



HAL
open science

Identité nationale et citoyenneté dans le droit colonial français.

Félicien Lemaire

► **To cite this version:**

Félicien Lemaire. Identité nationale et citoyenneté dans le droit colonial français.. Arthur Braun. Mélanges en l'honneur de Stéphane Pierré-Caps, Constitution, États et peuples, L'harmattan, pp.131-157, 2024, Droit comparé, 978-2-336-43182-6. hal-04614878

HAL Id: hal-04614878

<https://univ-angers.hal.science/hal-04614878>

Submitted on 19 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

IDENTITÉ NATIONALE ET CITOYENNETÉ DANS LE DROIT COLONIAL FRANÇAIS¹

Félicien LEMAIRE

Depuis le début de la V^e République, et plus encore depuis les indépendances des anciennes colonies françaises en 1960, on pouvait penser l'analyse close sur l'identité nationale et la citoyenneté dans le droit colonial français. Il n'en est rien. Le renouvellement des études sur la notion d'« empire colonial² » et les débats parallèles sur l'identité nationale³, l'universalité des droits et le cosmopolitisme⁴, sur fond d'une perte de repères liée à la mondialisation autant qu'à la construction européenne, poussent très logiquement la doctrine à revisiter les anciennes approches. La déconstruction des représentations et figures du colonialisme, dans ses fondements

¹ Ce texte est issu d'une communication au colloque final du projet CITER (L'Europe et les frontières de la citoyenneté), « Les degrés de la citoyenneté. Question coloniale, race et droits », organisé à la MSH Ange Guépin de Nantes, 18-20 septembre 2019, dans le cadre du programme de recherche Alliance Europa. L'intérêt, bien connu, du professeur Stéphane Pierré-Caps pour le droit démotique nous porte naturellement à le présenter dans les mélanges en son honneur, dans une version plus étoffée.

² Sans se montrer exhaustif, cf. notamment O. Le Cour Grandmaison, *La République impériale*, Paris, Fayard, 2009 ; P. Singaravélou, *Professer l'empire*, Paris, A. Colin, 2013 ; et sous sa direction, *Les empires coloniaux. XIX^e-XX^e siècle*, Paris, Seuil, coll. « Points », 2013. V. également sur le champ plus strictement juridique dans la revue *Jus Politicum*, n^o 14, Dossier « Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ? », juin 2015, et en particulier les contributions, dans ce numéro, d'O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », et Y. Urban, « La citoyenneté dans l'empire colonial français est-elle spécifique ? ».

³ Les notions de « nationalité » et de « citoyenneté » ne seront ici abordées que dans le cadre spécifique du droit colonial français. Pour une approche plus générique de l'identité nationale, nous renvoyons à l'importante littérature qui s'est développée sur ce point, notamment D. Colas, C. Emeri et J. Zylberberg (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991 ; C. Wihtol de Wenden (dir.), *La citoyenneté*, Ediling, Fondation Diderot, 1988 ; G. Koubi (dir.), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995 ; F. Constant, *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2^e éd., 2000 ; D. Schnapper, in *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994 ; du même auteur *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio/Actuel », 2000.

⁴ V. notamment Ulrich Beck, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Aubier, coll. « Alto », 2006 ; et D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2010.

historiques et culturels⁵, s'impose également aujourd'hui avec plus de netteté dans les fondements et analyses juridiques. Sans doute parce que l'identité des interrogations appelle à un regard croisé des analyses. Sans doute aussi parce que l'innervation dans les sociétés des principes coloniaux a été si profonde qu'il y a encore un avantage à réinstruire dans les différents champs disciplinaires les idées qui ont circulé sur les buts et la philosophie de cette politique.

Point de départ, relativement évident, du sujet : dans la perspective juridique comme historique, les notions d'« identité nationale » et de « citoyenneté » dans le cadre colonial français posent, à n'en pas douter, la question de l'assimilation des populations colonisées et des modalités institutionnelles utilisées. La colonisation française — comme chacun le sait — n'a jamais consisté en une simple occupation du territoire. Qu'on la dissocie ou pas du modèle britannique de « *self-government* », c'est une entreprise de remodelage des sociétés conquises, une volonté de conformer leurs règles aux règles de l'hexagone⁶. Lorsque le droit n'est pas uniformisé, c'est certes un droit dérogatoire qui s'applique, mais en principe de manière transitoire en n'ayant d'autre but que d'aboutir à une identité de règles. De fait le droit colonial catégorise, définit ce qui relève ou non de l'identité nationale, et qui doit en conséquence relever de statuts différenciés ou pas.

La distinction concrètement établie entre « nationalité » et « citoyenneté » traduit typiquement cette entreprise de ségrégation des règles dans le cadre colonial, en intégrant ou rejetant aux frontières de la citoyenneté certaines populations, tout en les considérant partie intégrante du tout constitué par l'Empire français : « la France de cent millions d'hommes », « la plus grande France » répartie sur les cinq continents, comme cela a été chanté sous la III^e République, dans un appel à l'universalisme républicain.

⁵ Les historiens, spécialistes de l'histoire coloniale française traitent depuis les années soixante-dix cette thématique. Il est cependant observé que les études sur le fonctionnement de l'État colonial, sur le droit colonial, les administrations et le personnel administratif sont plus récentes. V. en ce sens I. Merle, « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », in Dossier « l'État colonial », *Politix*, n° 66, 2004, p. 137-162, sp. p. 138, note 3.

⁶ La colonisation française, conçue comme centralisée, est en effet classiquement pensée différente de la colonisation britannique qui a reposé sur le développement du « *self-government* » dans les territoires coloniaux (V. en ce sens P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris, Fayard, 1992, 638 p. ; également A.S.B. Olver, « La politique coloniale britannique », *Politique étrangère*, n° 2, 1945, p. 119-126). Mais la réalité fonctionnelle n'a pas toujours correspondu à cette perception. Un rapprochement des deux modèles a pu être effectué, dès lors qu'on constate dans les faits une certaine forme de décentralisation de l'organisation administrative coloniale française (V. sur ce point V. Dimier, « Cultures nationales et politiques coloniales dans les années 1930-1940 : pour une révision des comparaisons franco-britanniques », *Revue Internationale de Politique Comparée*, 7 (3), 2000). En revanche, il est constant que dans son fondement, le système colonial français est bien fondé sur le principe d'assimilation. Tout réside cependant dans la lecture et l'application qui en est faite, comme un principe inclusif ou au contraire un principe destiné à exclure.

Encore convient-il de préciser ce qu'on entend par « nationalité » et « citoyenneté », notions qui classiquement se superposent au point d'être confondues⁷, mais qui n'ont pas en réalité la même signification. À strictement parler, la nationalité définit le lien juridique d'appartenance d'un individu à un État ; tandis que la citoyenneté définit la jouissance des droits civils et politiques d'un individu, ce qu'on entendait dans l'antiquité romaine sous le « droit de cité ». Mais il est habituel de considérer que les deux termes sont liés : un national français dispose normalement des droits propres à la citoyenneté, dont le droit de suffrage constitue l'une des principales caractéristiques, à côté des droits civils et sociaux. La citoyenneté apparaît, de ce point de vue, comme une conséquence logique de la nationalité, en exprimant un ensemble de compétences défini par l'État. C'est ce que dit en substance l'article 3 de la Constitution française actuelle de 1958, en mettant en exergue l'exercice des droits politiques : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. » Le Code électoral⁸ et le Code civil⁹ prolongent ce lien entre nationalité et citoyenneté dans la jouissance de l'ensemble des droits.

Il reste que l'un et l'autre termes ne sont pas toujours strictement liés. La superposition des notions de citoyenneté et nationalité n'est pas systématique et entière. Tout dépend de la conception que l'on a de l'étranger auquel il est possible dans certains États d'accorder des droits de citoyenneté. Dans ce cas la citoyenneté peut s'extraire de la nationalité. C'est ce que l'on observe dans des États issus d'anciens empires multinationaux qui n'hésitent pas à accorder de tels droits, en dépit d'une appartenance à des États différents¹⁰. Tel est le cas notamment en Hongrie du fait de l'héritage de l'Empire austro-hongrois, et dans une moindre mesure en Roumanie ou en Grèce, selon des modalités et des vocables variables. Les terminologies de « citoyenneté partielle », « citoyenneté extraterritoriale », « citoyenneté non-résidente », « double citoyenneté », utilisées pour caractériser ces situations¹¹, sont à cet égard

⁷ V. notamment D. Schnapper, « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs*, n° 160, 2017, p. 61-71.

⁸ Cf. notamment l'article L2 du code électoral : « Sont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi. »

⁹ V. en ce sens le titre 1^{er} bis, « De la nationalité française » (articles 17 à 33-2), notamment dans les dispositions relatives à l'acquisition de la nationalité française impliquant les droits et devoirs du citoyen. Ainsi, de manière significative, la cérémonie d'accueil dans la citoyenneté française (article 21-28) et l'article 22 qui précise que « La personne qui a acquis la nationalité française jouit de tous les droits et est tenue à toutes les obligations attachées à la qualité de Français, à dater du jour de cette acquisition. »

¹⁰ V. notamment S. Pierré-Caps, *La multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995.

¹¹ La Hongrie ne se contente pas, de ce point de vue, de reconnaître le principe d'un État multinational (cf. notamment le préambule de la Constitution de 2011) mais va jusqu'à reconnaître l'existence d'une nation au-delà des États, une nation hongroise pluriétatique, en conférant des droits de citoyenneté à ceux qui se voient reconnaître une origine hongroise, bien qu'établis

significatives de la conception libérale du terme citoyen qui ne se confond pas toujours avec la nationalité et dont les logiques peuvent même être inversées¹².

Dans le prolongement de cette analyse, on n'omettra pas de souligner à l'appui de la doctrine que même dans le droit français, « la figure juridique de l'étranger » par distinction avec celle du national est somme toute tardive¹³. À l'opposition national/étranger, on préfère jusqu'à la fin du XIX^e siècle très largement l'opposition domicilié/non domicilié, dans un cadre qui n'est d'ailleurs pas strictement national et qui peut être simplement local. Pendant longtemps, la distinction national/étranger n'est ainsi pas déterminante pour définir l'appartenance à une communauté. Pour le dire plus généralement, le droit de la nationalité est très tardif dans l'ensemble des États¹⁴.

« Lorsque débute la Révolution, il n'existe pas de définition explicite du Français », nous explique en ce sens Patrick Weil¹⁵. Ce qui n'est pas sans incidence sur la notion de citoyen. Aussi ne peut-on être surpris que dans les premières années de la Révolution le titre de citoyen soit généreusement accordé à des étrangers qui ont rejoint la Révolution, comme le prussien Anacharsis Cloots proclamé citoyen français par décret de l'Assemblée nationale législative le 26 août 1792 ; de même que Thomas Paine, George Washington, ou encore Alexander Hamilton et Jeremy Bentham. Dans la logique universaliste de la Révolution, la mesure est éminemment symbolique en considérant que des « hommes qui, par leurs écrits et par leur courage, ont servi la cause de la liberté et préparé l'affranchissement des peuples, ne peuvent être regardés comme étrangers¹⁶ ». Elle a un caractère principalement

hors des frontières de l'État depuis plusieurs générations (cf. en ce sens K. Yuvanatemiya, *Le concept de nation et les aménagements institutionnels et juridiques de l'État au regard de la pluralité nationale : les exemples de la France, de la Belgique, de la Hongrie et de la Roumanie*, Thèse, Université de Lorraine, 2014, p. 91-117.) Ceci ne va pas sans générer des difficultés au regard du principe international de souveraineté de l'État, avec des potentialités de conflits de droits et compétences entre les États. V. Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Document n° 9744 relatif au traitement préférentiel des minorités nationales par l'État-parent, 13 mai 2003 ; également Commission européenne pour la démocratie par le droit (Conseil de l'Europe), *Rapport sur le traitement préférentiel des minorités nationales par leur État-parent*, Venise, les 19-20 octobre 2001.

¹² Les définitions sont en effet ici prises à partir de la logique juridique française. Elles peuvent être différentes dans certains systèmes juridiques en distinguant l'appartenance culturelle et/ou sociologique à une communauté nationale (ce qu'on peut entendre par minorité nationale) et l'appartenance à l'État (alors entendue comme une citoyenneté).

¹³ V. très utilement sur ce point V. Tchen dans le chap. 1^{er} de son manuel, *Droit des étrangers*, Paris, LexisNexis, 2^e éd., 2022, p. 25-57 ; et G. Noirielle, *Immigration, antisémitisme et racisme en France (XIX-XX^e siècle)*, Discours publics, humiliations privées, Paris, Fayard, 2007.

¹⁴ La notion de nationalité émerge progressivement, notamment avec E. de Vattel dans son ouvrage de 1758, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains*, reproduction de 1916, par le Carnegie Institution, Washington, avec une Introduction d'Albert de Lapradelle disponible sous forme numérisée, <https://archive.org/details/ledroitdesgensou01vattuoft>.

¹⁵ P. Weil, *La France et ses étrangers*, Paris, Folio, coll. « Actuel », 1991.

¹⁶ *Archives Parlementaires*, 1^e série, t. 49, séance du 26 août 1792, p. 10-11.

honorifique, et rencontrera d'ailleurs — fort rapidement — plus que des nuances dans la démarche¹⁷. Mais elle est aussi à sa manière significative de ce que les concepts de nationalité et de citoyenneté ne doivent pas être confondus et qu'une disjonction est possible ; une fois encore au regard de la conception qu'on se fait de l'étranger : ami ou ennemi de la Révolution, dans une articulation entre souveraineté et citoyenneté, comme ce fut le cas au moment révolutionnaire¹⁸ ; né ou pas sur le territoire français comme on le fera ultérieurement.

Mais là où cette distinction entre les deux notions est essentiellement positive dans la période révolutionnaire, en assurant une inclusion des personnes étrangères dans la cité, dans le cadre colonial, elle prend plutôt la forme de l'exclusion, même si ce n'est que de manière temporaire. C'est que, à le dire succinctement avant de mieux l'explorer, la distinction nationalité/citoyenneté répond à des objectifs pratiques. La colonisation, conçue comme une entreprise de domination du colonisateur sur les populations et les territoires colonisés, s'éloigne volontairement de l'idéal d'égalité et de liberté issu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). Tout en se réclamant de cet idéal, au prétexte d'assimiler, le discours républicain nourrit les plus grands paradoxes (I). La réalité du droit colonial — de ses développements doctrinaux, textuels et jurisprudentiels jusqu'aux abords de la V^e République — est celle d'une asymétrie du droit, totalement voulue quoique posée comme temporaire ou transitoire (II).

I. Les paradoxes du discours républicain sur l'assimilation coloniale

Paradoxes d'abord (!), car ni les principes issus de la DDHC ni les principes républicains ne sont étendus aux colonies (A). La distinction coloniale établie entre nationalité et citoyenneté scelle ces paradoxes (B), malgré la justification globalement faite, à savoir l'adoption de dispositions particulières pour tenir compte de la spécificité des populations d'outre-mer. Doux euphémisme qui n'a pas d'autre sens que l'affirmation de l'infériorité des dites populations.

¹⁷ Le décret du 5 nivôse an II (25 décembre 1793) conserve le titre de citoyen aux différentes personnalités, mais précise néanmoins dans son article 1 que « tous individus nés en pays étrangers sont exclus du droit de représenter le peuple français » et plus spécifiquement dans son article 2 que « les citoyens nés en pays étrangers qui sont actuellement membres de la Convention nationale ne pourront à compter de ce jour, participer à aucune de ses décisions ».

¹⁸ V. en ce sens S. Wahnich, *L'impossible citoyen, l'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, coll. « Bibliothèque Histoire », 1997, réédité en 2010, coll. « Bibliothèque de l'Évolution de l'humanité ».

A. Les aménagements avec les grands principes

La torsion des grands principes est avérée. Les accommodements sont nombreux avec les droits de l'homme, mais aussi avec les grands principes de l'organisation de l'État.

1. Les accommodements avec les droits de l'homme : l'universel... non universel

Conformément à l'esprit révolutionnaire, les droits de l'homme reçoivent dans leur principe une acception universelle. C'est, pour le moins, le propos soutenu par les divers membres de la Société des amis des Noirs ; notamment Mirabeau qui, à la suite de la proclamation de l'égalité et la liberté de tous les hommes dans la DDHC, affirme que la « grande cause de la liberté des Nègres [est] enveloppée dans celle générale de l'espèce humaine »¹⁹. Sur cette base, on ne saurait minorer la décision révolutionnaire d'abolition de l'esclavage. Certes, cette approche est globalisante. Formulée de manière aussi simpliste, elle occulte, à la même époque, les nombreux discours contraires à cette lecture²⁰ et s'affranchit trop rapidement du réalisme politique et contextuel qui a indéniablement pesé sur cette décision. L'abolition de l'esclavage intervient en effet plus de quatre ans après la DDHC, le 16 pluviôse an II (4 février 1794)²¹. Elle est pour beaucoup dictée par les révoltes des Noirs à Saint-

¹⁹ Cité par Y. Bénot, « Les deux abolitions de l'esclavage », in J. -J. Becker et al. (dir.), *Histoire des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005, p. 255-266, sp. p. 256. V. également S. Bianchi, « Les Bières flottantes des négriers, un discours non prononcé sur l'abolition de la traite des Noirs », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 325, juillet-septembre 2021, <https://journals.openedition.org/ahrf/1134>.

²⁰ On mentionnera en ce sens, à titre d'exemple, le cynisme de Barnave qui voit dans l'esclavage le maintien de l'intérêt des colons et des commerçants et par suite l'intérêt de la France : « Il est donc parfaitement vrai que c'est de l'intérêt national dont il s'agit et qui ne peut être mis en balance avec l'impatience suggérée à un petit nombre d'individus qui, jouissant déjà de tous les droits civils dont la nation leur promet le maintien et l'intégrité, exposent le royaume à sa ruine pour conquérir les droits dont comme je l'ai dit, plusieurs millions de Français sont privés par la Constitution. [...] mais si l'on approfondissait la question autant qu'elle peut l'être, on trouverait qu'il est de l'intérêt de la métropole que l'exercice des droits soit borné et limité dans les hommes de couleur ; car, il est politiquement vrai de dire que l'esprit de retour n'existe pas dans les hommes de couleur ; que les blancs sont plus ou moins français, parce que la France est leur première patrie ; que là sont presque toujours leurs familles ; qu'il n'en est presque aucun qui ne conserve un esprit de retour dans la métropole, tandis que les hommes de couleur étant nés sur des lieux, n'ayant aucune espèce de liaison avec leur mère patrie une fois qu'ils auraient obtenu tout ce qu'ils demandent aujourd'hui, deviendraient véritablement par leur esprit, par leur instinct et par leurs sentiments, absolument étrangers à la France, dont les blancs ne cessent jamais de se croire les enfants. » Cf. Rapport sur les colonies, 23 septembre 1791, in *Orateurs de la Révolution française*, Les Constituants, I, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1989, p. 74. Pour une approche très critique des Lumières et de la Révolution française, cf. notamment X. Martin, *Nature humaine et Révolution française*, Paris, DMM, 1994.

²¹ Selon le décret du 16 pluviôse an II, « la Convention nationale déclare que l'esclavage des Nègres dans toutes les colonies est aboli ; en conséquence, elle décrète que tous les hommes,

Domingue en août 1793, ce qui aboutit à l'abolition de l'esclavage dans la partie nord de ce territoire le 29 août puis le 21 septembre 1793 dans la partie sud. Elle est également conditionnée par la rivalité avec l'Angleterre et apparaît à cet égard aussi comme un enjeu symbolique. L'Empire français étant mis en péril sur ces territoires avec les différentes révoltes, souvent aidées par les ennemis anglais ou espagnols, la crainte du spectre du nouveau « Spartacus noir » était, à n'en pas douter, réelle²². Cependant, admettons avec Yves Bénot²³ qu'il y aurait une forme de mauvaise foi à dénigrer cette abolition, alors que l'Angleterre ne procédera de son côté à une abolition générale qu'en 1833, au demeurant de manière progressive. Aux premiers abords, l'universalisme semble donc s'imposer, même si force est de constater que les révolutionnaires français ne concevaient également le plus souvent l'abolition de l'esclavage que de manière graduelle, en pensant devoir repousser sa concrétisation dans le temps²⁴. Les révoltes à Saint-Domingue démontrèrent à beaucoup l'urgence qu'il y avait à statuer sur ce point.

À ce stade révolutionnaire, malgré les atermoiements sur l'esclavage, le principe d'une inclusion des colonies semble être posé sur le plan institutionnel, surtout à partir de la proclamation de la République et de son principe cardinal d'indivisibilité²⁵. Un universalisme par décrets s'impose. La crise du 9 thermidor (27 juillet 1794) ne change pas cette ligne politique. Les colonies françaises, selon l'article 6 de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), étaient ainsi parties intégrantes de la République et soumises à la même loi constitutionnelle, même si la règle de l'assimilation législative ne prit souvent que le caractère d'une déclaration de principe, soit du fait de l'occupation de certains territoires par des troupes étrangères, soit du fait des

sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français, et jouiront de tous les droits assurés par la Constitution ».

²² On n'oubliera pas que, parmi d'autres raisons, c'est également cette crainte qui amena Victor Schœlcher, à réclamer l'abolition immédiate en 1848 (cf. le décret d'abolition du 27 avril 1848).

²³ Cf. Y. Bénot, « Les deux abolitions de l'esclavage », *op. cit.*

²⁴ Il y avait en effet des révolutionnaires pour défendre la cause des Noirs, au-dedans et en dehors de la Société des amis des Noirs (V. en ce sens M. Dorigny et B. Gainot, *La Société des amis des noirs, 1788-1799. Contribution à l'histoire de l'abolition de l'esclavage*, coll. Mémoire des peuples, Paris, Ed. UNESCO, 1998 ; également Y. Bénot, *La Révolution française et la fin des colonies (1789-1794)*, Paris, La découverte, coll. « Poche », 2004). Cependant les débats sur le sujet étaient le reflet des vieilles contradictions bien connues que l'on trouvait déjà chez les Lumières (cf. sur ce point X. Martin, *Nature humaine et Révolution française*, Paris, DMM, 1994). Les défenseurs des Noirs défendaient avec ardeur quelques principes, notamment l'abolition de la traite et l'octroi de droits civiques. « Périssent les colonies plutôt qu'un principe » déclara ainsi avec emphase Robespierre en 1791. Cependant, dans une démarche essentiellement politique, ils hiérarchisaient les objectifs et, bien qu'abolitionnistes, ils concevaient souvent l'abolition de l'esclavage comme une étape plus lointaine, sans se préoccuper véritablement de ce que cela avait de contradictoire avec la fameuse Déclaration de 1789.

²⁵ V. F. Lemaire, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalités*, Rennes, PUR, 2010, not. p. 118-124.

revendications d'autonomie des colons blancs et leur refus d'appliquer les règles établies en métropole. Mais, suivant les termes d'Arthur Girault, la règle prévalait : « Pour montrer qu'elle n'entendait point céder aux velléités séparatistes des planteurs, la Convention étendit aux colonies son célèbre principe de l'unité et de l'indivisibilité du territoire²⁶ », caractérisé par le principe de la centralité législative. Les colonies furent représentées à la Convention. La loi du 11 septembre 1793 assimilait déjà en ce sens les colonies aux départements, même si cette assimilation n'était que relative au domaine du commerce et des douanes, avant que soit décidée l'abolition de l'esclavage et posé le principe de l'unité de jurisprudence sur l'ensemble du territoire.

Au-delà de ce constat premier inhérent aux affirmations de principe de la I^{re} République, la réalité sera à la suite celle d'un anti-universalisme. Avec Napoléon Bonaparte, c'est en effet le retour de l'esclavagisme. L'abolition de 1848 n'apparaît sous ce prisme que comme une parenthèse au regard des règles établies sous le Second Empire. Les principes des droits de l'homme ne s'étendent pas en effet aux colonies, en instruisant sur le fond comme dans la forme une hiérarchie entre les populations et pour tout dire une hiérarchie raciale. Sur le fond, ce schéma institutionnel et relationnel est conforté sous la III^e République, en dépit de l'affirmation et du rétablissement des principes républicains. L'égalité de l'Homme ne s'applique pas aux populations des colonies ou indigènes. Selon des termes que résume parfaitement Olivier Le Cour Grandmaison, à l'appui des représentations de nombreux auteurs de l'époque (historiens, ethnologues, sociologues et juristes) ou hommes politiques, acteurs dans les colonies ou exerçant une influence dans ces territoires : le Noir est suivant les locuteurs « un sauvage » ou un « grand enfant ». L'Arabe est quant à lui « un barbare », « menaçant » et « inassimilable » ; tandis que l'Annamite, « mystérieux et impénétrable, [...] appartient à une civilisation importante, certes, mais qui est inférieure sur bien des points²⁷ ». L'égalité en droits ne peut donc être ni consacrée ni requise. La réalité des droits est ségrégative.

Comment justifier cela par rapport aux droits de l'homme ? Pour les uns : il ne faut pas le justifier. Mieux vaut même en critiquer les principes comme utopiques et irréalistes dans leur application aux colonies²⁸, en s'appuyant au

²⁶ A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Larose, 1895, p. 181.

²⁷ O. Le Cour Grandmaison, « Droits de l'homme, loi(s) et colonies », *Droits*, n° 43, 2006, p. 141-164, sp. p. 144.

²⁸ À titre d'exemple Jules Vernier de Byans qui s'exprime dans les termes suivants en 1905 dans sa thèse de droit (*Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions françaises*, A. Leclerc éditeur, 1905, p. 132) : « Les peuples que nous avons à gouverner n'étant pas arrivés à un degré suffisant de civilisation pour comprendre la portée des principes de 1789, la théorie doit ici [...] s'incliner devant la nécessité. » De même le Général et historien Paul Azan qui écrit en 1925 (*in L'armée indigène nord-africaine*, Paris, Ch. Lavauzelle & Cie, 1925, p. 39) : « L'indigène n'est pas comparable au Français [...] il n'a ni ses qualités morales, ni son instruction, ni sa religion [...], ni sa civilisation. L'erreur est généreuse et bien française ; elle a

besoin sur les travaux scientifiques justifiant la hiérarchie des races. Pour d'autres, il suffit d'invoquer l'exception au droit, lié aux particularismes et l'application de régimes juridiques différents. Vu sous cet angle, et non sans paradoxe, la DDHC « a aussi servi de justification à l'empire colonial français », comme le note très justement Édouard Delruelle, dans la logique d'un « universalisme extensif », marqué au fond moins par des droits naturels — applicables à tous — que par une idéologie et des valeurs auxquelles il convient de s'assujettir pour en avoir le bénéfice²⁹ ; en bref un universalisme « pour le pire comme le meilleur³⁰ », en faisant en définitive référence à un standard prédéfini, « un individu normalisé » pour reprendre la formule de Danièle Lochak³¹. On retrouve ces deux approches dans le droit adopté.

2. *Les accommodements avec l'unité du droit applicable et les principes de l'organisation de la France*

C'est un fait, les grands principes posés par les révolutionnaires ne sont pas respectés. En premier lieu, l'unité du droit posée par la Convention est reniée quand bien même il avait été notoirement rappelé par Boissy d'Anglas — dans son discours du 20 août 1795 — qu'il ne doit exister qu'un seul tribunal de cassation en France et que par suite le principe de l'unité de jurisprudence sur l'ensemble du territoire national doit s'appliquer également aux colonies³².

été commise par ceux qui ont rédigé la “Déclaration des droits de l'homme et du citoyen”, au lieu de rédiger plus modestement la “Déclaration des droits du citoyen français”. » Ces auteurs sont cités par O. Le Cour Grandmaison, *in* « Droits de l'homme, loi(s) et colonies », art. cit., p. 141.

²⁹ L'auteur reprend ici la distinction établie par E. Balibar entre « universalisme *intensif* » et « universalisme *extensif* ». Sous ce dernier angle, la Déclaration est en effet analysée moins dans sa logique d'affirmation d'une égalité de droits pour tous que dans la logique d'une affirmation idéologique et hégémonique de nouvelles valeurs et nouveaux principes : en somme un « universalisme de conversion ». Cf. E. Delruelle, « Quel universalisme des droits de l'homme », *RTDH*, n° 98, 2014, p. 353-362, sp. p. 359.

³⁰ V. en ce sens N. Rouland, « Autonomie et autochtonie dans la zone pacifique sud : approches juridique et historique », *RFDC*, 2015, n° 104, p. 911-934, sp. p. 913-914.

³¹ Dans cette relativisation de l'universel, on ne peut que souscrire au point de vue de D. Lochak, lorsqu'elle explique que « les règles formulées de façon générale et impersonnelle, de portée soi-disant universelle, ont été en réalité conçues non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets mais pour s'appliquer à un individu “normalisé”, correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant, à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales ? ». Cf. sa contribution « L'autre saisi par le droit », *in* B. Badie et M. Sadoun (dir.), *L'autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, p. 181.

³² Cf. Boissy d'Anglas, le 20 août 1795, en réponse au député Gouly : « Le motif qui a engagé la Convention à n'établir qu'un seul tribunal de cassation en France, est la nécessité d'avoir unité de jurisprudence ; ce but serait manqué s'il y avait un tribunal en France et un autre aux Indes. Si les raisons qu'a données Gouly pour appuyer sa proposition pouvaient influencer sur la

Le principe de l'unité du territoire et de l'indivisibilité de la République qui aboutit logiquement en France à l'affirmation du caractère unitaire de l'État se trouve contredit par l'idée d'un fédéralisme colonial rampant, du fait de la mise à l'écart des colonies des institutions politiques. La doctrine a d'ailleurs beaucoup disserté sur ce point. Faut-il qualifier la France d'État unitaire ou d'État fédéral ? Ni l'un ni l'autre au vrai, dès lors qu'il s'agit d'évoquer les colonies. L'élémentaire réalisme porte à considérer que la France est un État impérial à l'exemple de l'Angleterre. Non pas tant à travers ce qui serait l'expression d'un gouvernement autoritaire dans son principe politique (en particulier sur le territoire métropolitain), en prenant la forme d'un pouvoir fondamentalement autocratique ; mais en ce qu'il implique dans le lien colonial spécifique une relation de domination entre l'État colonisateur européen et les populations coloniales placées sous sa dépendance, une inégalité dans les statuts en contradiction avec les principes démocratiques. En somme, tout compris — métropole et colonies — il apparaît en substance et dans son expression globale comme un « empire colonial » ; ce que sa forme politique et constitutionnelle n'annonce pas nécessairement, du moins en ce qui concerne la III^e République³³. C'est ce qu'indiquent avec la plus grande lucidité Joseph Barthélemy et Paul Duez dans leur *Traité de droit constitutionnel* de 1933 :

Il y a cent millions d'individus soumis à la souveraineté française. Il y en a quarante millions qui se pressent sur la partie occidentale de l'Europe [...]. C'est à ces quarante millions seulement et à ce territoire dit métropolitain que s'appliquent exclusivement le droit constitutionnel et tous nos développements³⁴.

Ils explicitent leur point de vue :

On ne saurait nier que, dans cette organisation empirique de la communauté française, l'idéologie que nous avons héritée de la Révolution française souffre de nombreuses atteintes. La métropole est organisée sur le mode libéral ; les dépendances sur le mode

Convention nationale, qu'elle prenne garde que ces raisons pourraient s'appliquer aux autres colonies ; qu'elle prenne garde enfin que les mêmes raisons pourraient fonder la demande d'un corps législatif pour chacune de nos colonies. » *Moniteur universel*, 1795, p. 1341.

³³ Ceci s'entend comme tel juridiquement, à moins d'admettre à côté de la Constitution écrite libérale de la III^e République, l'existence d'une constitution non écrite coloniale, de nature autoritaire. On n'y verra cependant qu'une formule, dès lors que le droit colonial réside essentiellement dans une législation coloniale, qui plus est peu conforme au droit constitutionnel puisque assortie de nombreuses délégations au pouvoir exécutif sur la capacité de régir les colonies. A. Esmein ne manque pas d'ailleurs de critiquer ce dernier point : « Cependant les sénatus-consultes donnent très largement au pouvoir exécutif le droit de régir les colonies par simples décrets au lieu de lois, ce qui est difficilement compatible avec les principes de la Constitution actuelle. », in *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1914, p. 583, note 1.

³⁴ J. Barthélemy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, rééd. Ed. Panthéon Assas, 2004, p. 283.

autoritaire. Notre droit pose le principe de l'égalité native des hommes [...]. Or, notre système impérial présuppose l'inégalité des races³⁵.

Sans doute, les juristes sont-ils plus souvent qu'à leur tour des serviteurs fidèles de ce qui, dans une forme euphémisée ou plus spécifique, est évoqué moins sous le sceau de « l'empire colonial » que sous celui du « droit colonial », de « la législation coloniale » ou du droit applicable aux « indigènes ». Mais on ne peut manquer de solliciter les auteurs, sinon critiques de la colonisation, pour le moins conscients de l'importance des torsions faites aux grands principes juridiques, y compris dans des propos empreints d'une démarche plus théorique que concrète. Ainsi Adhémar Esmein, dans une réflexion tout en profondeur, lorsqu'il explique que l'approche faite du statut des habitants dans les colonies relève au fond de la « souveraineté territoriale », expression de la conception ancienne de la souveraineté patrimoniale telle qu'elle existait sous la monarchie, et non en propre de la « souveraineté nationale³⁶ ». L'essentiel est dit : en expliquant de la sorte que si on procède bien à une intégration des territoires, on ne procède pas à une intégration réelle des individus ; le droit de cité étant déterminé en fonction du lieu d'appartenance territoriale, de l'origine territoriale et aussi du critère racial dès lors que les Européens nés sur ces territoires ne sont pas assujettis aux mêmes règles. Comme l'évoque Yéri Urban, cette « différence de nature entre le territoire métropolitain, territoire de la nation et le territoire colonial, territoire de l'État³⁷ » est également défendue par Maurice Hauriou, notamment dans son *Précis élémentaire de droit constitutionnel* de 1930. Au total, une manière implicite de dire ou reconnaître que le principe d'indivisibilité est méconnu³⁸. Et il est à peine nécessaire de souligner que de l'époque révolutionnaire à la III^e République, les textes sont nombreux à défendre ce droit d'exception³⁹.

³⁵ *Ibid.*, p. 288-289.

³⁶ Le propos d'A. Esmein mérite d'être cité plus longuement pour le comprendre : « Même là où, comme chez nous, la souveraineté est devenue nationale, sur les parties du territoire où tous les habitants n'ont pas acquis la qualité et les droits de citoyens français, la souveraineté territoriale produit intégralement ses anciens effets. C'est ainsi que dans nos colonies nous avons des sujets français à côté des citoyens français. » (souligné par l'auteur dans le texte), in *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 2.

³⁷ Y. Urban, « La citoyenneté dans l'empire colonial français est-elle spécifique ? », *Jus Politicum*, n° 14, juin 2015.

³⁸ Il est notable cependant que la conception unitaire de l'État français empêche pour beaucoup les juristes d'afficher en la matière toute la clarté d'analyse qui s'impose. C'est ce qu'on observe par exemple dans les hésitations de Louis Rolland et Pierre Lampué qui tentent vainement d'articuler le droit colonial avec le caractère unitaire de l'État, malgré le constat de la fragmentation de la citoyenneté (*Précis de législation coloniale [colonies, Algérie, protectorats, pays sous mandats]*, 3^e éd., Dalloz, 1940). V. en ce sens, les commentaires de Y. Urban et O. Beaud sur la doctrine de droit public dans leurs articles respectifs précités du n° 14 la revue *Jus Politicum*.

³⁹ V. O. Le Cour Grandmaison, « L'exception et la règle : sur le droit colonial français », *Dio-gène*, n° 4, 2005, p. 50.

Autre dérogation faite à un grand principe, celui de la séparation des pouvoirs. En effet, dans beaucoup de colonies, ce sont les administrateurs territoriaux qui prononcent les sanctions disciplinaires, alors que dans l'épure de la règle toute personne ne peut être arrêtée ou détenue que par ordre de l'autorité judiciaire, normalement gardienne des libertés individuelles.

B. La distinction coloniale entre nationalité et citoyenneté pour les « indigènes »

C'est sur ces bases que, par une diplopie propre au droit colonial, une distinction est établie à l'intérieur des nationaux français, en distinguant les citoyens français de ce qu'il sera convenu d'appeler les « indigènes ».

1. L'existence de sujets français, non citoyens : la nationalité sans la citoyenneté

Les juristes sont nombreux à épouser cette logique de discrimination faite aux indigènes, à l'instar d'Henry Solus, professeur de droit à l'Université de Poitiers : « Il peut être inopportun et même dangereux de leur accorder tous les droits politiques et les libertés individuelles à la jouissance desquels ils ne sont pas préparés. Et c'est pourquoi, à la vérité, les indigènes de la plupart des colonies françaises ne sont que des sujets, protégés ou administrés français, et non pas citoyens français⁴⁰. » Il explique à la suite qu'ils se situent dans une « situation intermédiaire entre les citoyens français et les étrangers », « par leur nationalité, ils se rapprochent des citoyens français et se différencient des étrangers ; par leur soumission au statut personnel indigène, ils se séparent des citoyens français et se trouvent dans une situation analogue à celle des étrangers⁴¹ ».

Le mot « indigène » apparaît en conséquence dans les textes. Mais cette apparition n'est somme toute que l'effet d'une invention puisqu'au tout début, en Algérie, dans les années 1830, les textes distinguaient les « musulmans » des « israélites » et des « Français ». Une ordonnance de 1832, portant organisation judiciaire distingua de son côté « les naturels du pays » des « Français et étrangers ». Ces différentes classifications (musulmans, israélites, naturels du pays) seront remplacées par « indigènes ». La notion d'indigène est en fait née sur le territoire algérien, en écartant le mot « citoyen ». Elle apparaît dans la décision de la Cour d'Alger du 24 février

⁴⁰ H. Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, cité par O. Le Cour Grandmaison, « Du droit colonial », *Droits*, n° 463, 2006, p. 132.

⁴¹ *Ibid.*, p. 132. Pour une lecture critique d'Henry Solus à partir de la notion de race, cf. I. Merle et L. Zevounou, « Systématiser la différenciation raciale à travers le régime juridique de l'indigène : la contribution d'Henry Solus », in Dossier « Penser la race en juriste : lectures critiques », *Droit et société*, n° 109, 2021, p. 593-605.

1862⁴² à propos du refus en 1861 du Conseil de l'ordre des avocats d'Alger d'inscrire un juif d'Alger au barreau, au motif que la profession d'avocat est un privilège réservé aux seuls Français. La décision reconnaît la qualité de « Français » aux indigènes algériens, mais distingue les indigènes des citoyens français en ce qu'ils ne jouissent pas de tous les droits liés à la citoyenneté française. Cette décision est confirmée par la Cour de cassation en 1864⁴³ dans l'affaire *Élie Énos*⁴⁴, nom de l'avocat français en cause⁴⁵.

Par la suite d'autres textes vont venir à l'appui de cette distinction. Ainsi l'article 1^{er} du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 sur l'état des personnes et la naturalisation en Algérie dispose :

L'indigène musulman est français ; néanmoins il continuera d'être régi par la loi musulmane. Il peut être admis à servir dans les armées de terre et de mer. Il peut être appelé à des fonctions et des emplois civils en Algérie. Il peut, sur sa demande, être admis à jouir des droits de citoyen français. Dans ce cas, il est régi par les lois civiles et politiques de la France.

Le même énoncé est appliqué à l'article 2 aux « indigènes israélites ». Le code de l'indigénat du 28 juin 1881 assoit plus encore cette évolution en distinguant à l'intérieur des Français, les « citoyens français » des « sujets français » dépourvus de citoyenneté, et donc — conformément à la figure des *sujets* monarchiques soumis à l'arbitraire du roi — simplement assujettis à l'autorité de la France sans disposer, en particulier, de droits politiques. On notera en l'occurrence que l'utilisation de la notion de « sujets » appliquée aux Algériens est un petit peu plus tardive que celle d'« indigènes ». Elle fait son apparition dans les arrêts de la Cour de cassation de 1864 à propos des indigènes algériens⁴⁶. Le terme de sujet, autant d'ailleurs que celui d'indigène, s'appliquera alors à tous les Français n'ayant pas la citoyenneté, et ne se limite pas aux Algériens en s'appliquant à d'autres populations de l'Empire. Avec les nouvelles conquêtes des années 1850, le terme indigène sera ainsi également utilisé pour les populations du Pacifique (Kanak et

⁴² Dalloz, 1862-II - 178. Cf. M. S. Cherchari, « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, 2004, p. 741-770, sp. p. 745 et s. ; E. Saada, « La loi, le droit et l'indigène », *Droits*, n° 43, 2006, p. 165-190, sp. p. 170 et s. ; L. Blévis, *Sociologie d'un droit colonial. Citoyenneté et nationalité en Algérie (1865-1947) : une exception républicaine ?*, Thèse science politique, IEP d'Aix-en-Provence, 2004 ; Y. Urban, *L'indigène dans le droit colonial français, 1865-1955*, Paris, LGDJ/Fondation de Varenne, Collection des thèses, 2011 ; Y. Urban, « Le droit distordu. Empire colonial et forme juridique », *Droit & Philosophie*, n° 12, 2020, p. 83-104, sp. p. 91.

⁴³ Cass. civ., 15 février 1864, *Dalloz*, 1864-I-67.

⁴⁴ Pour une analyse détaillée de cet arrêt, cf. M. S. Cherchari, « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », art. cit. L'auteur note à cet égard qu'Élie Aïnos devient selon l'écriture nouvelle de la Cour de cassation : É. Énos, *art. cit.*, p. 750, note 27.

⁴⁵ On ne s'attardera pas sur les tentatives faites pour conférer une situation particulière aux « indigènes israélites » en leur accordant des droits électoraux, notamment avec le décret Crémieux du 24 octobre 1870. Cela suscita la réprobation et fut écarté, en dépit des correctifs proposés (abrogation en 1940-1943).

⁴⁶ Cf. Cour de cassation, chambre civile, 15 février 1864.

Polynésiens), pour celles d'Afrique subsaharienne, et pour l'Asie du Sud-est (les Annamites ou Vietnamiens auxquels il convient d'ajouter les habitants des comptoirs français de l'Inde).

En revanche, les populations des anciennes colonies y échappent dans le principe : à savoir les populations des Antilles, de la Guyane et de la Réunion, si l'on considère qu'ils ont un statut de « citoyens français⁴⁷ ». C'est un paradoxe supplémentaire : celui d'une inégalité à l'intérieur des inégalités du « droit colonial ». Il est inutile de dire que le terme d'indigène n'est pas utilisé pour les populations annexées de Nice et la Savoie en 1870. À l'évidence, le critère utilisé n'est pas temporel. On ne saurait se contenter d'affirmer qu'il est simplement d'ordre géographique en intéressant l'outre-mer. Le trait identifiant majeur est racial puisque les indigènes sont, selon les appréciations de l'époque, marqués par une différence raciale ; ce qui est conforme aux théories évolutionnistes en cours : les populations ayant des niveaux d'évolution et de progrès jugés différents. La théorie universaliste issue des Lumières se trouve *de facto* balayée au profit du relativisme colonial et des théories nourrissant ce relativisme. Le juge lui-même relaie ce qui ne saurait être conçu comme une pure glose ou un jugement *a posteriori*. La Cour d'Alger considère ainsi en 1874 qu'« en droit, il résulte d'une interprétation constante du texte et de nombreux arrêtés que l'expression "indigènes" comprend dans sa généralité tous les individus qui habitent le nord de l'Afrique et qui n'appartiennent pas à la race européenne⁴⁸ ». Ce qui conduit d'ailleurs un temps l'administration à confondre les Tunisiens et Marocains avec les Algériens au nom du « critère de la race », avant de finalement plus strictement faire respecter le critère de la nationalité, pour établir un minimum de distinctions entre les habitants du nord de l'Afrique⁴⁹.

La question, prégnante sur le plan textuel et jurisprudentiel, a nécessairement des prolongements sur le plan politique. Chez les républicains, à savoir la Gauche sous la III^e République, les points de vue sont loin d'être uniformes. Certains, comme Georges Clemenceau, s'opposent assez rapidement à la colonisation au nom des Lumières et des droits de l'homme et affirment nettement leur indignation à l'égard de la politique menée. Là où d'autres, comme Jean Jaurès, n'évolueront que sur le tard vers

⁴⁷ On ne tient pas compte ici de la catégorisation « doctrinale » établie par H. Solus, visant à distinguer les « indigènes citoyens français » et les « indigènes sujets français ».

⁴⁸ Cour d'Alger, 20 janvier 1874, publié dans R. Estoublon, *Jurisprudence algérienne de 1830 à 1876*, Alger, Adolphe Jourdan, 1874, p. 6. V. sur ce point E. Saada, « La loi, le droit et l'indigène », art. cit., p. 180.

⁴⁹ La logique suivie est identique en Cochinchine. Malgré le caractère multiethnique du territoire, sur la base de représentations raciales avalisées par un décret de 1864, une distinction est établie par les magistrats entre les Annamites (considérés « indigènes ») et les Asiatiques (notamment les Chinois, Cambodgiens). V. en ce sens Y. Urban, « Le droit distordu. Empire colonial et forme juridique », art. cit., sp. p. 91-95. V. également E. Hoeffel, *De la condition juridique des étrangers au Cambodge*, Strasbourg, Ch. Hiller, 1932.

l'anticolonialisme⁵⁰. Mais, force est de constater que les responsables, parmi les plus importants, comme Gambetta, sont favorables au système colonial et à l'extension de la conquête. Les propos outranciers de Jules Ferry sont connus. Ainsi, le 27 mars 1884 lorsqu'il déclare à la Chambre des députés : « Si nous avons le droit d'aller chez ces barbares, c'est parce que nous avons le devoir de les civiliser. [...] Il faut non pas les traiter en égaux, mais se placer au point de vue d'une race supérieure qui conquiert⁵¹. » Avec l'un des principaux responsables de la III^e République, il y a bien ici une rupture avec l'essentiel des premiers discours républicains, ceux de la I^{re} République assurément, mais aussi dans la forme ceux de la II^e République qui avec l'abolition de l'esclavage n'a pas formulé explicitement une telle doctrine.

2. Une distinction à géométrie variable

Tout a été dit sur le régime de l'indigénat qui apparaît dans les débats parlementaires des années 1880, puis dans les manuels de droit colonial comme « une monstruosité juridique⁵² » à raison des discriminations opérées, de l'importance des dérogations au droit et atteintes aux principes démocratiques. Il importe cependant d'écarter certaines confusions visant à considérer que le « code de l'indigénat » s'applique de manière uniforme dans les territoires. Ce code ne constitue pas dans son principe une institution juridique pérenne. Il s'agit de mesures administratives temporaires et non universelles :

- *des mesures temporaires* ou plus exactement transitoires, si l'on considère qu'elles sont vouées à disparaître avec l'évolution présumée du pays concerné. Le code ne s'applique ainsi que pendant une période limitée de sept

⁵⁰ Il est à peine nécessaire de souligner que de la période d'occupation des territoires à l'entre-deux-guerres, l'anticolonialisme est en fait minoritaire, même au sein des mouvements de défense des droits de l'homme. V. en ce sens L. Blévis, « De la cause du droit à la cause anticoloniale. Les interventions de la Ligue des droits de l'homme en faveur des "indigènes" algériens pendant l'entre-deux-guerres », in Dossier « La cause du droit », *Politix*, n° 62, 2003, p. 39-64, sp. p. 44-47.

⁵¹ Cité par G. Manceron, « La Gauche et la colonisation », in J. -J. Becker et al. (dir.), *Histoire des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005, p. 532. Ce propos n'est pas bien évidemment isolé dans les discours de Jules Ferry. Il récidive en 1885 : « Je le répète qu'il y a pour les races supérieures un droit parce qu'il y a un devoir pour elles. Elles ont le devoir de civiliser les races inférieures. » Cité par M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire, essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 254. V. également O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. « Corpus Essais », 2004, 533 p.

⁵² V. notamment en ce sens E. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, Paris, Rousseau & Cie éditeurs, 3 tomes, 1923, rééd. Hachette/BNF, 2018 et 2020 ; également I. Merle, dans l'évocation des débats parlementaires au Sénat dans le cadre de la séance du 22 juin 1888, in « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », in Dossier « L'État colonial », *Politix*, n° 66, 2004, p. 137-162, sp. p. 148-149, note 33.

ou dix ans et fait l'objet de renouvellements. Il sera par exemple revoté tous les sept ans jusqu'en 1927 pour l'Algérie et 1944 pour les autres territoires ;

- *des mesures non universelles* puisque le code ne contient pas les mêmes dispositions selon les colonies. Les statuts personnels de droit coranique sont différents des statuts personnels coutumiers dans certains pays d'Afrique subsaharienne non musulmans, ou du droit coutumier applicable en Nouvelle-Calédonie ; ce dernier notamment étant conçu comme plus proche de celui adopté en Cochinchine qu'en Algérie. En conséquence, plutôt que d'évoquer un « code » avec une codification stricte, il convient plutôt de parler de « régime de l'indigénat » puisque les réglementations sont éparées. L'hétérogénéité spatiale du régime de l'indigénat s'explique par le fait de l'administration locale, dès lors que les arrêtés adoptés par les gouverneurs sont autorisés à modifier le droit applicable⁵³. Ce qui permet d'introduire des dérogations à des libertés qui ne sont pourtant pas admises depuis longtemps en métropole. De sorte que la liberté de la presse consacrée par la loi du 29 juillet 1881 se trouve par exemple restreinte dans l'AOF⁵⁴. C'est assez dire que l'indigénat se conjugue au pluriel, en raison des différences de droits, de pratiques et réalités. Il correspond à un pluralisme de législations, confirmant la distance ainsi prise dans les colonies avec le principe de l'unité de législation, pourtant hautement admis dans le cadre républicain. Tout se passant en définitive comme si l'éloignement géographique avec la métropole ne pouvait que justifier l'éloignement avec les grands principes républicains⁵⁵.

En réalité, les théories évolutionnistes et racistes ont si largement innervé les instances et la société que les discriminations opérées ne requéraient pas une application pyramidale. Ce d'autant plus que l'organisation administrative coloniale ne s'avérait pas aussi centralisée qu'on a pu souvent le prétendre. Au rebours de cette analyse, les travaux effectués sur ce point tendent au contraire à démontrer qu'elle était marquée par une grande souplesse dans le fonctionnement⁵⁶. Les gouverneurs disposaient de pouvoirs

⁵³ Ces réglementations sont le plus souvent appliquées de manière arbitraire par les administrations locales et les services militaires préposés à cette tâche ; dans un irrespect total de la séparation des pouvoirs entre les pouvoirs administratif et judiciaire. Isabelle Merle illustre parfaitement cela, à partir d'un témoignage d'un Inspecteur général des colonies en Nouvelle-Calédonie. Cf. « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », art. cit., not. p.155-159.

⁵⁴ V. en ce sens M. Fabre, « L'indigénat, des petites polices discriminatoires et dérogatoires », in B. Durand, M. Fabre, M. Badji (dir.), *Le Juge et l'Outre-mer*, tome 5. *Justicia illitterata : aequitate uti ? Les dents du dragon*, Lille, Centre d'histoire judiciaire éditeur, 2010, p. 280. V. également L. Manière, *Le code de l'indigénat en Afrique occidentale française et son application : le cas du Dahomey (1887-1946)*, Thèse, Paris 7, octobre 2007.

⁵⁵ Pour les règles applicables, la Cour de cassation ne manque pas de préciser à cet égard que les tribunaux peuvent apporter « les tempéraments qui leur paraissent nécessaires par les circonstances particulières locales » (Cass. crim., 30 août 1906, *Penant*, 1907, p. 184).

⁵⁶ V. notamment en ce sens V. Dimier, « Cultures nationales et politiques coloniales dans les années 1930-1940 : pour une révision des comparaisons franco-britanniques », *Revue Internationale de Politique Comparée*, 7 (3), 2000 ; et du même auteur, « Décentraliser l'Empire ? Du

immenses (judiciaires, financiers, militaires et réglementaires), ainsi que les administrateurs territoriaux inscrits dans les circonscriptions administratives. Ce qui leur laissait une grande latitude d'action, qui plus est au regard de l'imprécision de la définition des attributions. Leur mission essentielle se définissait en des termes forts simples : adapter les directives de la métropole aux conditions et aux coutumes locales.

Dans ce tableau des inégalités, sans doute convient-il de remarquer que la reconnaissance de la qualité de citoyens aux habitants des anciennes colonies (Antilles, Guyane, Réunion), avec la II^e République, n'a pas été sans emporter des critiques car jugée contraire au niveau d'évolution des populations en cause, quand bien même celles-ci pouvaient du fait de leur ancienneté paraître davantage imprégnées de la culture du colon. Dans ce même registre de la spécificité faite aux départements d'outre-mer, on ne peut manquer de noter, pour y revenir ultérieurement, qu'on assistera dans la forme à une évolution institutionnelle dans le cadre de la IV^e République, en établissant une distinction entre l'Union française et la République française.

Mais au-delà des distinctions institutionnelles, ce qui frappe c'est la difficulté des autorités à concevoir le colonialisme non seulement en dehors de l'identité nationale, mais aussi de la citoyenneté puisque d'une manière ou d'une autre les deux notions sont toujours sollicitées. Sans conteste parce qu'il est difficile de penser l'exception sans la norme sur laquelle elle s'appuie pour y déroger. Mais aussi et surtout, par effets d'implications, parce que la question de l'identité nationale est toujours au cœur du débat. En raison de l'affirmation des principes d'indivisibilité et d'égalité et de la conception universaliste des droits de l'homme, il a en effet toujours paru difficile de concevoir le colonialisme en dehors de l'identité nationale, dans une tension permanente entre intégration et exclusion. C'est là, de fait, un débat que les autorités françaises ont tranché par l'exclusion : le plus souvent en dissociant précisément la France et les colonies, les citoyens français et ceux rangés au rang de sujets de seconde zone.

II. La réalité asymétrique du droit colonial

Si l'on a pu prétendre que le droit est un instrument de la civilisation, il est plus juste de considérer ici qu'il n'a qu'un rôle utilitaire, en tenant compte de l'avantage que l'on veut en tirer. Dans le cadre de la colonisation, c'est un instrument de domination assis sur une inégalité des droits. La nationalité sans citoyenneté a une utilité fonctionnelle. Elle permet de défendre ou plus

compromis colonial à un gouvernement local dans l'Union française », *Outre-mers*, n° 338-339, L'État et les pratiques administratives en situation coloniale, 2003, p. 83-107.

exactement de maintenir l'« ordre public colonial⁵⁷ » (A), et le principe d'assimilation n'est qu'un outil de dissymétrie du droit (B).

A. L'utilité de la nationalité sans citoyenneté, pour le maintien de l'« ordre public colonial »

L'utilité de la distinction repose sur un certain nombre de justifications qui intéressent l'exclusion du suffrage, mais aussi sur une justification politique très basique : la crainte de la submersion de la métropole par les populations des colonies.

1. Les justifications de l'exclusion du droit de suffrage des indigènes

Les justifications de l'exclusion du suffrage des indigènes sont de plusieurs ordres. Elles prennent leur fondement dans la façon de revisiter les grands principes et dans une conception apparemment libérale, à travers l'option ouverte aux individus ; ce qui n'exclut pas des choix délibérément discrétionnaires de l'État et de l'administration coloniale. En regroupant les données, trois justifications peuvent être évoquées.

La première repose sur le conflit supposé avec le pacte républicain et l'ordre social établi. En partant du présupposé qu'on ne peut pas tout avoir : d'un côté, le maintien des droits d'ordre coutumier et inhérents à la religion, et de l'autre côté, les droits que confère la qualité de citoyen, l'absence de similitude des valeurs entre la métropole et les populations coloniales justifie dans le principe l'exclusion des indigènes du suffrage. L'approche déterminée relève donc ici d'une conception contractuelle de la citoyenneté ou « pseudo-contractuelle », si l'on tient compte de ce qu'étant dissociée de la nationalité (pourtant critère traditionnel du lien contractuel), elle est ordonnée dans le but de produire un effet juridique tout à fait spécifique⁵⁸. La jurisprudence accompagne cette démarche avec les arrêts précités de la Cour d'Alger de 1862 puis de la Cour de cassation en 1864. Le débouché sociojuridique de cette mise en exergue de l'hétérogénéité des pratiques et règles coutumières par rapport à la métropole devient institutionnel. La détermination d'un statut civil spécifique pour les indigènes — en principe très différent du statut civil de droit commun — a des incidences sur le statut politique. Le glissement institutionnel ainsi opéré étant conditionné par le statut et l'idée qu'on a de

⁵⁷ V. É. Le Roy, « *In ordinem adducere* ou comment tenter d'imposer par le droit "la" civilisation. La mise en ordre de la "justice des indigènes" et le discours juridique coloniale en Afrique noire française », *Droits*, n° 43, 2006, p. 199-220.

⁵⁸ Comme l'observe fort justement K. Strupp, « les groupements juridico-politiques ne répondent pas nécessairement à des groupements sociaux naturels. Rien n'empêche que des groupes sociaux très différents fassent partie d'une même organisation politique, ni que des groupes sociaux très semblables soient soumis à des organisations différentes. L'observation des faits sociaux ne peut ici donner une réponse à un problème de théorie juridique. », in *Éléments du droit international public*, 2^e éd., 1930, t. 1, p. 150.

l'indigène par rapport à la conception de l'identité nationale⁵⁹ ; dans les colonies, plus qu'ailleurs encore, il est possible d'affirmer que le droit est entièrement saisi par les représentations sociales et politiques du colonisateur sur le colonisé, en s'émancipant de la logique juridique propre au principe de la nationalité.

Une seconde justification, consécutive à la première, est trouvée sur la base du principe de l'égalité devant la loi ou plus exactement d'un détournement de ce principe. L'évocation du principe d'égalité, dans ce qu'il suppose d'isonomie civile et politique, ne sert pas en effet ici à lutter contre les discriminations ou inégalités, mais à justifier l'inégalité des droits. Plutôt que de fonder l'atteinte à l'égalité devant la loi sur des mesures spéciales de police (par définition restrictives des libertés), comme cela est requis pour des situations exceptionnelles, le droit dérogatoire est légitimé par une différence de situation. Entendons-nous bien, une différence de situation qui ne s'inscrit nullement dans une démarche inclusive ou de meilleure intégration. Le droit dérogatoire est justifié autant par la « situation coloniale » que la notion de « civilisation » et la hiérarchisation subséquente qui est opérée⁶⁰. Par suite, le régime spécifique de l'indigénat apparaît comme un passage obligé de ce qui est envisagé sous le sceau de « la mission civilisatrice⁶¹ ». Dans la logique coloniale, l'étalon de l'égalité devient un prétexte à l'affirmation de discriminations.

Enfin, une dernière justification est trouvée sur la base du choix même des populations, à travers un droit d'option individuel, en postulant que les individus ne peuvent être assujettis qu'aux normes qu'ils ont délibérément approuvées. En suivant cette veine du principe d'autonomie, les normes applicables ne tirent en définitive leur force obligatoire que de la volonté des individus puisqu'ils en sont en quelque sorte la source ; qu'ils disposent, dans le principe, du choix de renoncer au statut civil particulier de droit local. En

⁵⁹ C'est une approche qu'on retrouve chez de nombreux hommes politiques, parmi les mieux intentionnés. À titre d'exemple Félix Éboué, apparemment peu suspect d'une entreprise de discrimination, qui fut gouverneur de la Guadeloupe en 1936 puis gouverneur de l'AEF en 1940, et qui, théorisant sur le statut de l'indigène, déclare en 1941 : « L'indigène a un comportement, des lois, une patrie qui ne sont pas les nôtres. Nous ne ferons son bonheur, ni selon les principes de la Révolution française, qui est notre Révolution, ni en lui appliquant le Code Napoléon, qui est notre Code. » Qu'il soit noir et ancien élève de l'École coloniale importe peu en définitive. Cité par O. Le Cour Grandmaison in « Droits de l'homme, loi(s) et colonies », *Droits*, n° 43, 2006, p. 141.

⁶⁰ Cf. Y. Urban, « La longue genèse de la citoyenneté dans le second Empire colonial 1798-1898 », *La Révolution française*, n° 9, 2015, consultable en ligne, <http://journals.openedition.org/lrf/1460>.

⁶¹ Il n'est même pas utile ici de souligner ce que, dans ses multiples déclinaisons, l'utilisation de la notion a de significatif dans le rapport à l'altérité culturelle. En dépit des bonnes intentions, ce n'est que par un paradoxe apparent qu'on la retrouve jusque dans les textes destinés à régir le droit international. Cf. notamment l'art. 22 Pacte SDN (« mission sacrée de civilisation ») et l'art. 38 §1 du Statut de la CIJ en vertu duquel la Cour applique « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Algérie, cette possibilité a été ouverte conformément à l'article 1^{er} du sénatus-consulte de 1865. La loi du 4 février 1919 sur l'accès des indigènes d'Algérie aux droits politiques a même semblé faire évoluer les données en la matière en créant une nouvelle procédure d'accès à la pleine nationalité. Mais l'option a été peu utilisée dans l'Empire : seulement entre 3 000 à 6 000 personnes en Algérie ont accédé au statut de droit commun et donc aux droits de citoyen ; encore moins dans les autres territoires⁶². Faut-il en conclure que les habitants souhaitaient conserver leur statut de droit personnel ? À suivre Patrick Weil⁶³ et d'autres auteurs dans ce domaine, la réalité est autre. Elle dément l'approche apparemment libérale du droit d'option ouvert. Les conditions d'accès à la citoyenneté étaient si sévères dans la preuve d'assimilation que cela avait un caractère dissuasif⁶⁴. L'administration ne favorisait pas l'exercice de ce droit d'option qui n'était ni plus ni moins qu'une naturalisation, au point d'accréditer l'idée d'une « dénaturation de la notion de nationalité⁶⁵ ». *De jure*, les musulmans algériens étaient français. « *De facto*, ils étaient traités comme des ressortissants d'une origine étrangère la plus indésirable⁶⁶ » ou la moins susceptible d'être assimilée. Les rejets étaient nombreux. Ce qui décourageait la plupart des habitants⁶⁷. Et il est à peine nécessaire de noter par ailleurs que le droit d'option est unidirectionnel, il ne concerne que les indigènes et pas les Européens. La question aurait pu par exemple se poser pour les femmes, dans les conditions du droit de la nationalité qui leur était applicable à l'époque en lien avec le mariage. Cependant, des dispositions furent prises pour qu'elles conservent tout à la fois leur nationalité et leur citoyenneté ; une manière indirecte, mais bien concrète de confirmer la hiérarchie établie selon l'origine.

⁶² Cf. E. Saada, « La loi, le droit et l'indigène », *Droits*, n° 43, 2006, p. 175. Selon des chiffres rapportés par Henri Solus, cité par E. Saada : de manière indicative, en 1925, sur 11 107 naturalisations accordées, seulement 36 concernent les indigènes de l'Empire français.

⁶³ V. en ce sens P. Weil, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », *Histoire de la justice*, n° 16, 2005, p. 93-109.

⁶⁴ Les conditions fixées par loi du 4 février 1919, créant la procédure d'accès à la pleine nationalité, s'avèrent en fait plus restrictives que le sénatus-consulte de 1865 : outre la monogamie ou le célibat, une résidence de deux ans dans la même commune est imposée. Les autorités publiques (procureur de la République ou gouverneur) peuvent, suivant une formule leur laissant une grande marge d'appréciation, s'opposer à la demande « pour cause d'indignité », autrement dit pour « fait de non-convenance » comme l'explique Charles-Robert Ageron. Cf. *Histoire de l'Algérie contemporaine*, tome II, *De l'insurrection de 1871 au déclenchement de la guerre de libération (1954)*, Paris, PUF, 1979, p. 275.

⁶⁵ Z. Boushaba, *Être algérien hier, aujourd'hui et demain*, Alger, Éd. Mimouni, 1992, p. 45, cité par P. Weil, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », art. cit., p. 104.

⁶⁶ P. Weil, *ibid*, p. 104.

⁶⁷ Suivant les décrets, l'accès était simplement facilité pour ceux qui avaient rendu des services exceptionnels à la France, ceux qui disposaient de diplômes alors que les études étaient difficiles à mener dans les colonies et ceux qui disposaient de distinctions comme la légion d'honneur.

Les situations sont toutefois loin d'être uniformes, en dehors même de l'hypothèse des plus anciennes colonies (Antilles, Guyane et Réunion) et de ceux qui ont expressément renoncé à leur statut de droit civil particulier. Dans les Établissements français de l'Océanie (future Polynésie française), en raison de la christianisation, la population est soumise au Code civil dès 1874, bien que le territoire soit placé sous protectorat⁶⁸. Dans le cadre de la loi d'annexion du 30 décembre 1880 se substituant au régime de protectorat, les habitants de Tahiti et Moorea (îles du Vent), de l'archipel des Tuamotu et d'une partie de l'archipel des Australes (Tubuai et Raivavae) bénéficient concrètement de la nationalité et de la citoyenneté française, tandis que les « établissements secondaires » (archipel des Marquises et des Gambier, îles Sous-le-Vent, et le reste des Australes, *i. e.* Rapa, Rimatara et Rurutu) annexés progressivement conserveront la qualité de sujets français jusqu'en 1945⁶⁹. En raison de la portée restreinte du statut personnel, les natifs de certains territoires se voient aussi reconnaître un certain degré de citoyenneté. C'est la situation faite aux originaires des Établissements français de l'Inde ainsi que des quatre premières communes de plein exercice du Sénégal (Dakar, Gorée, Rufisque, Saint-Louis). À la suite de la révolution de 1848, cette citoyenneté a été en réalité reconnue par l'instruction du 27 avril 1848 qui, dans une politique semble-t-il, « empirique et pratique⁷⁰ », précisait dans son article 6 : « Seront dispensés de toute preuve de naturalisation les habitants indigènes du Sénégal et dépendances des établissements français de l'Inde justifiant d'une résidence de plus de cinq années dans lesdites possessions. » La Cour de cassation confirmera en 1883⁷¹ que dans ces conditions le statut personnel ne fait pas obstacle à la possibilité de leur attribuer la qualité d'électeurs et de participer aux élections nationales, en raison de l'absence de loi privative de droits politiques comme c'est le cas en Algérie avec le sénatus-consulte de 1865⁷².

⁶⁸ Le protectorat sur Tahiti est proclamé unilatéralement par l'amiral Dupetit-Thouars en septembre 1842 et ratifié par Guizot le 20 mars 1843.

⁶⁹ Cf. A-C. Trémon, « Citoyens indigènes et sujets électeurs. Statut, race et politique dans les Établissements français de l'Océanie (1880-1945) », *Genèses*, n° 91, 2013, p. 28-48.

⁷⁰ À la différence d'A. Girault qui voit dans cette citoyenneté spécifique un « privilège singulier et irrationnel, qui a son origine dans un simple accident historique » (*Principes de colonisation et de législation coloniale, op. cit.*, t. 1, p. 627), V. Chazelas y voit en effet plutôt une continuité de la politique déjà mise en œuvre. Cf. « Les droits électoraux des indigènes au Sénégal et la Révolution de 1848 », in *La Révolution de 1848 et les révolutions du XIX^e siècle*, 25 (127), décembre 1928-janvier février 1929, p. 220-233, consultable en ligne : https://www.persee.fr/doc/r1848_1155-8806_1928_num_25_127_1137.

⁷¹ Cass. civ., 6 mars 1883, *D.* 1883, I, p. 308.

⁷² La loi Diagne du 29 septembre 1916 ira même plus loin en ce qui concerne les quatre communes de plein exercice du Sénégal en conférant aux habitants une pleine citoyenneté. V. de manière générale Y. Urban, « La citoyenneté dans l'empire colonial français est-elle spécifique ? », art. cit., p. 19 ; également L. Blévis, *Sociologie d'un droit colonial. Citoyenneté et nationalité en Algérie (1865-1947) : une exception républicaine ?*, thèse précitée.

En définitive, il faudra attendre la loi Lamine Gueye du 7 mai 1946 pour que la citoyenneté soit confondue avec la nationalité et qu'il soit précisé que « tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyen, au même titre que les nationaux français de la métropole ou des territoires d'outre-mer » ; mais non sans que des restrictions soient admises. Pour en limiter les effets sur la métropole, il est en effet aussitôt précisé que « Des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de citoyens⁷³ ». Cette disposition est confirmée dans sa totalité par l'article 80 de la Constitution du 27 octobre 1946⁷⁴.

2. Le fond de la distinction : la justification politique, la crainte d'une submersion de la métropole par l'outre-mer

Il n'y a pas plus significatif que le discours d'Édouard Herriot lors des débats constitutants le 27 août 1946 pour expliquer les réserves, malgré tout, faites à l'exercice plein et entier de la citoyenneté. Édouard Herriot l'explique en des termes simples : la crainte de la métropole de devenir « la colonie des colonies ». Il n'est que de l'écouter :

Combien y aurait-il de citoyens dans les territoires d'outre-mer ? Selon beaucoup, il y en aura plus que dans les territoires de la métropole. Ainsi, les citoyens des territoires d'outre-mer seront plus nombreux que les citoyens de la métropole. Comme le disait de façon plaisante et profonde à la fois un de mes amis, la France deviendrait ainsi la colonie de ses anciennes colonies. (Interruptions).

Des procédés divers seront par suite utilisés afin de limiter les effets de la représentation de l'outre-mer : restriction du suffrage, double collège, plus faible proportionnalité de la représentation outre-mer ; jusqu'à la loi Defferre du 23 juin 1956 et l'institutionnalisation du suffrage universel.

B. Le principe d'assimilation, outil de dissymétrie du droit

On l'a bien compris : les choix opérés sont avant tout dictés par le pur pragmatisme, destiné à maintenir l'emprise coloniale. Pour le juriste, il importe cependant de souligner qu'ils trouvent globalement leur commode appui sur le principe d'assimilation. Du point de vue juridique, c'est ce

⁷³ Article unique de la loi n° 46-490 du 7 mai 1946, tendant à proclamer citoyens tous les ressortissants des territoires d'outre-mer.

⁷⁴ On ne saurait toutefois confondre dans la Constitution de la IV^e République les territoires d'outre-mer (anciennes colonies et territoires sous tutelle), juridiquement parties intégrantes de la République avec la métropole et les départements d'outre-mer d'un côté, et les territoires et États associés (concrètement les protectorats) inscrits d'un autre côté dans l'Union française (cf. articles 60 et 61). L'Empire colonial subsiste ainsi sous une autre forme en superposant la « citoyenneté française » (concrètement la citoyenneté de la République française) et la « citoyenneté de l'Union française ». Cf. l'article 81 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution. »

principe à tout faire — à justifier les inégalités aussi bien que l'égalité virtuelle — qui condense toutes ces données et aboutit concrètement à cette dissymétrie du droit.

1. *L'ambiguïté du principe d'assimilation*

Il est en effet loisible d'avoir une conception positive et même vertueuse de l'assimilation, vue comme l'affirmation d'un principe d'égalité des droits sur l'ensemble du territoire de l'Empire, un principe généreux — selon la rhétorique de la III^e République — ayant pour objet d'élever les peuples que la République a en charge. Cette vertu supposée a cependant fait l'objet de nombreuses critiques, d'un bord comme de l'autre. Du côté des thuriféraires de la colonisation, hostiles à une égalité entre les populations de métropole et d'outre-mer, ainsi Paul Azan qui n'a eu de cesse de préconiser l'abandon de cette « funeste doctrine », selon lui inappropriée et non souhaitable dans sa mise en œuvre⁷⁵. Du côté de certaines élites locales, singulièrement dans les quatre vieilles colonies, où la règle de l'assimilation a été revendiquée dans sa fonction d'homogénéisation des statuts territoriaux et des droits applicables, mais pour être ensuite récusée comme non respectueuse des particularismes territoriaux⁷⁶.

Le fait est que dans son fondement comme dans son principe, la notion est marquée par une ambivalence, dès lors que l'égalité des droits — symbole apparent de fraternité — est conditionnée par une mise à niveau sociale et culturelle dictée par le colonisateur⁷⁷. L'égalité dans le cadre de l'assimilation n'est pas en effet posée comme un préalable de mise en place des institutions. Il faut que le milieu se transforme pour que le droit lui-même puisse trouver à s'appliquer. L'assimilation est par définition progressive, comme on pourrait le concevoir pour des étrangers. Elle n'est pas corrélée immédiatement à une participation égale et à des droits égaux des individus aux institutions. À ce titre, elle est instrument de mesure des autorités gouvernementales et administratives de l'évolution supposée des territoires coloniaux, et n'est que

⁷⁵ Comme on l'a déjà noté, Paul Azan était général, et auteur de nombreux ouvrages sur la colonisation en Algérie. Cf. notamment *L'armée indigène nord-africaine*, Paris, Ch. Lavauzelle & Cie, 1925.

⁷⁶ De manière significative, A. Césaire déposa à l'Assemblée nationale constituante, le 26 février 1946, une proposition de loi tendant au classement des « quatre vieilles » comme département français. La position de l'écrivain a par la suite évolué en considérant que l'assimilation n'est pas autre chose qu'« une forme de la domination, et peut-être la plus absolue ». Cf. « Crise dans les départements d'outre-mer ou crise de la départementalisation », *Présence africaine*, n° 36, 1961, p. 110-111.

⁷⁷ Comme le souligne Étienne Le Roy, spécialiste de l'anthropologie du droit, « Derrière l'affirmation d'une unité de législation, il y a la non-reconnaissance, voire la négation, d'une différence et la volonté d'assimilation des indigènes dans une civilisation tenue pour supérieure. » Cf. « *In ordinem adducere* ou comment tenter d'imposer par le droit "la" civilisation. La mise en ordre de la "justice des indigènes" et le discours juridique coloniale en Afrique noire française », art. cit., p. 207.

l'expression de la toute-puissance de l'État colonial dans la détermination collective ou pas d'une uniformité des droits.

Dans le cadre du principe d'assimilation se noue en fait une dialectique entre adaptation du droit et uniformité du droit qui, selon les situations et les enjeux, peut faire prévaloir l'un ou l'autre. L'assimilation est l'idée-force qui justifie l'adaptation du droit. Tant que les populations ne sont pas assimilées, le régime dérogoire trouve toujours sa raison d'être, en recourant si besoin à la violence, en tout cas à des mesures plus répressives dans les hypothèses d'infractions, comme « l'irrévérence », très souple dans sa définition et donc source de nombreux abus des autorités⁷⁸. Ce n'est qu'à cette condition, considère-t-on, que les populations prendront conscience de la nécessité d'adapter leur comportement et de se conformer aux règles issues de la métropole, jusqu'à ce que leurs comportements disparaissent pour être réellement assimilées. Le régime est donc conçu comme transitoire jusqu'à la disparition des particularismes et l'application du droit commun. Suivant cette grille de lecture, le statut de droit personnel apparaît concrètement comme une traduction juridique de l'infériorité des indigènes du fait de la non-soumission au Code civil. Toutefois, on n'hésitera pas à inverser la logique et à imposer l'uniformité lorsque les particularismes pourront être considérés comme des privilèges trop importants pour les habitants des territoires, en rognant par là même sur le particularisme. Cette dialectique subsiste dans le droit actuel. Mais elle prend une forme nouvelle dans sa sémantique et aussi, dans une certaine mesure, dans son contenu. Elle est moins tournée vers l'affichage du principe d'assimilation, en raison de ses connotations coloniales, que vers une doctrine de l'intégration.

2. *L'évolution vers une doctrine de l'intégration*

La logique d'assimilation subsiste certes, mais en l'appareillant désormais plus strictement à la question de la nationalité et non plus à celle de la citoyenneté. Le Gouvernement peut ainsi s'opposer à l'acquisition de la nationalité française notamment pour « défaut d'assimilation » du conjoint étranger (art. 21-4 Code civil). Il en est de même pour la naturalisation, si l'étranger ne justifie pas de son « assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises [...] » (art. 21-24 Code civil). Apparemment neutres, les critères ainsi formulés s'avèrent en réalité exigeants en termes d'intégration. Ils laissent bel et bien subsister une

⁷⁸ V. en ce sens M. Fabre, « L'indigénat, des petites polices discriminatoires et dérogoires », art. cit., p. 283. Sont codifiés comme tels dans le code de l'indigénat : les actes irrespectueux ; les propos offensant vis-à-vis d'un agent de l'autorité, même en dehors de ses fonctions ; les plaintes ou réclamations sciemment inexacts ou renouvelées auprès de la même autorité après solution régulière. D'autres infractions sont retenues : comme le départ du territoire de la commune sans permis de voyage ; la réunion sans autorisation.

« injonction à l'assimilation⁷⁹ » en imposant l'effacement de l'identité culturelle initiale au profit de ce qui est conçu comme l'identité nationale. Cependant — du fait de la focalisation plus grande sur le critère de nationalité — cette injonction change d'objet par rapport à la perspective du droit colonial en s'appliquant dans le principe uniquement à l'étranger, *i. e.* à l'immigré considéré comme non-français ou non encore devenu français, et non plus en procédant à une discrimination entre sujets français. Le champ d'analyse de l'universel et de la citoyenneté se déplace. Il ne s'inscrit plus dans une dispute intérieure aux parties de l'État ou de ce que constituait l'Empire colonial. Son champ ne semble plus que se restreindre aux frontières extérieures, tout en négociant de nouveaux horizons de citoyenneté. La citoyenneté européenne naît tandis qu'on renonce à toute idée d'une citoyenneté fondée sur le passé colonial. Les liens culturels et politiques instruits dans le premier cadre seraient-ils ainsi plus forts que ceux historiques, instruits dans le second ? L'interrogation demeure. Elle est lancinante — on le sait — pour les enfants d'étrangers qui étaient considérés, une ou deux générations auparavant, comme des nationaux, mais qui ont opté pour un changement de nationalité ou n'ont pas accompli les démarches requises pour l'obtention de la nationalité française. Dans une étrange discrimination des droits : elle est plus aiguë encore — on le sait moins — dans la situation des personnes nées dans les colonies, qui par l'effet de la loi applicable à certains territoires ont conservé la nationalité française après l'indépendance du pays où ils ont continué de résider⁸⁰, et dont les descendants se voient pourtant dénier la nationalité française qu'ils pourraient revendiquer par filiation⁸¹. Elle ne va pas sans provoquer des drames individuels comme collectifs dont on mesure

⁷⁹ V. en ce sens A. Hajjat, *Les frontières de l'« identité nationale ». L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, Paris, La Découverte, 2012.

⁸⁰ Cf. la loi n° 60-752 du 28 juillet 1960 pour l'AOF et l'AEF ; et l'ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962 complétée par des textes ultérieurs pour l'Algérie. L'art. 32 du Code civil codifie ces textes comme suit :

« Les Français originaires du territoire de la République française, tel qu'il était constitué à la date du 28 juillet 1960, et qui étaient domiciliés au jour de son accession à l'indépendance sur le territoire d'un État qui avait eu antérieurement le statut de territoire d'outre-mer de la République française, ont conservé la nationalité française.

« Il en est de même des conjoints, des veufs ou veuves et des descendants desdites personnes. »

⁸¹ Ces personnes, bien que françaises selon la loi, se voient en effet soupçonnées de réclamer la nationalité française dans le seul but de venir en France. Elles seraient « Français d'opportunité » et non « Français de droit ». Sur la base d'une autre disposition — l'article 30-3 du Code civil — une désuétude du droit à la nationalité française est en l'occurrence constatée par le fait que les ascendants sont restés à l'étranger depuis un demi-siècle sans avoir la « possession d'état de Français ». Cf. Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 28 février 2018, n° 17-10034 ; Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 28 février 2018, n° 17-14239 ; Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 13 juin 2019, n° 18-16838. V. sur ce point les commentaires de B. Clauss et S. Calvo, « Désuétude désuétude ? Actualité du droit de la nationalité française ou comment l'article 30-3 du Code civil s'invite dans le tortueux débat sur l'identité nationale », *La Revue des droits de l'homme*, <https://journals.openedition.org/revdh/> ; et S. Khalifa, « Désuétude de la nationalité : le poids de l'impensé colonial », *Plein droit*, n° 123, 2019, p. 27-30.

seulement maintenant graduellement les effets⁸². Mais la décision politique est prise, le plus souvent d'États souverains à États souverains, en trouvant sa justification aussi bien dans le fait de la décolonisation que dans celui de la construction européenne. Décision que le droit sanctionne d'un côté, au nom d'une communauté révolue, par la désuétude du droit à la nationalité ; de l'autre, au nom de la construction européenne, par l'affirmation d'un nouveau droit de citoyenneté distinct de la nationalité. Les individus sont tenus, ou plus exactement sommés, de s'adapter à ces choix qui engendrent de nouveaux mécanismes d'exclusion.

Dans les frontières intérieures, et sur le plan plus institutionnel, si l'on s'intéresse au statut des collectivités territoriales, le principe d'assimilation ne s'applique plus également sous sa forme ancienne. L'évolution est notable à travers les mécanismes de concertation mis en place, qui permettent la prise en compte des vœux des populations concernées et des élus territoriaux. Elle est le fruit d'évolutions progressives confirmées par la loi constitutionnelle de 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République⁸³. La possibilité de mise en place de statuts territoriaux à la carte est actée pour tenir compte des particularismes institutionnels. Certes, depuis la Constitution de 1946, le principe d'assimilation subsiste dans le droit constitutionnel en ce qui a trait spécifiquement aux départements et régions d'outre-mer, avec l'application de plein droit dans ces territoires de la législation et de la réglementation nationale. Mais ce principe est conçu de manière moins rigide, en faisant — suivant l'article 73 de la Constitution — une place plus grande à l'adaptation du droit applicable, notamment en fonction de critères économiques et démographiques⁸⁴.

La situation générale d'une dissociation entre citoyenneté et nationalité ne s'exerce en tout cas plus sous la forme qui était celle du droit colonial, en recourant massivement à des statuts de droit personnel. La possibilité subsiste, il est vrai, à l'article 75 de la Constitution⁸⁵. Mais sa lecture est maintenant plus positive. Elle s'inscrit moins dans une logique de négation des particularismes, génératrice d'une exclusion des droits, que de reconnaissance de ceux-ci. C'est particulièrement vrai dans le cas de la Nouvelle-Calédonie⁸⁶,

⁸² V. en ce sens E. Saada, « Nationalité et citoyenneté en situation coloniale et postcoloniale », *Pouvoirs*, n° 160, 2017, p. 113-124.

⁸³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *JO* du 29 mars 2003, p. 5568.

⁸⁴ Cf. l'alinéa 1 de l'article 73 de la Constitution française : « Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. »

⁸⁵ Article 75 de la Constitution : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. »

⁸⁶ On notera cependant que le territoire de Mayotte a suivi un processus inverse dans le cadre d'un processus de départementalisation. Ce processus a été suivi sur la base de la volonté des élus et de la population, soucieux d'une plus grande intégration dans la République. À la suite de la consultation sur la départementalisation organisée le 29 mars 2009 et la loi organique

puisqu'il a été rendu possible à tout néo-calédonien, en fait Mélanésien, non pas simplement de conserver son statut coutumier, mais de le retrouver pour ceux placés sous le statut civil de droit commun. Il faut y voir ici, à la suite de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998, une manière de donner un effet concret à la reconnaissance constitutionnelle de l'« identité kanak ».

Il y a donc loin de ce qui préexistait. L'affirmation d'infériorité de race ou de civilisation n'a plus cours dans les textes et le droit, et pas davantage ce qui s'apparenterait à un régime de l'indigénat. Tout autre a été le droit colonial, opérationnel en France jusqu'en 1946 voire 1958, qui a réussi cet extraordinaire tour de force de faire passer un système juridique et politique éminemment ségrégationniste pour une mission civilisatrice et une œuvre de libération. Sans doute n'y ont cru que ceux qui voulaient bien croire.

n° 2009-969 du 3 août 2009, il a été en effet décidé de la transformation de la collectivité départementale de Mayotte, à compter de 2011, en « Département de Mayotte » régi par l'article 73 de la Constitution. Confirmation en est faite avec la loi organique n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte et la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 définissant le fonctionnement et l'organisation de la nouvelle collectivité. La départementalisation de Mayotte implique le renoncement à certains particularismes jugés incompatibles avec l'article 73. La mesure la plus significative dans cette perspective a été en amont la décision prise dans le cadre de la loi du 21 juillet 2003 d'abolir la polygamie et la répudiation pour tous les Mahorais bénéficiant du statut civil de droit local, en âge de se marier après le 1^{er} janvier 2005.