

ORDRE JURIDIQUE ET MINORITES*

PAR

Alain FENET

Chargé de conférences à l'Université d'Amiens

Ce titre très général n'annonce pas une description du droit, mais une réflexion théorique sur la question des minorités, à partir du droit.

L'objet de cette étude n'est donc pas de dresser un catalogue du droit français en vigueur en matière de protection des particularités linguistiques, religieuses, culturelles, ni de dégager les éléments juridiques d'une politique particulière en ce domaine. Il consiste dans la question de savoir si et comment il est possible d'aborder le problème général des minorités comme un problème juridique, autrement dit si le juriste peut contribuer non seulement à l'ordonnancement des questions minoritaires, mais aussi plus fondamentalement à la compréhension de la situation minoritaire.

On proposera une réponse à cette question non pas en présentant une théorie achevée mais en avançant un certain nombre de remarques qui toutes appellent discussion et n'ont valeur que de pistes pour des recherches ultérieures. Elles sont rassemblées autour des quatre propositions suivantes, enchaînées logiquement, qu'on exposera successivement :

- 1° Les revendications minoritaires s'expriment dans les termes du droit.
- 2° Le droit peut être abordé sous la notion d'ordre juridique.
- 3° Les minorités constituent des ordres juridiques.

* Texte d'une communication présentée le 4 décembre 1982 à Amiens au cours du colloque « La France au pluriel ? », organisé conjointement par le Centre de relations internationales et de sciences politiques d'Amiens et la revue *Pluriel - débat*.

- 4° Les revendications minoritaires sont la réclamation d'un nouveau rapport entre deux ordres juridiques.



I. — LES REVENDICATIONS MINORITAIRES S'EXPRIMENT DANS LES TERMES DU DROIT

Cette proposition est d'abord de l'ordre de la constatation. On l'a faite, de façon générale, à propos des nouveaux mouvements sociaux des années soixante-dix, en y incluant les revendications « des minorités linguistiques ou nationales » : « Tous ces mouvements, sans se réclamer expressément de la notion de droits de l'homme, ont posé cependant dans des termes parfois très précis, des revendications de droit selon une problématique qui est celle des droits de l'homme¹. »

Qu'il s'agisse des Gitans ou des Français-Musulmans, des Basques ou des Bretons, la revendication minoritaire se présente en effet sous la forme d'une revendication de droits, certes non exclusivement mais constamment. On réclame le droit de pratiquer sa religion, de parler sa langue, de l'apprendre, de l'enseigner, le droit de libre circulation ou de stationnement ou tout simplement l'égalité des droits.

Or le mot droit n'est pas univoque. Il est affecté d'une distinction fondamentale entre d'une part le droit comme ensemble juridique régissant une société, ou droit objectif, et d'autre part la prérogative exercée par un sujet juridique, ou droit subjectif.

Il est fondamental de constater que la revendication minoritaire joue sur ces deux sens du mot droit : en effet, elle réclame des droits pour les inscrire dans le droit. La réclamation de ces droits est elle-même ambiguë ; elle est dans un même mouvement revendication d'un droit à inscrire, et invocation d'un droit déjà détenu. Il est détenu de façon immanente par une entité dont l'existence est du même coup postulée et indiscutable². Sont ainsi invoqués les droits du peuple breton, les droits de l'Alsace, les droits des Gitans, etc. Mais ces droits ne sont avancés que dans une revendication de droit, c'est-à-dire pour en faire du droit de l'Etat.

L'ambiguïté de ce concept de droit ainsi utilisé recouvre aussi une ambiguïté idéologique. La revendication minoritaire, articulée sur l'idéologie des Droits de l'Homme, se présente souvent, en tout cas dans le contexte politique français d'après 1968, comme une volonté libératrice, voire progressiste. Or elle peut en même temps s'appuyer sur un référent souvent indémontrable dans l'expérience politique et dont il faut alors chercher les preuves dans quelque conception passéiste et réifiée de

1. Gérard Soulier, *Nos droits face à l'Etat*, Seuil, 1981, p. 15.

2. La question de la validité de ce postulat n'est pas ici prise en considération.

l'histoire ou de la culture, voire dans des théories socio-biologiques fondamentalement étrangère à la démocratie.

Au total on pourrait résumer la revendication minoritaire par la formule un peu caricaturale suivante : « Nous voulons nos droits ! » Cette position est inspirée par une conception du droit à la fois simpliste et réaliste.

Elle est simpliste en ce qu'elle ne voit de droit que dans l'Etat, qu'il n'y a de droit que comme expression de la volonté de l'Etat. Le groupe minoritaire possède certes des droits mais il ne les exercera effectivement que si l'Etat lui donne son droit. Sans l'Etat le groupe ne connaîtra pas de droit.

Or, on peut justement se demander, comme on le fera de façon plus précise dans la suite de cet exposé, si l'inverse ne peut pas être tout aussi bien soutenu, à savoir que le groupe possède du droit et revendique des droits. L'existence dans la République française unitaire d'un droit local alsacien-lorrain, support d'une revendication spécifique des populations intéressées, en est déjà une indication.

Mais cette conception du droit est aussi réaliste. Elle rend compte de deux données essentielles :

— Premièrement, du principe théorique de la souveraineté, à savoir qu'il n'est aucune fin sociale que l'Etat ne puisse s'assigner.

— Deuxièmement, du développement effectif de l'Etat dans les sociétés modernes ; il joue dorénavant un rôle tel qu'aucun groupe si cohérent soit-il n'est assuré de son existence, qu'aucun intérêt si grand soit-il n'est garanti, si l'Etat, d'une quelconque façon, ne l'a pas reconnu, c'est-à-dire intégré dans son ordre juridique.

D'où une conséquence paradoxale : la réclamation des droits se traduit par une nouvelle avancée de l'Etat dans la société civile. Cette conséquence est grosse d'inconvénients voire de dangers³. Au total cette ambivalence ne peut être appréciée que dans le cadre d'une considération d'ensemble du système juridico-politique qui donne sens et efficacité aux droits en question.

La question du droit local alsacien-lorrain peut servir à illustrer l'ensemble de ces remarques. Ce droit a son origine dans la législation allemande appliquée aux trois départements dits d'Alsace-Lorraine. Après la première Guerre Mondiale, cette législation apparaît plus moderne que le droit français et le Parlement décide de la maintenir.

M. Pleven, alors ministre de la Justice avait déjà rencontré une forte opposition locale lorsqu'il avait entrepris en 1972 l'harmonisation de la procédure civile, entraînant la disparition des particularités locales. Mais M. Auroux, en janvier 1982, s'est heurté à une hostilité déclarée des élus de l'opposition dans ces régions, lors de la réforme des Conseils des Prud'hommes comportant suppression de l'échevinage en Alsace-

3. Cf. les interventions des autorités académiques en matière de graphie occitane, qui n'ont guère été appréciées par les utilisateurs de l'occitan.

Lorraine⁴. Cette réforme, pourtant d'inspiration fondamentalement démocratique, fut présentée par des élus locaux et nationaux comme contraire à la spécificité alsacienne⁵. Cette position mérite sans doute discussion, mais on ne peut en débattre utilement qu'en soulevant une série de questions préalables.

1) Quelle est cette spécificité alléguée ? Est-elle le fruit d'une situation historique ? Si c'est le cas, en quoi y a-t-il droit au maintien de cette situation ? Ou bien est-elle le produit de l'originalité linguistique et culturelle de ces régions ? Mais alors en quoi un citoyen francophone est-il lié par cette spécificité territorialement désignée ?

2) Qui détient un titre valable pour se porter en garant et défenseur de cette spécificité ? Des élus de la République française ? Ils n'ont jamais été très nombreux ni très convainquants dans ce rôle. Des responsables de mouvements politiques, culturels, d'organisations religieuses ? Il faudrait alors apprécier politiquement mais aussi juridiquement leur représentativité. Et comment le faire en dehors des mécanismes démocratiques officiels ?

3) Quelle serait la validité de cette spécificité lorsqu'elle apparaîtrait contraire à l'évolution démocratique de la société globale, voire aux droits fondamentaux de l'homme⁶ ?

Toutes ces questions peuvent évidemment être abordées d'un point de vue politique ou sociologique. Elles peuvent également faire l'objet d'une considération juridique, si on s'écarte toutefois de cette conception qui identifie le droit à l'Etat. On peut alors énoncer que le droit est « discours de pouvoir plutôt que discours du pouvoir »⁷. Abordé sous cet angle, le droit ne s'épuise pas dans l'Etat et peut être présenté de façon générale sous la notion d'ordre juridique.



II. — LE DROIT PEUT ETRE ABORDE SOUS LA NOTION D'ORDRE JURIDIQUE

Cette présentation s'inspire de la théorie générale du droit de Santi Romano exposée dans son ouvrage *L'ordre juridique*⁸. On l'utilisera

4. Système qui exclut de la juridiction prud'homme 80 % des communes et 50 % des salariés.

5. Cf. M. Fuchs, député U.D.F. : « Le gouvernement va-t-il prendre le contre-pied au moment même où il accorde de nouveaux droits aux Corses et promet la décentralisation ? », *Le Monde*, 29-1-1982.

6. On pense ici aux pratiques de mariage forcé ou d'excision dont l'existence sur le territoire français ne peut plus être occultée.

7. Danièle Loschak, « Le droit discours de pouvoir », in *Itinéraires*, Mélanges Léo Hamon, Ed. Economica, 1982, p. 431.

8. Editions Dalloz, 1975, traduction française de la deuxième édition, Collection « Philosophie du droit », avec une introduction de Ph. Franciscakis. L'indication des pages dans la suite de l'exposé renvoie à cette édition.

non pas comme l'expression d'une vérité devant guider dogmatiquement le raisonnement mais comme un outil de travail permettant de défricher utilement les questions posées ici.

Sans doute aucun juriste ne récuse de nos jours l'idée que le droit est autre chose qu'une collection de règles. Indissociable des rapports qu'entretient une société donnée, le droit a un sens, une unité. En même temps il est un système formel, doté d'une logique.

Mais Santi Romano va plus loin. S'opposant radicalement à Kelsen, il refuse de penser le droit à partir du concept de norme. « Il croit que le droit n'est pas normes, mais totalité dépassant la somme des normes et contenant encore bien d'autres choses que des normes⁹. » Retenant le concept d'ordre juridique, équivalent à celui d'institution dans la terminologie qu'il adopte, Santi Romano fait valoir que le droit est organisation, structure, unité sociale. Il y a donc droit quand il y a corps social quel qu'il soit. Tout corps social est du droit, car il est ordre juridique ou institution.

L'institution ainsi entendue comme corps social, ou ordre juridique, est une unité organique, ayant une existence objective et concrète, dotée d'une individualité propre, relativement stable et permanente. Elle est « la manifestation première, originaire et essentielle du droit » (p. 31). Car « le droit consiste avant tout dans l'installation et l'organisation d'une entité sociale » (p. 38).

Cette entité sociale est le fait d'un jeu de forces qui en maîtrise et régleme les éléments. Santi Romano en tire la proposition que « toute force, quand elle est effectivement sociale et se trouve donc organisée, se mue par là même en droit » (p. 32). Derrière l'énoncé du droit, il y a d'abord et fondamentalement l'autorité qui énonce ; ce qui pour Santi Romano veut dire que « le droit n'est par, du moins pas seulement, la norme posée, mais bien l'entité qui la pose » (p. 13).

Il résulte de cette analyse que tout corps social doté, empiriquement, d'un certain degré de cohésion, quelle que soit la base sur laquelle cette cohésion repose, est un ordre juridique. L'ordre de l'État n'est pas le seul juridique. Le caractère juridique appartient à toute entité socialement organisée, cohérente et structurée, qu'elle soit reconnue ou non par l'État. « En d'autres termes il est des entités qui pour le droit étatique sont en partie des entités de fait alors que, considérées en elles-mêmes, elles présentent ce caractère institutionnel qui en fait des organismes juridiques suivant les conceptions... développées » (p. 94).

Ceci ne nie pas la spécificité de l'État au regard des autres ordres juridiques que constituent, selon Santi Romano, des entités telles que familles, usines, entreprises, églises, sectes, pensionnats, cercles de jeux, associations de malfaiteurs, et groupes minoritaires, ajoutera-t-on. Au contraire ces analyses impliquent l'existence de rapports, de nature

9. Ph. Francescakis, *L'ordre juridique*, op. cit. p. VI.

variable, éventuellement complexes, entre l'ordre étatique et les autres ordres ou entités sociales, rapports que Santi Romano passe en revue à l'aide du concept de *relevance*. On reviendra là-dessus par la suite.

Pour le moment, muni de ces conceptions, il s'agit, dans un troisième point, d'envisager les minorités comme entités sociales au sens de Santi Romano, autrement dit comme ordres juridiques.



III. — LES MINORITES CONSTITUENT DES ORDRES JURIDIQUES

L'approche juridique développée ci-dessus permet de mettre en relief qu'une minorité n'est pas une simple collection d'individus marqués d'une certaine particularité. Une minorité est un groupe existant comme entité sociale, comme ordre constitué, traversé par un rapport de forces spécifique, espace social de pouvoir diffus ou identifié, qui le maintient comme tel en ses divers éléments.

Mais cette entité sociale est placée dans une situation spécifique de domination dans l'ordre social global. C'est une analyse politique tout à fait classique que de relever que la situation minoritaire n'est pas dans les traits particuliers partagés par les membres d'un groupe ; elle est dans la domination exercée sur ce groupe à raison du principe d'unité particulier qui le constitue comme tel, c'est-à-dire comme entité sociale.

Cette situation se définit juridiquement dans le rapport qu'entretient l'ordre étatique avec l'ordre minoritaire. Dans ce rapport il y a toujours une contrainte mais il n'y a pas nécessairement que de la contrainte.

Il y a toujours une contrainte en ce sens que le groupe est nié dans son existence ou ses capacités de développement autonome. Ceci emprunte des moyens politiques et juridiques variables en fonction des objectifs visés : depuis la suppression du groupe par destruction physique, désagrégation sociale ou assimilation, jusqu'au maintien du groupe pour les besoins des intérêts dominant dans l'ordre social global, mais avec exclusion graduée des avantages et droits que confère cet ordre.

Mais dans ce rapport entre l'ordre étatique et l'ordre minoritaire il n'y a pas nécessairement que de la contrainte. Divers facteurs peuvent jouer à cet égard. L'ordre étatique peut, par exemple, être indifférent à certains éléments de l'ordre minoritaire qui lui apparaissent étrangers aux besoins de la domination ; il les ignore ou tolère comme purs faits. Ou bien l'ordre étatique peut présenter des qualités particulières qui satisfont les intérêts des membres du groupe minoritaire. Que l'ordre étatique ait été proposé ou imposé aux minoritaires importe peu à cet égard, l'essentiel étant de constater qu'il est accepté par eux et intégré dans des pratiques sociales et juridiques effectives. Ces comportements

peuvent s'enraciner dans les rapports économiques avec les avantages qu'apporte une collectivité globale plus vaste et plus équilibrée¹⁰. Ils peuvent être repérés dans l'ordre idéologique par la participation à des valeurs plus attractives de par leur universalisme, ou leur modernisme, ou leur progressisme¹¹. Ils s'inscrivent enfin dans les relations juridiques, par exemple par la possibilité donnée aux individus d'évoluer comme sujets juridiques dans un système accordant une capacité d'action sociale plus large.

L'existence d'un groupe minoritaire peut donc s'accompagner d'un système de relations très diversifiées, qui ne s'interprètent pas nécessairement en termes d'antagonisme entre l'appartenance au groupe et l'appartenance à d'autres ordres, notamment celui de l'État.

Mais toutes ces analyses ne sont pertinentes que pour autant qu'est satisfaite l'hypothèse de départ, à savoir qu'elles portent sur un groupe constituant un ordre juridique au sens de Santi Romano, c'est-à-dire présentant les caractéristiques d'une entité sociale effective. Le groupe minoritaire n'existe comme tel et ne peut être un lieu de préention juridique que dans la mesure où il manifeste une réalité sociale spécifique. Les liens qui constituent le groupe peuvent être spéciaux et non généraux et ne constituer que très étroitement un facteur d'emprise, encore faut-il qu'ils soient productifs d'un minimum d'unité.

Il faut suivre ici Santi Romano lorsqu'il considère que l'ordre juridique renvoie au concept de société : « entité distincte des individus qui la composent et constituant de façon concrète une unité » (p. 18). Cette entité n'est gouvernée ni par l'arbitraire ou la force brute, ni par le rapport d'amitié ou d'affinité, mais par le droit.

Les implications pratiques de ceci sont doubles :

a) Réclamer des droits pour un groupe revient à affirmer l'existence de ce groupe comme ordre juridique, c'est-à-dire comme réalité sociale. Cela exige d'énoncer les liens effectifs et l'unité produite et de repérer les phénomènes de pouvoir qui s'exercent dans le groupe, dans des manifestations précises ou diffuses d'autorité et d'emprise sur les individus.

b) Quand un groupe historiquement repérable ne dispose plus dans le présent des articulations et des ressorts nécessaires pour constituer véritablement un ordre social, il n'est plus ipso facto un ordre juridique. Les problèmes posés ne sont plus ceux des rapports entre deux ordres juridiques mais entre un ordre juridique imposé et des individus. La problématique à adopter n'est plus celle des droits du groupe car il n'y a plus de droit du groupe : elle est celle des droits de l'homme. C'est une exigence de réalisme.

10. On a souvent fait remarquer avec ironie que le succès des mots d'ordre occitans était fortement tributaire des difficultés de commercialisation du vin !

11. L'idéologie de la République française a constitué un exemple particulièrement réussi à cet égard, que ce soit pour l'assimilation des provinces ou la création d'élites indigènes dans les colonies.

Ces points étant établis, les conceptions de Santi Romano amènent à faire voir la revendication minoritaire comme la recherche d'un nouveau rapport entre deux ordres juridiques.



IV. — LES REVENDICATIONS MINORITAIRES SONT LA RECLAMATION D'UN NOUVEAU RAPPORT ENTRE DEUX ORDRES JURIDIQUES

Si un groupe minoritaire est une entité sociale effective, il constitue un ensemble relativement structuré qui connaît une vie juridique spécifique. Réclamer des droits pour ce groupe c'est vouloir faire prendre en compte dans le droit de l'État l'existence de ce groupe et les éléments de son ordre spécifique.

Pour désigner le rapport entre deux ordres juridiques, Santi Romano avance la notion de *relevance* d'un ordre pour un autre, selon la définition suivante : « Pour qu'il y ait *relevance* juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à titre défini par ce dernier » (p. 106).

Revendiquer des droits pour un groupe minoritaire aboutit donc à définir les modalités de *relevance* de l'ordre minoritaire pour l'ordre étatique. Il s'agit d'aménager une relation juridique nouvelle par laquelle l'ordre dominé ou ignoré devient un ordre reconnu et subordonné. D'un rapport d'exclusion on passe à un rapport hiérarchique. Cette insertion de l'ordre minoritaire dans l'ordre étatique ne peut se faire arbitrairement.

Certes l'ordre minoritaire est originaire, il existe par lui-même, de par ses propres forces qui le structurent comme groupe. Il n'est pas créé par l'État ; au contraire, bien souvent il a survécu malgré l'État ou contre lui. Mais il n'est pas étranger à l'État : les éléments qui composent l'ordre minoritaire (populations, territoire éventuellement, institutions parfois) sont en même temps des éléments de l'État. Le groupe minoritaire entre donc en tant qu'ordre dans un ordre plus vaste dont il lui faut subir les contraintes. Que ce soit l'ordre existant maintenu ou un nouvel ordre à établir, il s'agit toujours d'un ordre global, parcouru par une même logique, parce que structuré par un champ de forces prédominant. Le droit dans ses prescriptions formelles, enregistre cette logique avec des exigences particulièrement grandes de cohérence interne.

Revendiquer des droits c'est accepter de voir la revendication devenir du droit de l'État ou en tout cas relevant pour l'État, de la voir prendre place dans le dispositif d'un ordre plus vaste dont elle doit respecter au moins partiellement le jeu et nécessairement les contraintes fondamentales.

Cette capacité à juridiciser la revendication, à la transformer en pratique régulière et opposable, comme élément d'un ordre social général, donne la mesure d'une aptitude au discours logique et au comportement rationnel. La juridicisation de la revendication marque la capacité d'accéder à l'universel.

On en tirera la conclusion que la revendication minoritaire trouve sa légitimité et éventuellement son audience lorsqu'elle parvient à exprimer en langage rationnel des intérêts universalisables¹².

12. Cf. Habermas cité par André Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit ?*. L.G.D.J., 1981, p. 175.