

Miguel Herrero de Miñón
Président du Tribunal constitutionnel
Principauté d'Andorre

› RAPPORT

1. Dans ce rapport, sont recueillis, sans citer leur auteur, les points de vue et les critères, ainsi que les principales divergences, exposés par les participants pendant les quatre séances qui se sont déroulés lors de la réunion du 3 octobre 2003.

Les participants ont été :

Allemagne, M. Winfried Hassemer, Vice-Président
Autriche, M. Erwin Felzmann, Juge
Belgique, M. Marc Bossuyt, Juge
Bosnie Herzégovine, M. Mato Tadic, Président
Bulgarie, M. Lasar Gruev, Juge
Chypre, M. Andreas Kramvis, Juge
Chypre, M. George Nicolaou, Juge
Espagne, M. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Président
Espagne, M. Pablo García Manzano, Juge
Espagne, M. Vicente Conde Martín de Hijas, Juge
France, M. Jean-Claude Colliard, Juge
Hongrie, M. Árpád Erdei, Vice-Président
Italie, M. Giovanni Maria Flick, Juge
Létonie, M. Aivars Endzins, Président
Luxembourg, M. Marc Thill, Président
Luxembourg, M. Jean Jentgen, Conseiller
Malte, M. Vincent A. De Gaetano, Président
Monaco, M. Roland Drago, Président
Norvège, M. Trond Dolva, Juge
Pologne, M. Marek Safjan, Président

Portugal, M. Luís Nunes de Almeida, Président
Roumanie, M. Lucian Stangu, Juge
Russie, M. Vladimir Yaroslavtsev, Juge
Serbie Monténégro, Mme Mirjana Rasic, Juge
Serbie Monténégro, M. Radovan Krivokapic, Juge
Slovénie, Mme Dragica Wedam Lukic, Président
Slovénie, Mme Mirjam Skrk, Juge
Tchéquie, M. Jirí Mucha, Juge
Turquie, Mme Samia Akbulut, Juge
Turquie, M. Mustafa Baysal, Juge
Cour européenne des droits de l'homme, M. Javier Borrego Borrego, Juge
Cour européenne des droits de l'homme, M. Josep Casadevall Medrano, Juge

2. En premier lieu, plusieurs intervenants ont signalé, et tous ont été d'accord sur ce point, la difficulté de préciser la notion juridico-politique de « minorité », souvent qualifiée d'« impossible à appréhender », de « mutante et contradictoire », de « notion inexistante » et il a même été dit qu'« il était préférable qu'elle ne soit pas précisée ».

Cependant, il est vrai que, et là aussi il y avait unanimité, le terme en question est fréquemment utilisé dans les textes positifs internationaux et nationaux, même il est défini (cf. Préambule de la Loi hongroise LXXVII/1993), et aussi dans la doctrine lorsqu'on se réfère à certains groupes qui vivent au sein d'une société plus grande, qui revendiquent une identité propre, et souvent, et en fonction de celle-ci, un traitement spécial de la part des pouvoirs publics.

3. Il s'agit d'une notion d'origine internationale, reçue en droit constitutionnel d'où elle est projetée sur le plan international, au fil du processus d'internationalisation de la formulation et de la garantie des droits fondamentaux.

En effet, la protection des minorités apparaît dans les traités de paix qui ont mis fin à la première guerre mondiale et qui, en tant que telle, fut intégrée dans le système des Nations Unies. Le fondement résidait dans les articles 86 et 93 du Traité de Versailles et son instrumentalisation a été menée à bien par les « traités des minorités » conclus entre les puissances alliées et associées et deux nouveaux États : la Pologne et la Tchécoslovaquie et les États qui avaient étendus leurs frontières (la Grèce, la Roumanie et la Yougoslavie). Quatre chapitres spéciaux avaient été inclus dans les traités de paix avec les États vaincus (l'Autriche, la Bulgarie, l'Hongrie et la Turquie), divers traités bilatéraux et jusqu'à six déclarations unilatérales.

Cette notion a été reçue par le droit constitutionnel de la première après-guerre jusqu'à devenir une de ses caractéristiques.

Lors de la deuxième après-guerre, le système antérieur des minorités qui avait été abandonné, a été remplacé soit par un système multilatéral composé de clauses de protection des droits fondamentaux de l'homme, par exemple dans les traités de paix de 1947 avec l'Italie, la Finlande, la Bulgarie, l'Hongrie et la Roumanie, soit par un système organisé par des dispositifs bilatéraux (cf. le Traité italo-autrichien de 1946). Le Traité de l'État autrichien de 1955 mérite d'être spécialement cité, à cause de sa nature constitutionnelle. Dans ce traité, on reconnaît aux nationaux autrichiens appartenant à la minorité slovène et croate des droits spéciaux en matière linguistique, culturelle et de scolarité (article 7).

Après la deuxième guerre mondiale, le Pacte de Nations Unies sur les droits civils et politiques de 1966 assure la protection des personnes appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique (article 27) et le Conseil de l'Europe s'est occupé de cette question depuis ses origines jusqu'à la formulation de la Convention-cadre de 1994 sur la question. Les dernières générations de Constitutions de certains pays de l'Europe centrale ou orientale accueillent, d'une manière ou d'une autre, cette même catégorie.

Certains intervenants ont étudié la formulation internationale et son adoption interne par voie d'attribution, comme une option valable dans la formulation constitutionnelle, aussi bien des droits des minorités que des droits fondamentaux, tout en concluant, cependant, à la valeur pédagogique de la formulation constitutionnelle pour une plus grande introduction des valeurs constitutionnelles par les différentes sociétés.

4. La généralité nécessaire de la formulation constitutionnelle de ces valeurs, amène à conclure à l'importance de la jurisprudence des cours constitutionnelles en tant qu'interprètes de la norme fondamentale. On lui doit l'évolution de la notion de minorités et l'organisation de sa protection, quelquefois à partir d'une mention textuelle expresse, et d'autres fois, souvent plus fréquentes, à partir de valeurs générales et en envisageant les circonstances concrètes de l'affaire en cause.

C'est autour de la valeur « d'égalité », clé des démocraties modernes que cette tâche d'interprétation a une plus grande importance. En effet, personne ne nie cette valeur, mais le problème surgit lorsqu'il faut la formuler dans le traitement des situations inégales qui, et ceci a été reconnu depuis toujours, justifient non pas une inégalité devant la loi, mais un traitement proportionnel à l'inégalité du cas concret lors de l'application de la loi. En tout cas la valeur d'égalité exige la suppression de tout type de discrimination.

5. La jurisprudence constitutionnelle, spécialement la jurisprudence germanique, fonde la protection des minorités dans la protection des droits fondamentaux dans sa double dimension de droits permettant de se défendre face aux pouvoirs publics –ce qui exclut leur ingérence dans un domaine de liberté qui, quoique individuel, a un prolongement collectif- et les droits à la protection de la part des pouvoirs publics pouvant entraîner l'exigence d'une prestation vitale. Les droits ne sont plus des limites du pouvoir pour devenir des buts ou des objectifs du pouvoir lui-même.

6. Deux opinions principales ont été formulées sur ce point. D'une part celle qui concerne la suprématie de la norme, soit de la loi, soit de la Constitution et, par conséquent la volonté suprême du législateur, et même du pouvoir constituant, que le juge ne peut pas modifier et qui, dans tous les cas, peut lui être imposée. D'autre part, celle qui défend une plus grande liberté du juge constitutionnel pour interpréter la norme en fonction des circonstances de chaque affaire, ce qui entraîne une mutation de celle-ci. Ce qui changerait son sens sans modifier son expression littérale.

Le cas français est paradigmatique sur ce point. En principe, il n'existe pas de minorités dans la République française, une et indivisible. Il existe des citoyens égaux devant la loi, titulaires de droits fondamentaux. Ceci est déduit de l'article 2 de la Constitution de 1958, ainsi que l'a compris le Conseil constitutionnel en 1991 à propos de « l'inexistence du peuple corse » et en 1999 à propos des langues régionales.

Néanmoins, il est évident que dans la pratique, il existe des différences juridiques entre les groupes de citoyens, essentiellement des différences territoriales. Soit pour des raisons géographiques (populations d'outre-mer), soit pour des raisons historiques (permanence des droits du concordat et d'autres, d'origine allemande, en Alsace), soit pour des raisons culturelles (tolérance des langues régionales, même dans l'enseignement simplement limitée si elle pouvait supposer une ingérence monolingue dans une langue distincte du français). D'autre part, l'adoption d'un quota en faveur des femmes dans la loi électorale suppose une reconnaissance d'un type de minorité, dans le sens qualitatif mais pas quantitatif du terme. Le problème se pose face à la diffusion de l'islam en France étant donné la législation sur la séparation de l'Église et de l'État de 1905, qui met à la disposition du culte catholique un immense ensemble architectural et culturel et empêche la coopération de la République avec d'autres croyances.

7. La situation est spécialement complexe et dynamique parce que, à côté des minorités classiques, des nouveaux types de minorités surgissent, et celles-ci peuvent se superposer et se juxtaposer entre elles. Les participants se sont accordés sur la distinction de trois types fondamentaux de minorités.

Premièrement, les minorités classiques. Il s'agit des groupes nationaux et ethniques, c'est-à-dire des collectifs culturels (linguistiques, religieux, etc.) qui donnent une identité globale à l'individu. C'est ce que l'on pourrait appeler « les minorités » historiques et autochtones, par exemple les Slovaques en Autriche ou les Italiens et les Hongrois en Slovaquie ou le peuple Sami en Norvège, parmi d'autres exemples. La Constitution hongroise les qualifie de « minorités nationales » et la Constitution slovène de « communautés nationales ». Il s'agit, comme le dit la législation hongroise, de groupes dont l'installation au sein de la société remonte à plus de cent ans, et souvent est immémoriale.

Deuxièmement, les groupes qui ne se trouvent pas dans cette situation et que la jurisprudence hongroise qualifie de « groupes de fait » constitués par des immigrants légaux, et même par des résidents. La distinction, sur laquelle nous reviendrons plus tard, a une grande importance pratique au moment d'organiser leur protection, parce que, alors que les premiers sont protégés en tant que groupe, les membres des deuxièmes sont protégés dans leurs droits fondamentaux, même ceux qui supposent un exercice collectif, sur la base du principe d'égalité.

Ces nouvelles minorités sont le fruit des nouvelles migrations massives. Ces migrations, du point de vue de l'expérience des experts du Conseil de l'Europe, peuvent être de trois types : extra-européennes, intra-européennes et intra-Union européenne. Les premières étant généralement détachées d'un État d'origine lorsqu'elles sont sud-sahariennes et avec un clair attachement à un État d'origine lorsqu'elles sont arabes, asiatiques ou ibéro-américaines ; les secondes étant normalement attachées à un État d'origine, avec une signification différente suivant que cet État fait frontière ou ne le fait pas avec l'État récepteur de la migration.

Par rapport à ces dernières, le problème de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne a été soulevé, parce qu'elle peut aggraver le problème des minorités dans les pays et les territoires qui à cause de leur exigüité ou d'autres conditions sociales et d'environnement sont spécialement fragiles à l'impact des flux de population. Des flux intenses lorsqu'un attrait esthétique, climatologique, économique ou de travail de ces territoires attire des résidents permanents ou quasi-permanents (touristes de longue durée) appartenant à d'autres pays plus riches de l'Union. L'expérience accumulée jusqu'à présent et rapportée par certains participants, révèle quatre

modèles pour freiner ces flux sans tomber dans des discriminations interdites par la législation de l'Union. Les exceptions transitoires (c'est le cas du Tyrol), les règles d'exception (Île du Man), la ségrégation du territoire de l'Union (c'est le cas du Groenland), l'ordonnement du territoire comme mesure d'encouragement à l'installation de la population (en étude aux Canaries).

Il est certain que cette question a une importance spéciale par rapport aux micro-états européens, y compris ceux qui font partie du Conseil de l'Europe, et qui d'une certaine façon sont appelés à s'associer avec l'Union européenne. Les micro-états, partout, et aussi et surtout en Europe, sont spécialement fragiles à l'impact des flux démographiques et financiers externes et la préservation de leur identité et de leur existence justifie des moyens de protection spéciale.

Troisièmement, ce qu'on appelle les « très nouvelles minorités », constituées par les groupes qui réclament une reconnaissance et une protection spéciale en fonction du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'incapacité, etc.

Les participants ont choisi de centrer leur attention sur les deux premiers types de minorités étant donné la caractéristique des minorités « très nouvelles » et leur hétérogénéité avec celles, classiques et nouvelles, basées sur des facteurs objectifs capables de fonder une identification culturelle et politique globale. La comparaison faite par J. Habermas, des francophones du Québec avec les sourds-muets du Canada ne favorise pas une meilleure compréhension de l'un ou de l'autre problème.

La majorité des participants sont tombés d'accord sur le fait que les minorités classiques, même lorsqu'il s'agit d'une population assez mélangée, ne présentent pas actuellement des problèmes particuliers. Ces problèmes proviennent des nouvelles minorités produites par les immigrations dont les valeurs éthiques et esthétiques se heurtent avec celles qui sont en vigueur dans les pays européens d'accueil (cf. Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 23 septembre 2003).

8. Tout cela entraîne, selon les participants une série de tensions, souvent simultanées, sur au moins, quatre axes :

Tout d'abord, entre l'individu et le groupe minoritaire auquel il appartient. Une vision libérale de la société exige le caractère ouvert du groupe, de sorte que l'appartenance à celui-ci doit être volontaire. Cependant, certains participants ont constaté que la protection de l'identité et la permanence du groupe peut exiger des mesures pouvant limiter la liberté de choix. C'est le cas des politiques d'intégration linguistique qui, même lorsqu'elles essaient de créer une société plurilingue, imposent l'apprentissage d'une langue, même à ceux qui ne souhaitent pas l'apprendre.

Ensuite, entre le groupe minoritaire et celui qui s'érige comme son représentant, qui peut ne pas être majoritaire au sein du groupe et dont le constat peut ne pas être formellement possible, parce que ceci supposerait un début de discrimination.

Ensuite, entre les minorités englobées dans un groupe minoritaire majeur et celui-ci.

Enfin, entre le groupe minoritaire et la société dans lequel il est installé. Les modèles de vie en commun entre les minorités –spécialement les nouvelles- et la société d'accueil, encore à déterminer, requièrent le développement d'une certaine attitude de tolérance mutuelle, tout comme la détermination des limites de cette tolérance en fonction des valeurs constituant l'ordre public. Un participant a relevé la situation posée en signalant que de l'unité homogène d'autrefois se pose le passage à une forme d'unité hétérogène dans laquelle la volonté de vivre ensemble est compatible avec celle de rester différents. Et la question se pose à son tour des limites admissibles de ces

différences.

9. Les participants ont examiné, compte tenu de leurs propres expériences, une série de techniques utilisées pour la protection de ceux qui appartiennent à une minorité.

Premièrement, la stricte égalité devant la loi et la même garantie pour tous les individus des droits fondamentaux qui leur appartiennent « sans discrimination pour des raisons de race, de langue, de religion, de culture, etc. » Il s'agit d'un principe républicain refusant toute loi privée (=privilège) du groupe ou du territoire, considérée contraire au principe d'égalité des citoyens et même des hommes. Ce qui a pour but d'empêcher la discrimination des minorités en tant que telles, mais n'implique pas la garantie du développement, spécialement dans le cadre public, de leurs propres caractéristiques (cf. langue).

Deuxièmement, l'exercice collectif des droits fondamentaux avec une dimension collective essentielle (cf. liberté de culte et catéchisme religieux). Celle-ci a été la thèse développée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe à la lumière de la Convention de 1950 où les droits collectifs ne sont pas reconnus.

Troisièmement, la police de l'ordre public en tant que limite de toute liberté, en garantie du droit des autres. Ceci suppose, l'acceptation commune de certains fondements axiologiques partagés de cet ordre public. Il a été signalé qu'il pouvait exister le risque que certaines de ces lois puissent contenir des formules de discrimination occulte.

Quatrièmement, l'autogouvernement des minorités territorialement installées dans un espace propre. Cette option aura un sens distinct suivant le sens fonctionnel ou symbolique de l'espace en question pour le devenir du groupe en question (cf. « foyer national »), à la cohésion du groupe installé là et au caractère majoritaire ou non de celui-ci. Les participants ont discuté de la portée du principe de territorialité, qui d'une part facilite la vie en commun des groupes spécialement installés, avec des formules fonctionnellement fédérales (cf. les cas de l'Espagne et de la Belgique) et d'autre part, pose le problème de garantir les droits des minorités installées au sein de chaque groupe et appartenant ou ayant des affinités avec l'autre.

Cinquièmement, l'autogouvernement des communautés sur la base personnelle non territoriale, comme celle qui est idéalisée par les austro-marxistes Renner et Buaer. Le système se fonde sur la législation et la pratique de pays comme la Slovaquie, la Hongrie et la Pologne. La condition de ces minorités comme « facteurs qui intègrent l'Etat » exige une représentation en tant que tels dans les assemblées (Décision du Tribunal constitutionnel hongrois 35/1992).

Sixièmement, le statut personnel de la personne appartenant à une minorité qui le suit dans tout le territoire « comme l'ombre du corps » (c'est le cas des spécialités fiscales et civiles en Espagne).

Septièmement, la discrimination positive, c'est le traitement différent et même préférentiel accordé aux membres d'une minorité en tant que telle.

Les participants ont été d'accord sur le fait que l'utilisation de cette dénomination n'était pas très adéquate parce qu'elle est contradictoire : s'il y a discrimination –ce qui est interdit parce que portant atteinte à l'égalité en tant que droit fondamental- elle n'est pas positive et si elle est positive, il n'y a pas de discrimination. Certaines juridictions constitutionnelles, par exemple la Cour slovaque, qui a commencé en utilisant cette expression (en 1998), l'a remplacée par celle d'action affirmative (en 2001).

Indépendamment du terme employé, il a été remarqué que le fondement de ces mesures est celui de compenser une situation de fait de faiblesse ou de marginalisation. La finalité de « l'action affirmative » ou de la « discrimination positive » est de mieux traiter ceux qui se trouvent dans les conditions les plus mauvaises pour les remettre en un meilleur état. Il s'agit donc d'une version de la « clause de promotion » contenue dans diverses constitutions (cf. article 3 Italie ; article 9.2 Espagne ; article 6.2 Andorre ; etc.).

Par conséquent, la discrimination positive qui prétend arriver à l'égalité réelle entre ceux qui en principe ne sont pas égaux, ne peut pas consister dans une mesure transitoire qui équivaldrait à un privilège en détriment des tiers, mais à une mesure transitoire (cf. quota de genre), plus proche de ce qui est économique-social que ce qui est politico-institutionnel (cf. représentation réservée de groupes ethniques). Cependant, en Hongrie le Tribunal constitutionnel, dans sa jurisprudence de 1990 à 1999, a interprété que l'égalité réelle permettait l'élimination d'un minimum de voix exigé pour obtenir la représentation électorale afin de garantir la représentation des minorités. La loi électorale en vigueur en Espagne a fait de même afin de permettre la représentation des partis non étatiques, qui en fait représentent des revendications nationalistes ou régionalistes. Même si certains peuvent penser que cette solution est un privilège, l'application d'un minimum égal électoral supposerait l'exclusion perpétuelle de ces minorités.

10. En dernier lieu, les participants ont considéré que la question fondamentale est la finalité du régime de protection. Soit de l'individu membre du groupe pour que ses droits fondamentaux soient respectés et effectifs, même les droits de l'exercice collectif et ce qui semble être une condition indispensable de tous les droits, l'identité propre, par essence intersubjective. Soit du groupe minoritaire en lui-même, aussi bien face à l'érosion extérieure qu'à la dissidence ou à la déloyauté intérieure.

Des différentes expériences apportées par les participants, il en résulte que les minorités classiques, et spécialement celles qualifiées de « minorités nationales » ou « communautés nationales », à cause de leur caractère autonome et enracinement historique, sont considérées comme des sujets de droits créanciers, en tant que groupes, d'un traitement spécial. Au contraire, les simples « groupes de fait » ne sont pas créanciers de ce traitement et ses membres reçoivent protection sur la base des droits fondamentaux.