte davantage du droit commun de la responsabilité civile.

*Dans une première orientation, par un jugement en date du 6 mai 1996, le tribunal de grande instance de Lille, plus exactement la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions², a admis la réparation de l'atteinte portée à l'enfant issu d'un viol incestueux. La Cour d'assises du Nord avait déjà attribué une première somme en réparation du préjudice moral de l'enfant (100.000 F). La Commission prend en compte cette fois-ci, considérant qu'ils entrent dans les prévisions de l'article 706-3 CPP, « les dommages résultant d'atteinte à sa personne du fait même de cette conception dans la mesure où sa filiation paternelle ne pourra jamais être établie par application des articles 334-10 et 162 du Code civil » (et lui alloue une somme équivalente). Le jugement était à l'époque particulièrement remarquable car il coïncidait, à quelques mois près, avec la première décision de la Cour de cassation prenant en considération l'existence d'un préjudice (pour la mère) du fait de la naissance d'un enfant handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic³. Dans un tel contexte, la décision fit l'objet d'une critique plutôt sévère. On a pu faire observer notamment, tout en relevant que « le fait même de pouvoir révéler une situation incestueuse dans le cadre d'un jugement (...) est (...) une façon de reconnaître l'inceste et de mettre à bas les tabous », que cet enfant n'était anormal que dans la seule mesure où il ne pouvait établir sa filiation par le sang bi-linéaire, rien ne l'empêchant de faire l'objet d'une filiation résultant de la volonté (reconnaissance) ou de la possession d'état et que cette situation n'était pas totalement isolée dans notre droit de la filiation puisqu'elle concernait aussi le cas de l'enfant issu d'une PMA avec

¹ V. pour une hypothèse où la responsabilité civile de la mère d'un mineur qui avait été condamnée pour viol aggravé sur sa demi-sœur a été retenue sur le fondement de l'article 1384 al 3 C civ : Crim. 25 mars 1998, *Petites affiches*, 5 oct. 1998, note F. Ait-Maes ; *JCP* 1998 II 10162 note Huyette ; *RTD civ.* 1998, 919 obs Jourdain.

² *D.* 1997, p. 543, note X. Labbé.

³ Civ 1^{ère} 26 mars 1996, *D.* 1997, 35, note Roche-Dahan ; M. Paillet, L'enfant-préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne, in *Mélanges Bolze*, Economica 1999, p. 261.

donneur¹. Mais il semble qu'il ait été répondu à cet argument : s'il existe un « droit à la filiation », c'est bien d'un droit à la véritable filiation entendue au sens biologique qu'il s'agit.

La même solution sera retenue par le tribunal de grande instance de Tulle le 10 avril 1998² « afin de voir réparer le préjudice tant moral que psychologique et biologique de l'enfant » comme par la Cour d'appel de Paris en 1999³ qui, après avoir précisé qu'« en visant toute personne dont le préjudice découle d'une atteinte à la personne résultant d'une infraction, l'art 706-3 CPP n'exclut pas l'indemnisation d'un proche de la personne sur qui l'infraction a été commise », considère que « tel est le cas d'une enfant, issue d'un viol incestueux commis sur sa mère, son préjudice étant constitué par le "désinvestissement" de sa mère et son "éloignement", son placement à l'aide sociale pour l'enfance et par l'impossibilité d'établir sa filiation paternelle ».

*Dans une deuxième orientation, la Cour de cassation elle-même⁴, dans une affaire où un père avait violé sa fille dont il avait eu un enfant, a admis la recevabilité de la constitution de partie civile faite, au nom de l'enfant, contre son parent. Pour certains auteurs⁵, c'était ainsi un nouveau pas qui était franchi, par la Cour de cassation, dans l'admission de l'action en vie préjudiciable « puisque c'est l'acte de donner la vie lui-même qui est reproché à un parent », « le crime de donner la vie », ou tout au moins les circonstances de la naissance⁶. « Sans doute, écrit Mme Dekeuwer-Défossez, cette naissance s'est-elle effectuée dans des conditions moins bonnes que d'autres, sans doute l'enfant sera-t-il à tout jamais privé de filiation paternelle légale. Mais enfin sans le crime de son père il n'existerait tout simplement pas ». Et l'auteur de s'interroger ensuite « avec terreur », et non sans perspicacité, sur les actions potentielles qu'un enfant pourrait, en effet, tenter à l'égard de ses parents...

C'est sur le malaise qui se dégage de la solution de compensation admise par le juge qu'il convient de mettre l'accent. Il y a, en effet, quelque chose d'irrationnel à nier l'inceste et à ne pas permettre l'établissement du double lien de filiation de l'enfant tout en s'appuyant sur la relation prohibée et ses conséquences pour en déduire des solutions juridiques audacieuses et discutables.

¹ X. Labbé, note préc.

² D. 1998, IR, p. 146.

³ CA Paris 25 juin 1999, D. 1999, IR p. 22.

⁴ Crim 4 février 1998, *Bull. crim.* n° 43, p. 109, *JCP* 1998 I 185, n° 14 obs. G. Viney ; *RTD civ.* 1999 p. 64 obs. J. Hauser ; D. 1999, 445 obs. Bourgault-Coudeville.

⁵ Fr. Dekeuwer-Défossez, Le père Ubu au royaume de la filiation, in *Mélanges Alfandari : Drôle(s) de droit(s)*, Dalloz 2000, p. 75.

⁶ Cf. pour cette nuance : J. Hauser, *RTD civ* 1999, p 64.

Le comble paraît atteint lorsque le juge, ne se limitant pas au simple domaine de la responsabilité civile mais intervenant en matière familiale, autorise l'instrumentalisation de l'institution de l'adoption pour tourner la prohibition légale de l'établissement du double lien en reconnaissant à l'enfant incestueux une sorte d'appartenance familiale de raccroc.

B - L'instrumentalisation de l'adoption

Sous l'intitulé « Comment s'organiser dans l'inceste? »¹ M. Hauser livre, sur le ton de la fable (« nous l'allons montrer tout à l'heure »), l'histoire d'un inceste frère/sœur dont était issu un enfant. L'inceste fut révélé au notaire par les parents désireux d'organiser la transmission successorale de leurs biens. Pour permettre à l'oncle légal et père biologique de l'enfant d'effectuer l'opération au moindre coût (en bénéficiant de l'article 751 CGI), l'oncle n'eut, sur les conseils du notaire, qu'à adopter par la voie simple son neveu !

On sait, de La Fontaine lui-même, que les fables ont une morale².

Quelle morale alors tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes en date du 24 janvier 2000³ qui permet d'illustrer la fable ? Marie a été reconnue par ses deux parents mais ceux-ci « ayant la même filiation paternelle », le procureur de la République a demandé l'annulation de la deuxième reconnaissance, en l'occurrence celle du père et le tribunal de grande instance de Tours a fait droit à cette demande sur le fondement de l'article 334-10 C. civ. L'enfant a fait l'objet d'une reconnaissance de complaisance de la part d'un homme qui, après divorce avec la mère, a demandé et obtenu la nullité de l'acte. C'est alors que le père biologique dépose une requête en adoption simple de l'enfant. Si le tribunal de grande instance de St Malo a rejeté cette requête en invoquant l'inceste, celle-ci, sur appel, fut accueillie par la Cour d'appel de Rennes aux termes d'une quadruple argumentation.

Pour la cour, (1) l'article 334-10 C. civ. n'a pas vocation à s'appliquer à la filiation adoptive; (2) l'adoption intrafamiliale n'est pas prohibée par la loi (argument : article 348-5 C civ qui *a contrario* l'admet) ; (3) la loi n'interdit pas l'adoption de son propre enfant et celle-ci est admise de façon constante par la jurisprudence ; (4) l'adoption simple ne manifestant pas une filiation biologique ne peut être assimilée à la reconnaissance d'un enfant dont les père et mère ne peuvent contracter mariage au sens des articles 161 et 163 C. civ.

¹ J. Hauser, Le droit de travers, in *Mélanges E. Alfandari*, p. 83.

² « Le corps est la fable, l'âme la moralité » *Préface*, 1668.

³ *RTD civ.* 2000, p. 819 obs. J. Hauser, *D.* 2002 som. com. p. 202 1, obs F. Granet.

On relèvera que le père a fait valoir en opportunité « que Marie est élevée par sa mère et lui, qu'elle n'ignore pas qu'il est son père biologique et qu'elle n'a pas de père légal; que l'adoption sera pour elle un facteur de sécurité et de bien-être psychique alors qu'y faire obstacle la situera dans une situation juridique et morale d'une grande précarité ».

La cour a néanmoins tenu à vérifier, par une expertise, si l'adoption de Marie était bien conforme à son intérêt : celui-ci, précise-t-elle, ne s'entendant pas seulement à court terme mais aussi à long terme.

On ne discutera pas de l'argumentation de la cour qui n'est pas vraiment en elle-même critiquable. La jurisprudence offre un certain nombre d'exemples d'adoptions intrafamiliales et même d'une adoption plénière d'un frère qui avait été élevé par sa sœur, âgée seulement de 13 années de plus que lui, alors que la condition relative à la différence d'âge est de 15 ans¹. Mais, dans ces conditions, qu'on ne dise pas que l'interdiction posée dans l'article 334-10 C. civ. de l'établissement du double lien de l'enfant est aussi justifiée par les difficultés d'ordre successoral qui ne manqueront pas de se présenter ! On se contentera de relever que la cour ne se soucie pas du tabou de l'inceste et qu'elle n'hésite pas à considérer que l'établissement d'«une » filiation adoptive² peut être dans l'intérêt de l'enfant. Ce faisant, le juge se trouve néanmoins contraint de se servir d'une fiction, l'adoption, pour couvrir une réalité, le lien biologique de filiation ! Il est paradoxal que biologie et fiction aillent de pair.

*

* *

La question de l'établissement de la filiation de l'enfant incestueux, de son inscription dans sa double lignée parentale, fait ressortir l'ambiguïté de l'attitude du droit dans les situations marginales. Cette attitude n'a rien de symbolique. Elle n'est pas très éloignée de celle de l'autruche, est hypocrite et injuste. Elle contribue ainsi, en prolongeant le silence, à perpétuer la transgression.

Dans la mythologie grecque la malédiction qui frappait les enfants incestueux les destinait à être mangés par leur auteur. C'est ce qui arriva à Thyeste auquel Atrée, son frère, pour se venger d'avoir été trompé par sa femme avec lui (inceste du deuxième type), offrit un grand banquet, à.

¹ CA Paris 10 février 1998, *JCP*. 1998 II 10130, note Philippe ; *dr. famille* 1998, n° 83 note Murat.

² J Hauser et Ph Delmas Saint-Hilaire, Deux exercices d'exégèse sur l'adoption, *in Rép. Defrénois* 2000, p. 1009, spécialement n° 37 : l'adoption n'est pas la filiation mais une filiation.

Mycènes, au cours duquel il lui servit les trois enfants que Tyeste avait eus de l'épouse de son frère¹. La question aujourd'hui est de savoir : à quelle sauce juridique ?

Elisabeth PAILLET

Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Membre du C.E.R.C.

¹ Margarita Xanthakou, L'inceste : rêves et réalités, in *De l'inceste*, O. Jacob, 2000, p. 171 et suiv.

APPARTENANCE ET INTERCOMMUNALITE

Un événement silencieux paraît avoir modifié en profondeur l'administration territoriale française. Quelques chiffres permettent d'en prendre la mesure : fin 2002, près de 28 000 communes sont d'ores et déjà entrées en intercommunalité¹. Si l'on se souvient qu'il n'y a pas dix ans elles étaient seulement 5 071², le phénomène ne peut manquer de frapper par sa rapidité et sa puissance.

Trente sept millions de français, soit 60% de la population française, contre seulement seize millions en 1993³, vivent donc sans en avoir encore une claire conscience dans un territoire désormais administré par un établissement public de coopération intercommunale.

Selon certains auteurs « ce mouvement est d'autant plus exceptionnel qu'il n'a pas été décrété »⁴. L'opinion commune tend à accréditer la thèse qui s'est manifesté, à l'insu même des pouvoirs publics, un événement mystérieux : un sentiment d'appartenance à une entité plus vaste que la commune qui a su trouver dans le droit de l'intercommunalité le cadre favorable à son épanouissement.

Cette vision des choses ne doit toutefois pas conduire à succomber à un quelconque angélisme. Du reste personne n'ignore que la possibilité d'obtenir une DGF bonifiée, n'est pas entrée pour rien dans la décision des élus de promouvoir l'intercommunalité. Mais enfin, à celle-ci s'ajoute la conscience partagée des déséquilibres sociaux et géographiques, notamment le déclin des centres urbains au profit de périphéries plus riches, elles mêmes à la recherche d'une identité. A quoi il faut ajouter la prise en compte des effets désastreux de la concurrence fiscale, qui explique notamment le succès de la taxe professionnelle unique applicable sur un territoire regroupant près du tiers de la population française en 2001⁵.

¹ P. Devedjian, *La lettre du cadre territorial*, 1er décembre 2002, p. 30.

² *La Gazette*, 16 avril 2001, suppl. p. 232.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*, p. 246

Reste qu'en dépit du caractère indiscutable des chiffres cette présentation a fait l'économie d'analyses plus approfondies. En particulier il faudra bien trancher un jour la délicate question de la nature des établissements publics de coopération intercommunale. On le sait déjà, ils ne peuvent être assimilés à une association volontaire, car si la décision d'adhérer appartient bien aux communes, celles-ci ne peuvent se regrouper que dans les cadres institutionnels prévus par la loi¹. Ils ne constituent pas non plus une collectivité locale, et ce pour deux raisons : d'une part l'élément majeur de la collectivité locale leur fait défaut, à savoir l'élection au suffrage universel direct, d'autre part le principe de spécialité applicable à tout établissement public paraît les condamner à n'agir qu'entre les limites plus ou moins étroites fixées par leurs fondateurs.

Mais en même temps l'établissement public de coopération intercommunale est déjà un peu plus qu'un simple établissement public. Il possède ce qu'un spécialiste de la personnalité morale comme Léon Michoud aurait appelé le caractère corporatif². Un groupe humain s'y déploie, qu'il s'agisse des élus siégeant dans ses instances ou des administrés bénéficiant de ses services. Et pourtant, cette qualification de personne morale corporative n'emporte pas les conséquences que la doctrine de la réalité de la personnalité morale prétendait lui attacher. Pauvre Léon Michoud ! S'il revenait. Il lui faudrait se rendre à l'évidence : les personnes morales de droit public, même à caractère corporatif restent des créations façonnées par l'Etat. Il découvrirait par exemple qu'une jurisprudence récente vient de refuser de considérer que les communes puissent être considérées comme des personnes au sens des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme³, ou qu'une chambre des métiers peut être dissoute par un simple décret, sans même que

¹ Les départements ne peuvent par exemple pas créer une association pour gérer en commun des logiciels, car cette structure se substitue aux autres formes de coopération prévues par la loi, v. CAA Marseille, 21 janv. 1999, Département des Pyrénées-Orientales, n° 96MA11805, *Lettre du cadre Territorial*, 1er nov. 2002, p. 64. De même il ne serait pas possible de confier à un groupement d'intérêt public la mission d'élaborer un SCOT, v. *Q. Sénat*, 17 oct. 2002, p. 2390.

² Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale en droit français*, Paris 1906, t. 1, pp. 11 et s.

³ CAA 29 mai 2002, Cne d'Annecy, *AJDA*, 16 septembre 2002, p. 758 : selon cette jurisprudence les communes ne peuvent contester les compensations de taxe professionnelles imposées par l'Etat, comme un individu pourrait le faire pour ses propres impôts, au motif qu'elles doivent être rangées dans la catégorie des organismes gouvernementaux.

celui-ci soit précédé d'une procédure contradictoire¹. Autant de solutions qui manifestent bien peu d'égards pour l'intérêt collectif défendu avec tant de conviction au début du XXème siècle.

La personnalité morale reste donc aujourd'hui une notion purement technique, une fiction, auraient dit les anciens. Un procédé juridique dont les juristes s'accordent à considérer qu'elle permet d'isoler des intérêts différents, voire supérieurs à ceux des personnes morales ou physiques qui la composent et qui ont contribué à la créer².

Pourtant, ces mêmes personnes continuent à posséder leurs propres intérêts. Et c'est ici que la construction théorique préfigure ce qui pourrait devenir demain un contentieux prolifique. Celui des communes membres des établissements de coopération intercommunale et qui n'entendront pas abdiquer totalement leurs droits au profit de ce dernier. Passé l'essor actuel de l'intercommunalité, en particulier lorsque de nouveaux élus succéderont à ceux qui ont porté les communautés urbaines et autres communautés d'agglomérations sur les fonds baptismaux, risquent de se développer des contentieux d'appartenance. Ceux-ci se noueront tantôt sur les questions de la création des établissements de coopération- contentieux de l'intégration (I), tantôt au contraire, sans que la question de l'existence de la structure intercommunale soit discutée, se posera la question de sa légitimité à traiter telle ou telle affaire dont la commune considérera qu'elle ne lui a pas été transférée. On pourra parler alors d'un véritable contentieux de l'intervention (II). Sur tous ces points, le droit des collectivités locales s'est borné à esquisser des solutions qui sont encore loin d'épuiser la question des différents conflits d'appartenance susceptibles d'advenir.

¹ CE 29 avr. 2002, Chambre des métiers de Haute-Corse, *Droit adm.* Juin 2002, p. 18, note D.P. Selon l'annotateur, dont nous partageons l'analyse, cette jurisprudence est d'autant plus surprenante que le principe du contradictoire a déjà été appliqué à plusieurs reprises à des actes de tutelle à l'égard de personnes privées, v. CE 7 avr. 1975, Bouché, *rec.* 221 ; 2 mai 1980, Sté Paris-Saverne, *rec.* 579.

² On se permettra de renvoyer sur cette question à notre étude : *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ 1997, t. 176.

I - LE CONTENTIEUX DE L'INTÉGRATION INTERCOMMUNALE

Le contentieux de l'adhésion forcée d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale peut reposer sur la contestation du périmètre retenu par l'administration (A). Il peut également porter sur la manière dont la volonté d'intégration s'est exprimée (B).

A - La discussion de l'intégration

Les établissements de coopération voient leur action doublement circonscrite, à la fois d'un point de vue géographique (1) et d'un point de vue fonctionnel (2).

1 - Le périmètre géographique

L'aire géographique de la nouvelle intercommunalité a été sérieusement encadrée par les nouveaux textes, ce qui a rendu inévitables plusieurs assouplissements.

a - Un principe contraignant

Les textes relatifs aux communautés urbaines et aux communautés d'agglomération prévoient que leur périmètre doit être constitué d'« un seul tenant et sans enclave »¹. La règle se justifie par la nécessité de gérer en commun un certain nombre de réseaux dont la cohérence serait mise à mal dans l'hypothèse de communes non limitrophes. Tel est le cas des réseaux de voirie et collecte d'ordures ménagères, et plus encore des réseaux d'adduction d'eau et d'assainissement.

Est-ce un repentir ? Les mêmes dispositions qui posent les exigences de continuité, prennent le soin de compléter le critère physique par un autre, nettement plus subjectif. Il faut que l'aire couverte par l'intercommunalité puisse être qualifiée d'« espace de solidarité », sans qu'on dispose pour l'heure de précisions contentieuses sur cette notion. Tout au plus peut-on en inférer le souhait que l'appartenance des communes ne corresponde pas à un mariage de raison et se justifie par la volonté de mettre en commun les atouts et les handicaps de chacune des collectivités membres.

¹ CGCT, art. L. 5215-1 et 5216-1.

Le périmètre doit donc pour l'heure être entendu dans son sens géographique. Ce principe s'explique par la nécessaire connexion des différents réseaux intercommunaux. Mais en même temps on constate qu'il pose des problèmes insurmontables car la procédure d'extension de périmètre peut être bloquée en cas de refus de l'une des communes comprises dans l'extension¹.

b- Des assouplissements inévitables

Plusieurs formules peuvent être sollicitées afin de satisfaire les solidarités qui pourraient se révéler entre des communes non limitrophes. Elles offrent autant de moyens de contourner le blocage de la coopération intercommunale qui pourrait résulter du refus d'adhésion d'une commune, empêchant de ce fait les autres de participer à la dynamique intercommunale.

En premier lieu, est admise la possibilité de créer un syndicat mixte permettant aux communes non reliées de continuer de travailler avec la structure intercommunale². Dans cette configuration l'établissement public de coopération, tout comme la commune deviennent membres d'un nouvel établissement de coopération dont on n'imagine pas que la maîtrise ne revienne pas au premier établissement. Bien entendu la formule est un peu hypocrite, qui plus est, elle paraît assez lourde. Aussi dans ce cas de figure, il aurait mieux valu que le législateur aménage une exception à la règle de la continuité, plutôt que de contraindre à cette imbrication de personnes morales, somme toute assez artificielle.

Il convient ensuite de signaler la possibilité offerte aux seules communautés urbaines et syndicats d'agglomération nouvelle³ de conclure une convention de prestation de services sous réserve de respecter les règles suivantes : respect de la spécialité⁴, mise en concurrence respectant le Code des marchés publics ou la loi Sapin⁵. Cependant, dans ce cas, l'appartenance

¹ Q. 22 oct. 2002, *JO* 22 oct. 2002, p. 17518.

² M. Degoffe, Quelles réformes pour l'intercommunalité ? *Droit adm.* nov. 2002, p. 6.

³ *CGCT*, art. 5215-27 et 5333-5.

⁴ CE 18 déc. 1991, SIVOM de Sainte-Geneviève-des-Bois ; CE 18 déc. 1991, Cté urbaine de Cherbourg c/ M. Magalhaes, cité in *Rép. Min. JO AN*, question écrite n° 49296, 1er janv. 2001, p. 99.

⁵ « Le fait que la communauté urbaine bénéficie d'une habilitation législative à conventionner ne peut être considéré, au regard du droit communautaire, comme écartant

des communes reliées à l'établissement de coopération intercommunale sera plus faible parce que contractuelle et non institutionnelle. Un indice très net peut en être trouvé dans le fait qu'il sera nécessaire de respecter le droit des marchés publics, et la mise en concurrence que celui-ci prévoit, avant toute prestation rendue par l'EPCI à la commune non membre.

2 - Le périmètre matériel de l'intercommunalité

Les domaines d'intervention des établissements de coopération sont très variés. Ils peuvent être urbains, culturels, économiques. Selon les textes relatifs aux communautés urbaines¹ et aux communautés d'agglomération² identiques sur ce point, les « communes s'associent au sein d'un espace de solidarité, en vue d'élaborer et conduire ensemble un projet commun de développement urbain et d'aménagement de leur territoire ».

Il convient toutefois de dépasser ces grandes formules toujours un peu suspectes. En particulier les attributions confiées aux EPCI fournissent un instrument de mesure très concret de la volonté d'appartenance des communes. Une étude récente sur les compétences les plus exercées par les structures intercommunales³ fait apparaître que l'intégration n'est pas toujours aussi poussée que les statistiques tendent à le laisser croire. Les compétences prises en charge dans l'intercommunalité se présentent actuellement de la manière suivante :

- Aménagement de l'espace : 90 %
- Développement économique 95 %
- Habitat-Logement 65 %
- Tourisme 62 %
- Gestion des déchets 65%
- Equipements 62%
- Voirie 48%
- Gestion de l'eau 24%

ipso facto l'application des règles de publicité et de mise en concurrence applicables notamment aux marchés publics ou aux délégations de service public », *rép. Min., QE n° 49296*, préc.

¹ *CGCT*, art. L. 5215-1.

² *CGCT*, art. L. 5216-1.

³ *Gazette des communes*, 29 juillet 2002, p. 7.

On remarquera que les compétences les plus légères sont jusqu'à présent privilégiées, celles-ci reposent essentiellement sur des décisions (développement économique, tourisme). Par contre les services publics lourds, consommateurs de personnels et de moyens matériels sont pour l'instant plus difficilement mis en intercommunalité. La voirie et la gestion de l'eau illustrent assez bien cette deuxième catégorie.

A quoi il convient même d'ajouter que la voirie, compétence ancestrale des communes, n'est que partiellement transférée, car il convient systématiquement de distinguer entre la voirie d'intérêt communautaire et la voirie communale.

Enfin pour prendre la mesure effective de ce transfert il conviendrait de soupeser le poids financier des dépenses transférées et l'on serait étonné du résultat. Aucune étude générale n'est à notre connaissance disponible sur ce sujet, néanmoins lors d'un entretien récent, un fonctionnaire d'une commune membre de la communauté d'agglomération de Toulon-Provence-Méditerranée estimait, par exemple, à seulement 10% la part du budget communal transféré à la communauté.

Ainsi l'appartenance fonctionnelle ne coule pas de source. Et l'on peut raisonnablement s'interroger sur la question de savoir s'il n'y a pas un effet de trompe l'oeil dans le fait d'annoncer le pourcentage des communes en intercommunalité, sans dire précisément ce qu'elles ont entendu y mettre.

B - L'expression de la volonté d'intégration

L'appartenance d'une commune à un établissement de coopération passe par des procédures bien établies, qu'il s'agisse de son entrée dans l'institution (1) ou de sa participation ultérieure aux décisions collectives (2).

1- La décision d'intégration

Deux situations peuvent se présenter. Soit la commune décide de participer à la création de l'établissement de coopération (a), soit ce n'est que dans un second temps qu'elle adhère à ce dernier (b).

a - La création de l'établissement de coopération

Le processus normal de création des EPCI est assez connu. On se bornera à rappeler que quatre phases se succèdent :

- l'initiative d'un ou plusieurs conseils municipaux ou du préfet,
- la fixation de la liste des communes incluses dans le périmètre par arrêté préfectoral,
- le vote des conseils municipaux, réputé favorable s'il n'intervient pas dans les trois mois,
- l'arrêté préfectoral créant l'établissement, dès lors que les deux tiers au moins des conseils municipaux représentant plus de la moitié de la population (ou l'inverse) se sont prononcés favorablement¹.

Le moins qu'on puisse en dire est que la procédure comporte une forte dose de volontarisme... étatique, ce qui n'est pas pour faciliter l'émergence d'un sentiment d'appartenance des communes membres.

b - L'adhésion ultérieure de nouvelles communes

L'intégration de nouvelles communes suppose en principe une double décision, communautaire et communale. Pour les communautés urbaines l'extension prendra la forme d'un arrêté préfectoral « par adjonction de communes nouvelles, soit à la demande de leurs conseils municipaux, soit à l'initiative du conseil de communauté », étant précisé que « la modification est subordonnée dans le premier cas à l'accord du conseil de communauté et dans le second cas à celui du ou des conseils municipaux intéressés »².

Tel n'est cependant pas le cas des communautés d'agglomération. Celles-ci peuvent voir leur périmètre étendu à des communes qui n'auraient pas souhaité adhérer. La décision peut en effet être prise par le préfet « après accord du conseil de la communauté d'agglomération ainsi que des deux tiers au moins des conseils municipaux de toutes les communes incluses dans le futur périmètre et représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci ou de la moitié au moins des conseils municipaux de ces communes représentant les deux tiers de la population »³.

Quelle que soit la façon dont la commune est devenue membre de l'établissement public de coopération intercommunale, son appartenance n'est pas irréversible, encore que les conditions de retrait soient assez strictes. Le retrait est en particulier exclu dans deux cas : d'une part durant la période de

¹ CGCT, art. L. 5211-5.

² CGCT, art. L.5215-40

³ CGCT, art. L. 5213-10.

douze années nécessaire à la mise en place de la taxe professionnelle unique, et d'autre part si la sécession entraîne une discontinuité territoriale.

c- Et les électeurs ?

Est-il utile de rappeler que dans la grande majorité des cas les électeurs n'ont pas été consultés ? Pire même, ils apparaissent en double décalage avec la montée en puissance du phénomène de l'intercommunalité, ce qui ne peut que fragiliser leur sentiment d'appartenance.

En premier lieu, ils sont en retard sur les élus locaux et apparaissent le plus souvent pris de court par l'urgence affichée par les politiques au lendemain des dernières élections municipales.

En second lieu, ils paraissent exprimer des aspirations paradoxales. La consultation organisée par le maire de Deuil-la-Barre pour changer le nom de sa commune en fournit un exemple marquant : 70% des électeurs se sont prononcés en faveur du maintien¹ d'un nom pourtant bien peu engageant en termes de communication locale. Dans le même ordre d'idées une étude récente montre que parmi les facteurs d'identité de la collectivité les habitants classent par ordre décroissant : l'histoire et les traditions (28%), loin devant l'activité économique (19%), elle même placée à égalité avec la géographie et les paysages (19%)². Une enquête de la SOFRES (août 2002) confirme encore plus clairement cet attachement viscéral au cadre communal, alors même que l'intercommunalité progresse. Il en ressort que si 52% des français sont favorables à l'intercommunalité, ils ne sont plus que 22% à accepter qu'à terme, celle-ci se substitue aux communes.

2 - L'organisation de la décision

Quelque soit la structure intercommunale considérée, plusieurs règles reviennent, qui témoignent du souci de maintenir un fort sentiment d'appartenance des communes membres :

- l'assemblée délibérante est en principe composée de délégués des conseils municipaux élus en leur sein en début de mandat,
- les délégués communautaires sont désignés pour six ans en début de mandat, ce qui n'interdit pas au conseil municipal de les remplacer en cours de mandat,

¹ *La lettre du cadre territorial*, préc. p. 22.

² Enquête du Centre d'études en communication publique, *La lettre du cadre territorial*, préc.

- le nombre de sièges et leur répartition sont en principe librement fixés par les statuts de l'établissement,
- en général ils sont assis sur la population de la commune, mais d'autres clés de répartition, notamment financières peuvent leur être préférées,
- le seul buttoir demeure l'obligation d'assurer au moins un siège à chaque commune membre, ce qui évitera l'anéantissement de celle-ci pour les matières transférées.

Pour autant ces règles ne sont pas figées définitivement. La représentation des communes au sein des syndicats mixtes a fourni l'occasion de mesurer les tâtonnements du législateur sur cette question. Dans un premier temps, la loi Chevènement du 12 juillet 1999 a posé deux règles¹ : d'une part le principe de proportionnalité entre le nombre de sièges et le montant de la contribution, et d'autre part l'interdiction pour tout membre de posséder à lui seul la majorité des sièges au sein du comité syndical. Moins de trois ans après, la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité est venue abroger les deux règles en question : désormais la représentation est librement fixée par les statuts. Par conséquent une commune, ou un EPCI (par hypothèse nous sommes dans un syndicat mixte) peut, à lui seul, disposer de l'ensemble des pouvoirs, dès lors que l'unanimité sur ce point a été obtenue de la part de ses membres au moment de la création du syndicat². L'intervention législative, bien plus que par la logique de l'appartenance, paraît avoir été inspirée par le soin d'encourager la création de l'établissement de coopération tout en évitant l'éparpillement de son pouvoir de direction entre les différentes composantes.

On aura remarqué que pour l'heure la mise place des structures intercommunales n'a pas fourni un contentieux très abondant. Sans doute cela provient-il d'un consensus général sur le dépassement du cadre communal. Néanmoins il pourrait bien en aller différemment du contentieux de l'intervention, les communes n'étant pas toujours disposées à se dessaisir de compétences qu'elles se jugent mieux à même d'exercer.

¹ CGCT, art. L. 5721-2, al. 3 et 4.

² *Cahiers juridiques*, août-sept. 2002, p. 13

II - LE CONTENTIEUX DE L'INTERVENTION INTERCOMMUNALE

Second contentieux relevant de la logique de l'appartenance, le contentieux de l'intervention intercommunale pourrait se développer rapidement (A), la notion débattue d'intérêt communautaire pourrait en particulier lui procurer d'intéressantes occasions de conflits d'interprétation (B).

A - L'avenir prometteur du contentieux de l'intervention intercommunale

Il est sans doute encore tôt pour voir émerger l'ensemble des discussions possibles sur le domaine de l'intervention respective des communes et des EPCI. Cependant, bien que la question soit peu abordée par les textes et la doctrine officielle (1), le contentieux de l'intervention des établissements publics de coopération peut déjà être identifié, à condition de savoir déceler, derrière le contentieux des moyens, un contentieux des fins communautaires (2). Le contentieux des biens pourrait d'ailleurs en fournir une illustration supplémentaire (3).

1 - Un contentieux officiellement ignoré

On ne sera pas surpris de constater que les réponses officielles tendent à désamorcer autant que faire se peut les discussions qui pourraient s'élever entre l'établissement de coopération et les communes. Les pouvoirs publics s'emploient en effet à minimiser le droit de regard sur l'exercice en commun des compétences transférées. Alors que la loi du 12 juillet 1999 avait prévu que le président de l'EPCI adresse une fois par an au maire de chaque commune membre un rapport retraçant l'activité de l'établissement accompagné du compte administratif de celui-ci afin d'être communiqué au conseil municipal ; une récente réponse ministérielle considère que ce rapport « peut être relativement succinct et être conçu comme un rapport de communication sur le fondement duquel le débat pourra être ouvert ». La même réponse prévoit que ledit rapport « peut également être plus précis et contenir par exemple des informations relatives à l'engagement de coopérations et de partenariats avec les autres collectivités locales »¹. Ces hésitations conduisent les commentateurs à considérer qu'aucun contenu n'est

¹ *QE, JO Sénat*, 5 sept. 2002.

imposé au rapport en question¹. L'obligation légale d'informer les communes, qui se comprenait pourtant parfaitement du point de vue de la logique de l'appartenance, se trouve ainsi vidée de sa substance.

Ce type de doctrine officielle ne devrait cependant pas permettre d'éviter longtemps les conflits. Comme on l'a déjà signalé, ceux-ci ne manqueront pas de se développer, lorsque les majorités qui ont supporté (à tous les sens du terme) la mise en place de l'intercommunalité seront remplacées par d'autres, moins investies dans cette action.

Sans vouloir dresser un tableau apocalyptique, on peut sans peine imaginer que se développeront des querelles d'appartenance. Suivant le cas, celles-ci se traduiront, soit par un conflit positif de compétence (EPCI et commune se disputent le droit d'intervenir), soit par un conflit négatif (personne ne veut prendre en charge l'intervention). Ce contentieux du domaine d'intervention ne se déroulera pas seulement sur le terrain du droit administratif (interprétation des textes législatifs et statutaires, recours à la notion de dépense obligatoire avec arbitrage du préfet), il atteindra également le plan pénal (plainte avec constitution de partie civile en cas d'exercice défectueux de la compétence). Gageons que, ni les fonctionnaires, ni, a fortiori les élus, ne devraient très longtemps s'en désintéresser.

2 - Le contentieux des moyens, en réalité un contentieux des fins

Le contentieux des moyens de l'intercommunalité masque souvent son véritable enjeu, en l'occurrence celui du refus d'appartenance. C'est parce que les communes requérantes ne veulent pas être intégrées dans le périmètre de l'EPCI, qu'elles utilisent, entre autres arguments, ceux relatifs aux moyens nécessaires à l'exercice des compétences dont elles auraient été dépossédées.

Une importante décision District de l'agglomération de Montpellier² vient d'en fournir l'illustration. Le Conseil d'Etat y a trouvé l'occasion d'apporter de solides arguments aux communes qui utiliseraient cette voie pour faire échouer leur intégration dans un établissement de coopération. Il a

¹ *La lettre du cadre territorial*, 1er déc. 2002, p. 55.

² CE, 29 avril 2002, District de l'agglomération de Montpellier, req. N° 235780, *Gaz. Com.* 2002, p. 69.

en effet décidé que l'accord des conseils municipaux sur le transfert des moyens matériels utilisés pour l'exercice d'une compétence par un établissement de coopération est toujours obligatoire. En l'espèce, le juge s'est refusé à créer une exception, ce alors même qu'existait déjà un district qui avait été transformé en communauté d'agglomération sur la base de l'article 52 de la loi Chevènement.

Même si elle va dans le sens d'une protection des intérêts des communes, cette position est surprenante à plus d'un titre.

En premier lieu, elle montre que contrairement aux prévisions du législateur, l'appartenance n'est pas translatrice, le fait d'appartenir à un district auquel se substitue une communauté d'agglomération, même si elle opère la translation des adhérents et des compétences vers la nouvelle structure, n'emporte nullement le transfert automatique des moyens que la commune avait précédemment alloués au district.

En second lieu, elle modifie la perception purement contentieuse que l'on pouvait avoir jusqu'à présent de la délibération par laquelle une commune accepte le transfert de compétenceS au profit d'un EPCI. Selon la jurisprudence, les délibérations approuvant l'adhésion ont en effet simplement « le caractère d'acte préparatoire, insusceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »¹. On pouvait donc être porté à ne leur accorder que peu d'intérêt. Néanmoins pour être préparatoires, et à ce titre insusceptibles de recours, ces délibérations n'en constituent pas moins un chaînon indispensable dans la procédure complexe de création de l'établissement public de coopération. Le législateur les a d'ailleurs maintenues, même dans l'hypothèse d'un transfert automatique des compétences², ce qui a très certainement conduit le Conseil d'Etat à adopter cette position.

3 - Un contentieux émergent : le contentieux des biens

Le contentieux des biens est susceptible de se développer, tant sur les modalités (a), que sur l'ampleur (b) de leur transfert.

a - Modalités du transfert des biens

¹ CE, 3 mai 2002, Cne de Laveyon, req 217 654.

² CGCT, art. 5211-4-1.

La loi a posé le principe de la mise à disposition des biens nécessaires à la gestion du service¹. Ce qui signifie que la collectivité reste propriétaire des biens nécessaires aux services. Elle pourra même les recouvrer dès lors que les biens en question ne seront plus utiles à l'exercice des compétences transférées.

Seules quelques rares exceptions ont été prévues :

- la cession à titre gratuit ou onéreux des biens désaffectés relevant du domaine privé de la collectivité publique,
- la libre fixation du transfert des biens immobiliers nécessaires à l'exercice des compétences « zones d'activité économiques » et « zones d'aménagement concerté »².

La question peut cependant légitimement être posée de savoir qui appréciera l'utilité du bien pour l'exercice des compétences. L'établissement public de coopération, la commune ? Le juge administratif à coup sûr.

b - Le contrôle de l'ampleur du transfert des biens

Selon une récente réponse ministérielle, en cas de transfert de compétences la mise à disposition des moyens se limite au strict nécessaire à l'exercice de cette compétence. Par voie de conséquence, il ne paraît pas possible que le traitement des déchets justifie la mise à disposition de la voirie, ce même si le passage des camions entraîne l'obligation d'élargir et de renforcer les voies sur lesquelles s'effectue la collecte³.

Ce type de réponse préfigure assez bien les discussions qui pourront naître, non à propos de la compétence elle-même, mais au sujet des moyens de son exercice. Le juge devra ainsi mesurer au mieux le degré d'appartenance des communes pour chacune des compétences confiées à l'établissement de coopération.

B - L'inévitable contentieux de l'intérêt communautaire

Le contentieux de l'intérêt communautaire pourrait se développer rapidement. Souhaitons que le juge saura alors conserver à cette notion toute

¹ CGCT, art. L. 5211-5 III.

² Rép. Min. N° 36741 : *JO Sénat* Q 17 janv. 2002, p. 159.

³ Rép. Min. QE, *JO Sénat* 5 sept. 2002, p. 1973.

sa souplesse, car elle devrait s'avérer rapidement précieuse pour résoudre les questions d'appartenance intercommunale. Il peut être aisément démontré que grâce à elle toutes les perversions communautaires sont permises : de l'appartenance molle (1), à l'appartenance inversée (2), sans oublier la double appartenance (3).

1- L'appartenance molle

L'appartenance « molle » correspond à l'attitude consistant pour la commune à donner le change, à feindre de participer à la structure de coopération, tout en se ménageant le plus d'échappatoires possibles.

a - La non définition de l'intérêt communautaire

Certaines collectivités répugnent encore à l'idée que les compétences dont elles se dépossèdent au profit des établissements de coopération puissent être cernées à l'aide de la notion bien vague, et inquiétante à ce titre, d'intérêt communautaire. Ceci explique que pour éviter de sacrifier à la notion, les statuts des communautés d'agglomération se contentent parfois de rénumérer les compétences prévues par le législateur en les définissant. Les statuts prévoient par exemple que la « politique du logement d'intérêt communautaire » consistera dans la réhabilitation du parc ancien, le soutien à la construction neuve, la reconquête des centres et le désenclavement des quartiers¹. Or, il est évident que cette démarche vise simplement à définir les compétences, mais qu'en aucun cas l'intérêt communautaire n'y gagne en clarté.

Dans d'autres hypothèses, les collectivités, toujours aussi méfiantes, préfèrent définir l'intérêt communautaire au gré des opérations successives. Cette démarche pour le moins empirique peut d'ailleurs revendiquer pour elle l'aval du Conseil d'Etat².

Le juge se borne en effet à vérifier que les règles de majorité prévues par les textes ont bien été respectées. Celles-ci sont en effet plus contraignantes pour la définition de l'intérêt communautaire initial (2/3 des conseils municipaux représentant la moitié de la population totale, ou

¹ F. Benchendikh, L'intérêt communautaire dans les agglomérations en pratique, *AJDA* 2 déc. 2002, p. 1329.

² CE, 26 oct. 2001, Cne de Bercheres-Saint-Germain, req 234 332.

l'inverse, avec l'exigence que les communes représentant plus du quart de la population aient accepté la définition de l'intérêt communautaire)¹, que pour la détermination ultérieure de nouvelles opérations d'intérêt communautaire (majorité des 2/3 du conseil communautaire)².

Cette conception élastique de l'intérêt communautaire, finalement assez normale, n'est pas sans offrir d'intéressantes opportunités.

L'une des critiques les plus fréquemment adressées à l'intérêt communautaire est son absence de définition par le législateur. Pourtant ce flottement sémantique a été voulu par les pouvoirs publics. Il est commun à toutes les personnes morales. On n'ose imaginer ce qu'aurait été la réaction des collectivités en question si les textes avaient fait référence à une notion que les privatistes pratiquent couramment en droit des sociétés, à savoir l'« affectio societatis ». Et pourtant, comment imaginer qu'une collectivité, fût elle publique, puisse vivre sa vie institutionnelle et déployer ses initiatives dans les domaines qui lui ont été confiés, sans une technique d'interprétation souple de ses textes fondateurs ?

Au reste, la critique est injuste car si la loi ne dit rien de l'intérêt communautaire, il n'en existe pas moins d'autres tentatives officielles de définition. Pour reprendre la proposition récente du Commissaire du gouvernement François Seners³ il s'agirait de définir l'intérêt communautaire comme « l'intérêt d'exercer la compétence au niveau supracommunal », ce qui pourrait renvoyer à une série de critères élaborés par l'ADCF : développement de l'action sur plusieurs communes, caractère stratégique ou déterminant de l'action pour l'agglomération, ou encore nécessité d'assurer une cohérence de l'intervention.

2 - La double appartenance

Tout le monde aura remarqué que le programme de notre colloque, dû à la plume du directeur du CERC, insistait sur le phénomène récent de la multi-appartenance. Il semble que celui-ci se retrouve dans la conception actuelle de l'intercommunalité. Certes, les établissements de coopération intercommunale existants ont été purement et simplement remplacés par les

¹ CGCT, art. L. 5214-16.

² CGCT, art. L. 5215.2 et 5216.5.

³ Concl. sur CE 29 avril 2002, District de l'agglomération de Montpellier, préc.

nouvelles communautés d'agglomération ou les communautés urbaines, et cela pourrait donner l'impression qu'une mono-appartenance à été souhaitée par les pouvoirs publics. Néanmoins nous avons vu que l'organisation des compétences ne repose plus sur la vision tranchée des blocs de compétences qui inspirait la loi du 7 janvier 1983, mais sur une césure, à la fois plus délicate et plus adaptable, au sein même des différentes compétences.

De la réforme de l'intercommunalité, il résulte deux constats sur l'appartenance simultanée d'une compétence à la commune et à l'établissement de coopération dont elle est membre.

On remarquera en premier lieu que le système permet de ne pas figer les compétences. Ne plus trancher définitivement la question de savoir qui exercera telle ou telle compétence ne constitue plus un déni de droit, mais au contraire permettra de préserver l'avenir. Préserver l'avenir en termes politiques évidemment, car on ménage ainsi une souplesse d'intervention, mais également en termes contentieux. Il faut songer en particulier que les questions de compétences sont des questions d'ordre public, qu'à ce titre chacun sait qu'elles constituent des moyens susceptibles d'être relevés d'office par le juge, à tout moment de l'instance, et ce y compris en appel. Qui plus est l'illégalité résultant de l'incompétence ne peut jamais être couverte a posteriori, ce qui revient à dire que si un requérant conteste l'intervention de la commune ou de l'EPCI sur ce fondement les risques financiers liés à l'annulation sont irréversibles.

En second lieu, vient un constat plus paradoxal. La double appartenance, contrairement aux idées reçues n'affaiblit pas systématiquement, mais peut au contraire renforcer l'action locale. Un exemple permettra d'en rendre compte. Il s'agit d'une réponse ministérielle qui a pu surprendre dans la mesure où elle considérait qu'une association pourrait parfaitement bénéficier simultanément de subventions de la commune et de la communauté d'agglomération à laquelle cette dernière appartenait. A la condition toutefois de s'assurer au préalable que l'action de l'association répond à la fois à l'intérêt communal et à l'intérêt communautaire¹... Or, à y regarder de plus près, il est vrai qu'une association sociale ou culturelle peut parfaitement satisfaire à la fois des besoins de proximité et assurer un relais efficace aux actions décidées au plan de l'agglomération.

¹ Rép. Min. JOAN 5 juin 2000, p. 3453.

Certains auteurs redoutent la difficulté de l'usager pour identifier le niveau pertinent de compétence des services publics. Ce risque existe, il est vrai. Mais en même temps, la possibilité ainsi donnée aux communes de se réappropriier, via l'intérêt communal, des compétences relevant également de l'intérêt communautaire ne peut qu'encourager les initiatives locales et contribuer à faire tomber les lourdeurs administratives si souvent dénoncées. Plus question dans cette nouvelle perspective de renvoyer au bureau voisin...

3 - L'appartenance inversée

Dans certains cas l'échafaudage des compétences finit par devenir vertigineux. Il faut par exemple imaginer qu'une compétence a été attribuée à un établissement de coopération intercommunal. Dès lors, elle n'appartient plus à la commune. Néanmoins, dans un second temps, l'établissement public considère, à tort ou à raison que la commune pourrait l'exercer avec plus d'efficacité que lui même, et décide par conséquent de lui en restituer l'exercice, sur la base cette fois-ci d'une convention de prestation de services.

« Restituer », le mot est excessif, car la compétence continue d'appartenir à l'EPCI, le juge administratif l'a confirmé expressément¹. Simplement celui-ci en confie la mise en oeuvre à un co-contractant, celui-ci pouvant être la commune ou un autre prestataire. On doit signaler, en effet, que les conventions de prestations de service sont soumises à une mise en concurrence soit dans le cadre du droit des marchés publics, soit dans celui de la délégation de service public.

Une dernière remarque tiendra lieu de conclusion. Une remarque en forme de paradoxe, pour tenter de masquer un hommage trop appuyé à monsieur le professeur Jean-Jacques Sueur.

Il faut bien nous y résoudre : le contentieux de l'appartenance n'existe pas en droit de la coopération intercommunale. Plus exactement il n'existe pas en tant que tel. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne soit pas déjà particulièrement étoffé.

Il revient alors aux universitaires de le dévoiler. Non pas pour faire apparaître au grand jour (ou au grand soir) le sens caché des choses, mais

¹ CAA Lyon, 27 fév. 1990, Cité urbaine de Lyon, rec. 626 : la conséquence est notamment que l'EPCI ne peut appeler en garantie la commune chargée de l'entretien des feux de signalisation en cas d'accident causé par leur dérèglement.

pour restituer aux institutions de la République leur fonction première, trop souvent oubliée derrière des commentaires experts : simplement permettre aux gens de vivre ensemble.

Florian LINDITCH

Professeur de droit public à l'Université du Sud Toulon-Var

Directeur adjoint du CERC