



HAL
open science

Raisonner à partir d'un concept de “ race ” en droit français

Lionel Zevounou

► **To cite this version:**

Lionel Zevounou. Raisonner à partir d'un concept de “ race ” en droit français. *Race et droit*, 31, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, pp.21-100, 2021, Collection: Transition & Justice, 978-2-37032-311-8. halshs-03374337

HAL Id: halshs-03374337

<https://shs.hal.science/halshs-03374337v1>

Submitted on 12 Oct 2021

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.

*Sous la direction scientifique de
Lionel ZEVOUNOU*

RACE ET DROIT



2 0 2 1

Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie

Raisonner à partir d'un concept de « race » en droit français

Lionel ZEVOUNOU

Résumé – En quoi un concept de « race », ancré dans une lecture antiraciste et critique, pourrait-il être utile à mieux comprendre le régime juridique contemporain des discriminations raciales en France ? Telle est la question qui traverse cet article. L'étude fait le point sur le droit positif récent et les débats doctrinaux contemporains tous deux marqués par l'héritage de la Seconde Guerre mondiale avant de discuter un concept critique de « race » tenant compte des spécificités du droit français et européen. S'en tenir à une lecture décontextualisée des discriminations raciales n'apparaît pas satisfaisant : non seulement parce qu'elle ne permet pas d'ancrer l'étude des discriminations raciales au sein d'une temporalité plus longue, mais aussi parce qu'en euphémisant le sens du mot « race », elle se limite à des débats convenus sur une interprétation du principe d'égalité elle-même tributaire d'une certaine lecture du principe d'indivisibilité de la République. En l'état, il n'est pas possible de penser les discriminations raciales en se limitant à une lecture purement interne du régime qui lui est associé. Or il est tout à fait possible de proposer une meilleure traduction juridique des discriminations raciales à la condition d'en saisir les spécificités socio-historiques.

Mots-clés – race, discrimination raciale, discriminations, droit français et européen

Abstract – In what way could a concept of « race », anchored in a critical anti-racist reading, be useful to better understand the contemporary legal regime of racial discrimination in France? This is the question that runs through this article. The study takes stock of recent positive law and contemporary academic debates, both marked by the legacy of the Second World War, before discussing a critical concept of « race » that takes into account the specificities of French and European law. It does not seem satisfactory to confine oneself to a decontextualized reading of racial discrimination, not only because it does not allow the study of racial discrimination to be anchored in a longer time frame, but also because, by euphemizing the meaning of the word « race », it limits itself to conventional debates on an interpretation of the principle of equality, which is itself dependent on a certain reading of the principle of the indivisibility of the Republic. As it stands, it is not possible to think about racial discrimination by limiting oneself to a purely internal reading of the regime associated with it. However, it is entirely possible to propose a better legal translation of racial discrimination, provided that we grasp its socio-historical specificities.

Keywords – race, racial discrimination, discriminations, French and European Law

Pourquoi parler de la « race » dans le discours juridique ?¹ Ne serait-il pas plus commode de reprendre l'interrogation des rares juristes qui se sont prononcés sur la question : « *la notion de race étant très officiellement discréditée, en Europe continentale, depuis 1945, est-il possible de la détailler de ses usages racistes passés et présents, pour lui faire produire, sans risquer de lui rendre sa légitimité, des effets utiles à la compréhension des rapports sociaux contemporains ? Comment, en d'autres termes, distinguer la 'race' du sociologue de la 'race' du raciste ?* »² S'agit-il au fond de céder à une sorte d'effet de mode venu d'outre-Atlantique et, pour tout dire, de tomber dans le piège des ruses d'un impérialisme culturel ?³ Car l'emploi du mot « race » dans le champ

1 Je suis reconnaissant aux collègues qui ont bien voulu accepter de relire ce papier et de le critiquer : Manon Altwegg-Boussac, Pierre Brunet, Gregory Bligh, Silvia Falconieri, Laetitia Guerlain, Nabil Hajjami, Jean-Louis Halpérin, Mathias Möschel, Claire Langlais, Danièle Lochak, Robin Médard, Inghilterra, Éric Millard, Guillaume Richard, Zacharias Zoubir. Je remercie aussi toutes celles et ceux qui, par des discussions orales, ont contribué à affiner les arguments de ce travail qui constitue l'amorce d'un travail de recherche à venir. J'en assume naturellement les erreurs et la longueur inhabituelle pour un article de doctrine.

2 V. le dossier spécial dans *La Vie des idées* dirigé par J. GALONNIER et J. NAUDET intitulé : *Polémiques et controverses autour de la question raciale*, on se réfère ici aux propos de G. CALVÈS, 11 juin 2019, <https://laviedesidees.fr/Race-et-intersectionnalite.html>.

3 P. BOURDIEU et L. WACQUANT, « Sur les ruses de la raison impérialiste », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1998, n° 121-122, p. 109-118.

académique français semble désormais constituer le repoussoir de certaines dérives imputées à la société étatsunienne : « militantisme », « séparatisme », « identitaire », *etc.* La suspicion irréfragable d'extranéité occulte les travaux qui s'attellent à rendre compte des spécificités propres aux discriminations raciales dans la société française.

Plus encore qu'en sciences sociales, le mot « race » place le juriste dans une position embarrassante. Non seulement au regard de l'histoire contemporaine, mais surtout d'un point de vue purement pragmatique. Différemment du genre, la « race » ne peut servir à fonder une discrimination positive en France⁴. Son maintien dans les énoncés constitutionnels est perçu par les uns comme un vestige utile rappelant les dérives de l'histoire et par d'autres comme une aberration au regard de la science : les discours portant sur la « race » sont disqualifiés de ce fait.

En l'état actuel du débat en sciences sociales, une chose paraît sûre : l'usage du mot « race » en France semble entouré d'une très grande confusion linguistique qui permet d'alimenter un ensemble de discours et de présupposés à l'égard des travaux issus des sciences sociales. Parmi ces présupposés figure l'idée de la Nation comprise comme un corps laissant peu de place à l'expression de revendications différentialistes. L'article premier de la Constitution en est la traduction juridique : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* »⁵. Cette mythologie constitutive du récit national apparaît comme l'un des principaux arguments avancés à l'encontre des travaux menés sur la « race » ces dernières années. Il faut en prendre acte, sans nécessairement s'en étonner. Il convient à cet égard de faire la part des choses entre l'adhésion aux valeurs républicaines précitées et la possibilité d'explorer, au moyen d'une méthodologie scientifique, les éventuelles tensions qu'elles soulèvent. L'histoire des sciences sociales enseigne que l'introduction de nouveaux champs de recherche ne va pas sans opposition, ainsi que l'illustre la naissance de la sociologie ou, plus près des juristes, du droit public⁶. Mais

⁴ Contrairement aux autres formes de discrimination, il n'est pas possible en droit positif français d'articuler (du moins explicitement) des mesures positives en lien avec l'existence de discriminations raciales.

⁵ On renvoie à cet égard à la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991 censurant l'appellation du peuple corse au regard de l'article 1^{er} de la Constitution : « *Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du 'peuple corse, composante du peuple français' est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion* » (cons. n° 12).

⁶ B. KARSENTI et C. LEMIEUX, *Sociologie et socialisme*, Paris, EHESS, coll. « Cas de figure », 2017 ; G. RICHARD, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris, Dalloz, coll.

à quel concept de « race » fait-on au juste référence ? Une première acception, la plus courante, entend la « race » dans son sens « biologique ». La « race » renvoie ici à un système de domination hiérarchisant des différences perçues comme biologiques⁷. Cette première connotation justifie le non-usage du mot « race » dans la langue juridique depuis la Seconde Guerre mondiale. Une telle acception n'est toutefois pas la seule possible. Rien n'empêche d'entendre la « race » comme un concept critique qu'il serait possible de réinvestir précisément contre l'usage négatif dont le terme fait l'objet dans le discours juridique, afin de penser autrement les discriminations raciales. La « race » est ici appréhendée (dans un sens sociologique) comme une construction sociale susceptible de rendre compte des *processus de formation de la différenciation raciale*⁸. Ce concept critique permet de saisir les ruptures et continuités liées à la construction socio-historique de la « race » tout en se distanciant d'une essentialisation biologique du terme⁹. Il faut donc distinguer le concept critique de « race » mobilisé dans ce travail des discours juridiques qu'il prend pour objet (en l'occurrence ceux qui participent au *processus de différenciation raciale* évoqué).

C'est à partir de ce double constat – intérêt des sciences sociales pour le matériau juridique et essor des travaux consacrés aux questions raciales et postcoloniales – qu'est née l'organisation du cycle de séminaires mentionné initialement. Il s'agissait non seulement de cartographier ce qui s'était écrit en sciences sociales au sujet de la « race » depuis plus de dix ans, mais aussi de réfléchir aux possibilités d'un espace pluridisciplinaire au sein duquel il serait possible aux juristes de se réappropriier leur propre objet d'étude¹⁰. La « race » a, en France, ses spécificités historiques et sociologiques. Pour ces raisons,

« NBT », 2015, p. 29-77 ; G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 27-94.

- 7 C'est encore ce sens biologique que nous qualifierons de sens commun tout au long de cette étude. Nous précisons de surcroît que les expressions « biologique » ou « sens commun » utilisées dans cette étude, constituent une facilité de langage qui désigne le processus irréductible d'altération de « l'autre ». Il a pourtant été montré qu'un tel processus n'était jamais purement biologique, mais surtout que la construction en amont de l'altérité radicale propre au racisme s'insère dans un mécanisme de tension entre identité et différence. C.-O. Doron parle en ce sens d'altération (C.-O. DORON, *L'homme altéré. Race et dégénérescence (XVII^e-XIX^e siècles)*, Ceyzérieu, Champ Vallon, coll. « La chose publique », 2016, p. 5-39).
- 8 I. HANEY LOPEZ, « The Social Construction of Race: Some observations on Illusion, Fabrication, and Choice », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 29, n° 1, p. 28-30. Nous approfondissons cette définition dans la III^e partie de cette étude.
- 9 Ce processus sociohistorique de construction de la « race » est qualifié par Colette Guillaumin de processus de racisation (C. GUILLAUMIN, *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Paris - La Haye, Mouton, 1972, p. 80-85).
- 10 Pour un travail pionnier : S. DESMOULINS-CANSELIER et G. CANSELIER (dir.), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies. Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, Paris, Éd. de la Société de Législation comparée, collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 24, 2011.

son étude ne peut se réduire à l'importation d'une grille de lecture puisée dans les discours formulés dans le monde académique anglo-américain. Réciproquement, elle ne peut non plus être niée ou euphémisée au nom d'une injonction morale, aussi légitime qu'elle puisse paraître. Il faut la prendre telle qu'elle se présente : comme un objet ancré dans un héritage politique, social et juridique. L'idée principale qui anime cette enquête est de tester la pertinence d'un concept de « race » en droit français à la fois d'un point de vue épistémique et empirique. Ce concept est utile en ce qu'il permet de poser sur l'objet juridique des questions nouvelles : de quelle « race » parle le droit interne et européen, tant au niveau des dispositions légales de la jurisprudence que de la doctrine ? Car il convient d'explicitier les points de vue sous-jacents (à la mobilisation ou au refus de mobilisation) de la « race » dans le discours juridique. Le concept interroge aussi à nouveaux frais ce que l'on tient pour des évidences quant à la citoyenneté, l'État, l'Administration, *etc.*

À cet égard, la tentation est grande s'agissant de la « race » de procéder à l'amalgame entre disqualification morale et disqualification scientifique¹¹. Pour procéder à une analogie bien connue des juristes : la condamnation morale du nazisme ou du fascisme n'a pas été systématiquement suivie d'études mettant en lumière le fonctionnement juridique de ces deux types de régimes¹². L'étude de la « race » fait l'objet d'un traitement similaire et on peut regretter qu'il n'y ait, dans la doctrine française, que peu de travaux s'étant attelés à critiquer, réfuter ou plus généralement discuter ce qui a été produit dans le champ des études raciales depuis plus de quarante ans, notamment dans le domaine juridique. Que le racisme soit perçu comme une forme de domination politique particulièrement abjecte qu'il faut condamner fermement, chacun s'accorde à le reconnaître. Disqualifier, au nom d'une telle condamnation morale, les travaux académiques qui sont menés sur le sujet constitue une question sensiblement différente. Les deux types de discours ne peuvent être mis sur le même plan : d'un côté, on se réfère à un ensemble de prescriptions morales, de l'autre à un discours scientifique.

S'il n'est pas possible – à moins de recourir à un argument d'autorité – de disqualifier *a priori* un objet de recherche étayé par des concepts, protocoles d'enquêtes propres à toute méthode scientifique, il est en revanche admis de réfuter les travaux effectués sur la « race » par le moyen traditionnel de la *disputatio* académique. À notre connaissance, les travaux qui relèvent de cette

11 Pour une critique d'une tentation similaire en sociologie et liée au propos de l'ancien Premier ministre Valls : B. LAHIRE, *Pour la sociologie. Et en finir avec une prétendue « culture de l'excuse »*, Paris, La Découverte, coll. « Cahiers libres », 2016.

12 Par exemple, sur l'histoire de l'étude du fascisme italien : I. STOLZI, « Fascismo e cultura giuridica », *Rivista*, 1/2014, p. 139-154.

dernière catégorie sont encore rares en droit français¹³. Il est donc possible de produire un discours scientifique sur une notion qui, *a priori*, ne s'y prête pas ; mieux encore, il est possible de produire sur cet objet un discours axiologiquement neutre. Naturellement, cela ne signifie pas que le chercheur qui opte pour l'étude de la « race » soit totalement aveugle aux conséquences sociales de ses recherches. La plupart des travaux universitaires sur la question n'ont cessé de mettre en garde sur le caractère odieux du racisme et surtout sur le fait qu'étudier la « race » ne signifie nullement apporter une caution au racisme, quelle qu'en soit la forme. Dans le domaine juridique, il faut attendre la fin des années 1980 pour qu'apparaissent, dans la sphère académique, les premiers travaux juridiques critiques sur la législation raciale de Vichy, qui porte principalement et directement sur la métropole¹⁴. Ces travaux ont amorcé une lecture différente du droit et de ses usages qui mérite d'être approfondie. Le discours sur la « race », particulièrement sur le racisme (mais pas uniquement), constitue un fait empirique dont les effets se prêtent à l'analyse scientifique.

Est-il possible d'aborder les discriminations raciales tout en faisant l'économie du contexte juridique, historique et social de leur apparition¹⁵ ? Faut-il s'en tenir à une lecture purement interne ou, comme le propose cette étude, inscrire l'étude des discriminations raciales dans un contexte plus large ? Opter pour la première branche de l'alternative – celle d'une lecture interne – ne peut conduire qu'à un résultat connu d'avance : puisque les « races » (au sens biologique) n'existent pas, il n'y a aucune utilité à donner un contenu à un concept inexistant. Le mot conserve dès lors un sens formel purement symbolique. Ainsi, la lecture dominante aborde la discrimination raciale principalement par le moyen de sa négation. La démarche proposée

13 M. MÖSCHEL, *Law, Lawyers and Race: Critical Race Theory from the United States to Europe*, London - New York, Routledge, 2014.

14 Il convient de préciser que dès la fin de la guerre, le Centre de documentation juive contemporaine analyse de façon critique cette législation à travers le *Bulletin du centre de documentation juive contemporaine*.

On renvoie pour les travaux universitaires à : R. PAXTON, *La France de Vichy, 1940-1944*, Paris, Seuil (trad. B. CLAUDE, préf. S. HOFFMANN), coll. « L'univers historique », 1973 ; D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, 1989, p. 252-285 ; D. GROS, « Le 'statut des juifs' et les manuels en usage dans les facultés de droit », *Cultures & Conflits*, n° 9/10, 1993, p. 154-171 (article en deux parties) ; D. GROS (dir.), « Le droit antisémite de Vichy », in *Le genre humain*, Éd. du Seuil, 1/2, n° 30-31, 1996 ; B. DURAND, J.-P. LE CROM et A. SOMMA (éds.), *Le droit sous Vichy*, Franfurt-am-Main, Klostermann, 2006 ; M.-O. BARUCH, *Servir l'État français : l'administration en France de 1940 à 1944*, Paris, Fayard, coll. « Pour une histoire du XX^e siècle », 1997 ; M.-O. BARUCH, *Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948*, Paris, La Documentation française, 2014. V. aussi le dernier numéro de la revue *Genèses* (E. MAURICE et R. ACHI, « Vichy face aux sociétés coloniales », *Genèses*, 2020/3, n° 120).

15 Sur cette question : J.-F. SCHAUB, *Pour histoire politique de la race*, Paris, Seuil, coll. « Librairie XXI^e siècle », 2015.

ici est différente. Elle se situe en amont du droit positif contemporain et met en dialogue les continuités, discontinuités, circulations des acteurs et des discours juridiques liés à la « race ». En d'autres termes, elle tente de mettre à distance les réflexes propres à l'appréhension de l'objet « droit » pour entreprendre une enquête *généalogique* sur ce même objet¹⁶ ? À cette fin, la démonstration propose un concept critique de « race » susceptible de rendre compte des continuités, discontinuités, ruptures liées à la production juridique du racisme et de l'antiracisme avant et après la Seconde Guerre mondiale. Questionnées à partir de ses marges, les contradictions liées à l'universalisme républicain¹⁷ apparaissent dans toute leur complexité. Celles-ci nécessitent, pour être appréhendées de manière satisfaisante, deux prérequis. Le premier consiste à sortir de la tentation du présentisme anhistorique propre au positivisme technicien ; le second, lié au premier, est de considérer d'une manière générale que les institutions, dont le droit, ont une « mémoire »¹⁸. Les catégories et raisonnements juridiques s'inscrivent dans une histoire, un contexte, des registres d'action, dont on ne peut faire abstraction si l'on souhaite proposer une analyse intelligible de la « race » en droit. Lu à travers ces deux prérequis, le concept de « race » joue un rôle de « référent » en ce qu'il traverse les cinq Républiques¹⁹. Il s'inscrit dans un espace de circulation transnational²⁰. Le concept de « race » mobilisé dans la dernière partie de cette étude appréhende autant les discours savants que les normes juridiques liés à cet objet.

Ce qui est perçu comme un phénomène purement marginal²¹ par le récit ordinaire du discours juridique contemporain, celui du « *moment*

16 Au sens foucauldien : M. FOUCAULT, *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France*, Paris, Gallimard, 1971.

17 Sur les usages de ce modèle républicain et ses critiques : D. LOCHAK, « Le 'modèle républicain' dans le débat public. Usages rhétoriques et reconstitution mythique », in B. BADIE et Y. DELOYE (dir.), *Le temps de l'État. Mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum*, Paris, Fayard, 2007, p. 398-407.

18 Pour une illustration s'agissant du droit comparé : P. NAPOLI, « Le droit, l'histoire, la comparaison », in O. RENAUD, J.-F. SCHAUB et I. THIREAU (dir.), *Faire des sciences sociales. Comparer*, Paris, EHESS, coll. « Cas de figure », 2012, p. 127-160.

19 D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots. Les langages du politique*, 1992, vol. 33, p. 292. De même, on distinguera dans cette étude, les valeurs inhérentes à la République, lesquelles ne sont pas en cause ici. Il faut toutefois distinguer ces valeurs du processus historico-politique qui caractérise l'avènement de la République contemporaine et qui n'est pas exempt à la fois de tensions et de contradictions importantes.

20 V. s'agissant de l'Allemagne nazie et des États-Unis : J. Q. WHITMAN, *Hitler's American Model. The United States and the Making of Nazi Race Law*, Princeton University Press, 2017, spec. chap. 2, p. 73-131.

21 L'emploi du terme marginal se réfère aux pratiques anhistoriques qui aboutissent, dans la volonté de présenter une lecture linéaire et téléologique de principes républicains qui émergent sous la III^e République, à gommer ou minorer *a posteriori* l'importance du fait colonial dans la lecture du droit positif. L'exemple topique est celui des grands arrêts de la jurisprudence administrative, mais on retrouve une tendance similaire du reste dans le travail de Burdeau sur l'histoire du droit

post-1945 » (« exception », « monstruosité ») se révèle, tout bien considéré, être un élément central de la discussion²². À première vue, le droit colonial²³ (tout comme le droit antisémite) ne présente pas, sur la forme juridique du moins, une différence sensible par rapport au droit républicain ordinaire²⁴. Le rapport entretenu à l'égard de la III^e République par exemple, évacue généralement l'aspect colonial alors même que ce dernier occupe une place prépondérante dans la littérature de l'époque. Au début du XX^e siècle, le nombre de thèses sur les colonies croît de manière considérable : Pierre Singaravéλου en dénombre 642 soutenues en sciences juridiques, économiques et politiques²⁵. La création de l'École coloniale en 1889 est concomitante à l'introduction d'un enseignement de « *législation et économie coloniales* » pratiqué principalement dans les facultés d'Aix-Marseille, Bordeaux, Lyon, Paris, Poitiers, Rennes. Jusqu'aux années 1950 encore, les universitaires d'Indochine et d'Afrique francophone partagent avec ceux de la métropole la procédure d'inscription sur la liste d'aptitude du Comité consultatif des universités²⁶ ; ces mêmes universitaires participent aussi au concours d'agrégation de droit et de médecine. Les travaux de Christophe Charle sur l'université ont du reste souligné l'enracinement de l'enseignement colonial dans le champ des sciences sociales en France. Au moins trois des sept chaires créées par les pouvoirs publics dans les facultés de droit entre 1890 et 1920 s'intitulent :

administratif (F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995). Pour une exception : P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, Paris, Fayard, 1992, p. 155-193.

Les termes d'exception ou de monstruosité font quant à eux référence tant au régime juridique de Vichy qu'au droit colonial. Ils soulignent parfois de manière exagérée la singularité de ces deux régimes juridiques par rapport à une « normalité » républicaine supposée dont l'ordonnance du 9 août 1944 serait l'illustration. Il a été montré depuis que le tracé d'une telle frontière n'avait rien d'évident : D. GROS, « Un droit monstrueux ? », in *Le droit antisémite de Vichy*, Paris, Seuil, coll. « Le genre humain », 1996, p. 559-575 ; E. SAADA, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, 2003/4, n° 53, p. 4-24, spéc. p. 24.

22 J.-L. HALPÉRIN, « Un modèle français de droit républicain ? », in A. STORA-LAMARRE, J.-L. HALPÉRIN et F. AUDREN (eds), *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, Presses Universitaires de Besançon, 2011, p. 479-495.

23 On prendra soin de préciser qu'il n'y a pas toujours d'élément de corrélation automatique entre droit colonial et « race » ; la différenciation raciale n'en est pas moins présente, notamment s'agissant du statut des personnes ou de la nationalité. Sur ce dernier point : C. BRUSCHI, « La nationalité dans le droit colonial », *Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1987-1988, numéro spécial, *Le droit colonial*, p. 29-83 ; E. SAADA, art. cit. (n. 21), p. 4-24, spéc. p. 23-24.

24 Ce qui ne veut évidemment pas dire qu'il n'y a pas eu d'opposition politique à ces deux types de systèmes.

25 P. SINGARAVÉLOU, *Professer l'empire. Les « sciences coloniales » en France sous la III^e République*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « histoire contemporaine », 2011, p. 326-327.

26 F. RENUCCI, « La 'décolonisation doctrinale' ou la naissance du droit d'outre-mer (1946-début des années 1960) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2011/1, n° 24, p. 61-76.

« législation et économie coloniale »²⁷. Professer le droit colonial est alors, comme l'indique encore Christophe Charle, associé à un certain prestige académique²⁸. Si l'on assiste depuis plusieurs années à une redécouverte des œuvres des auteurs clés du droit public²⁹, cette nouvelle tendance ne s'est guère préoccupée des travaux entrepris ces dernières années du côté de l'histoire du droit colonial³⁰. Faire tenir ensemble le Hauriou qui rédige les *Principes de droit public* en 1910 et le Hauriou qui aborde le régime juridique des colonies³¹, ouvre un espace de réflexion et de discussion plus riche.

Cet hermétisme interroge sur un rapport implicitement sélectif des juristes vis-à-vis des faits historiques antérieurs au moment 1945³². Le droit

27 P. SINGARAVÉLOU, « L'enseignement supérieur colonial. Un état des lieux », *Histoire de l'éducation*, n° 122, 2009, p. 71-92, spéc. p. 78.

28 C. CHARLE, « L'espace universitaire parisien à la fin du XIX^e siècle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 47/48, 1983, p. 77-89, cité in P. SINGARAVÉLOU, art. cit. (n. 27); L. BLÉVIS, « Une université française en terre coloniale. Naissance et reconversion de la faculté de droit d'Alger (1879-1962) », *Politix*, 2006/4, n° 76, p. 53-73.

29 Par ex, P. DUEZ, *Les actes de gouvernement* (présentation F. MELLERAY), Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006 ; P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique* (présentation F. MELLERAY), Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002 ; N. HAKIM et F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009 ; L. AUCOC, *La juridiction administrative et les préjugés* (préf. B. Plessix), Paris, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012 ; G. RICHARD, *Enseigner le droit public sous la III^e République*, Paris, Dalloz, 2015, coll. « NBT », p. 458-472.

30 On signalera comme une exception notable, la livraison hors-série de la revue *Jus Politicum* de janvier 2017, *Penser juridiquement l'empire ?*, Paris, Dalloz, coll. « Les fondements du droit », 2017 et les travaux de Y. URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, LGDJ - Institut Universitaire Varenne, coll. « Collection des Thèses », 2011.

31 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public* (réed. P. DELVOLVÉ et F. MODERNE), Paris, Dalloz, 2002, 12^e éd., p. 271-279 : Hauriou s'attèle en effet à proposer une description de l'administration coloniale tout en faisant abstraction du statut juridique de la citoyenneté dans les colonies.

Le traité de Berthélémy et Duez ne dit pas autre chose. Il reconstruit l'ordre du droit constitutionnel en faisant abstraction des colonies (J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ [réed. F. GOGUEL], *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Classiques. Série politique et constitutionnelle », 1985, p. 289 : « On ne saurait nier que, dans cette organisation empirique de la Communauté française, l'idéologie que nous avons hérité de la Révolution française souffre de nombreuses atteintes. 1) La métropole est organisée sur le modèle libéral ; les dépendances sur le modèle autoritaire. 2) Notre droit pose le principe de l'égalité native des hommes : les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit [...] Or, notre système impérial présuppose l'inégalité des races. 3) Nous ne cessons de proclamer le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Nous n'admettons pas la sécession des colonies [...] La suite de nos explications ne s'appliquera qu'à la population de la France métropolitaine, qui se trouve au sommet de la hiérarchie » ; v. aussi : A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (préf. J. BARTHÉLÉMY), Paris, Sirey, 1914, 6^e éd., p. 2.

32 Notamment ceux renvoyant au premier puis second empire colonial français. Sur le traitement des rapports entre droit et colonisation : S. KODJO-GRANDVAUX et G. KOUBI, *Droit et colonisation*, Paris - Bruxelles, Bruylant, coll. « Droits, territoires, cultures », 2005. On renvoie sur ce point au numéro spécial dirigé par S. FALCONIERI, L. GUERLAIN et L. ZEVOUNOU, *Penser la race en juriste* (à paraître à la revue *Droit et Société*). Il est impossible s'agissant de l'histoire du droit colonial, d'énumérer les travaux de la discipline de manière exhaustive : L. A. BARRIÈRE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, ÉUD, 1993 ; B. DURAND et M. FABRE

colonial est non seulement relégué à la périphérie de la construction du droit contemporain, mais la question de la domination raciale l'est encore davantage. On doit à Charles W. Mills d'avoir mis au jour le biais quasi instinctif consistant à minorer les faits sociaux et juridiques se rapportant à la « race » aux marges de certaines disciplines³³. Pourtant, de Dareste à Lampué en passant par Maunier, Solus ou Dislère, plusieurs auteurs marquants ont produit une littérature significative sur le droit et la législation coloniale mobilisant en creux la différenciation raciale. L'intérêt pour le droit colonial s'inscrit au sein d'« une relation asymétrique »³⁴. Alors que le fait colonial n'intéresse que marginalement les juristes, le droit occupe dans ce même espace colonial une place prépondérante. Derrière les raccourcis et disqualifications faciles se joue aussi l'invisibilisation de tout un pan de connaissance de l'ordre juridique et de l'État tenu à l'écart de la construction républicaine de l'objet usuel « droit » pratiquée par la discipline universitaire³⁵. Il en est

(dir.), *Le juge et l'outre-mer*, t. 1 : *Phinée le devin ou les leçons du passé*, GIP Mission de Recherche Droit et Justice - Centre d'histoire d'études judiciaires, 2006 ; B. DURAND et M. FABRE (dir.), *Le juge et l'outre-mer*, t. 2 : *Les roches bleues de l'Empire colonial*, Centre d'histoire d'études judiciaires, 2004 ; B. DURAND et E. GASPARINI (dir.), *Le juge et l'outre-mer*, t. 3 : *Médée ou les impératifs du choix*, Centre d'études judiciaires, 2007 ; B. DURAND et M. FABRE (dir.), *Le juge et l'outre-mer*, t. 4 : *Le royaume d'Aiétès : produire de l'ordre*, Centre d'histoire d'études judiciaires, 2008 ; B. DURAND, M. FABRE et M. BADJI, *Le juge et l'outre-mer : justitia illiterata, æquitate uti ?*, t. 5 : *Les dents du dragon*, Centre d'histoire d'études judiciaires, 2010 ; B. DURAND et M. FABRE, *Le juge et l'outre-mer : justitia litterata, æquitate uti ?*, t. 6 : *La conquête de la Toison*, Centre d'histoire d'études judiciaires, 2010 ; B. DURAND, B. MAMADOU et T. SAMBA, *Le juge et l'outre-mer*, t. 7 : *Le retour d'Orphée*, Centre d'histoire d'études judiciaires - Mission de recherche Droit et Justice - Université Cheik Anta Diop, 2014 ; M. FABRE et D. TAURISSON-MOURET, *Le juge et l'outre-mer : Le repli de l'État la mort d'Eurydice*, t. 8 : *Décolonisations*, Centre d'histoire d'études judiciaires, 2013 ; M. FABRE, *Le juge et l'outre-mer : Le repli de l'État, la mort d'Eurydice*, t. 9 : *Décolonisations*, Centre d'histoire d'études judiciaires - Mission de recherche Droit et Justice, 2013 ; E. GOJOSO, D. KREMER et A. VERGNE (dir.), *Les colonies. Approches juridiques et institutionnelles de la colonisation de la Rome antique à nos jours*, Poitiers, Édition de la Faculté de Droit de Poitiers - LGDJ, 2014 ; B. DURAND, *Introduction historique au droit colonial*, Paris, Economica, coll. « Corpus histoire du droit », 2015 ; E. DE MARI, M. FABRE et F. RENUCCI, *Cours d'histoire du droit colonial*, UNF (Université Numérique Francophone), mis en ligne en 2015 ; J.-F. NIORT, *Le Code noir. Idées reçues sur un texte symbolique*, Paris, Éd. du « cavalier bleu », coll. « Idées reçues », 2015.

33 Ce que Mills désigne comme ignorance épistémologique : C. W. MILLS, *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press, 1997, p. 9-19. Les conséquences sur la production du savoir ont été analysées dans le travail désormais classique de Michel-Rolf Trouillot (M.-R. TOUILLOT, *Silencing the Past. Power and the production of History*, Boston, Beacon Press, 1995). S'agissant spécifiquement de l'invisibilisation de la révolution haïtienne, *ibid.*, p. 70-107.

34 E. SAADA, « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2009/1, n° 27 p. 104. V. aussi les travaux d'histoire du droit cités en nbp n° 28.

35 Sans entrer dans les détails, on rappellera que le droit colonial a préfiguré la naissance de plusieurs disciplines, dont la sociologie, l'anthropologie (anciennement ethnologie) ainsi que plusieurs savoirs qualifiés d'africanistes. Sur ce point : P. FAVRE, *Naissance de la science politique en France (1870-1914)*, Paris, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1989, p. 227-231 ; E. SIBEUD, *Une science impériale pour l'Afrique ? La construction des savoirs africanistes en France 1878-1930*, Paris, EHESS, 2002 ; F. AUDREN, E. CHEVREAU, R. VERDIER et H. LÉVY-BRUHL, *Juriste sociologue*, Paris, Mare & Martin, 2018.

de même des traces laissées par la décolonisation ayant engendré un objet « droit de l'outre-mer » ou droits « africains »³⁶.

Le « *moment post-1945* » joue à ce titre un rôle central dans la minoration de la « race » au sein de la discipline juridique contemporaine³⁷. Il constitue tout à la fois une injonction et une obligation morale de réserve quant à l'emploi du mot « race ». Celle-ci n'est définie que négativement : elle n'existe tout simplement pas si ce n'est de manière résiduelle. S'y ajoute le discrédit lié aux déclarations de l'UNESCO sur l'inexistence génétique des « races », ce que les spécialistes qualifient de consensus ontologique³⁸. Ici encore, la complexité du débat impose la prudence pour autant que l'on y intègre les problèmes inhérents aux décolonisations impériales³⁹. Le discrédit lié à l'emploi explicite du mot « race » n'a pas entraîné mécaniquement la fin du racisme : au contraire, il a sans doute contribué à produire un racisme sans « race »⁴⁰.

Un exemple confirme, s'il fallait encore le prouver, l'hypothèse de l'apparition de ce racisme sans « race » : celui de la ratification tardive par la France de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme en 1974. Rappelons que la Convention fut signée dès 1950 à Rome, mais le processus de ratification fut plus long, notamment au regard du contexte de la décolonisation : les réserves exprimées à l'encontre des sanctions militaires et de la possibilité de recours individuels en témoignent⁴¹. L'introduction d'une « clause coloniale » a été l'instrument de la non-application des dispositions de la CESDH aux colonies⁴² ; au-delà de la guerre d'Algérie, l'application de cette clause visait aussi à couper court aux éventuelles

36 F. RENUCCI, art. cit. (n. 26).

37 On renvoie ici à la critique d'après-guerre d'un certain type de positivisme dénoncé par G. Radbruch comme cause d'explication du droit Nazi (G. RABRUCH, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, 1, p. 105-108). Ce que Radbruch impute aux juristes positivistes c'est moins la naissance que l'application scrupuleuse du droit nazi et l'absence de toute résistance morale.

38 *Le racisme devant la science*, Paris, Unesco - Gallimard, 1960 ; sur l'influence symbolique du moment post-1945 dans la construction contemporaine des droits de l'homme : S. MOYN, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press, 2012.

39 E. CUNIN, « L'Unesco à l'origine de l'antiracisme ? Ethnographie historique de la question raciale (1945-1956) », *Critique Internationale*, 2020/1, n° 86, p. 25-43 ; T. SHEPARD, *The Invention of Decolonization. The Algerian War and the remaking of France*, Ithaca, Cornell University Press, 2006.

40 E. BALIBAR et I. WALLERSTEIN, *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, Paris, La Découverte, 2018, p. 55-124.

41 Sur l'analyse juridique de cette question : A. PELLET, « La ratification par la France de la convention européenne des droits de l'homme », *RDJ*, septembre/octobre 1974, p. 1319-1377.

42 La non-ratification fut suggérée par Jean Foyer : E. BONINO, *La France face à la Convention européenne des droits de l'homme (1949-1981)*, thèse Université de Cergy-Pontoise, 2016, p. 359-365 ; sur les réserves du même ordre de la Grande-Bretagne : A. W. BRIAN SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, 2001.

revendications égalitaires liées à la citoyenneté sous la IV^e République. On sait que deux types de citoyennetés furent alors définies : celle de citoyen de l'Union française d'une part et de citoyen français de l'autre. Le constituant apporta à l'égalité proclamée par l'article 82 de la Constitution une réserve de taille à l'article 80 : « *Des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exercent leurs droits de citoyens* ». De fait, il s'agissait de perpétuer sous d'autres formes la distinction entre « indigènes » et « citoyens »⁴³. Le même constat vaut s'agissant de la ratification, elle aussi tardive, en 1971, de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁴⁴. Ces deux textes importants sont adoptés après les indépendances, dans un contexte international de redéploiement de la domination coloniale⁴⁵ et de manière à minorer la responsabilité des anciennes puissances impériales⁴⁶.

Sur ces questions, il faut reconnaître que la doctrine française est restée en marge des travaux qui se sont développés autour de la « race » et des approches postcoloniales depuis les années 70. Pour s'en tenir au droit, on évoquera les *Critical Race Theories* (ci-après CRT) et les *Third World Approaches in International Law* (TWAIL)⁴⁷. Écarter d'un revers de main et dans leur ensemble ces travaux au prétexte qu'ils émanent d'un modèle de société radicalement

43 C. BRUSCHI, art. cit. (n. 23), p. 77-83.

44 La transposition de la loi du 28 mai 1971 n° 71-392 autorisant l'adhésion à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a été âprement discutée au Parlement. Le gouvernement français, en la personne de son ministre des Affaires étrangères, Maurice Schuman estime que la législation française de l'époque (la loi dite « Pleven » n'avait pas encore été votée) satisfait largement en l'état aux exigences internationales. Le gouvernement renâcle en particulier à transposer l'article 4 (incitation, provocation, propagande, haine raciale et actes de violence) et 6 (effectivité des voies de recours effectives). Le vote de la loi semble avoir été guidé par des considérations « opportunistes » puisqu'il se situe au moment du renouvellement du comité d'experts de l'ONU sur la question. Sur ce point : R. BRAHIM, *La race tue deux fois. Une histoire des crimes racistes en France (1970-2000)*, Paris, Syllepse, 2020, p. 160-169.

45 Sur les liens entre la décolonisation et l'émergence du marché unique européen : V. DIMIER, « Recycling Empire. French Colonial Administrator at the Heart of European Development Policy », in M. THOMAS, *The French Colonial Mind* (vol. 1), The University of Nebraska Press, 2012 ; P. HANSEN et S. JONSSON, *Eurafrica. The Untold History of European Integration and Colonialism*, Londres, Bloomsbury, 2015.

46 Par ex, s'agissant du procès de Nuremberg pour les États-Unis qui souhaitent éviter le plus possible que l'issue de ce procès ait des répercussions sur la politique de ségrégation raciale menée en interne : G. MOURALIS, *Le moment Nuremberg. Le procès international, les lawyers et la question raciale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019 ; M. DUDZIAK, *Cold War and Civil Rights. Race and the Image of Democracy*, Princeton University Press, 2011 ; v. aussi : M. BANTON, *The International Politics of Race*, Oxford, Polity Press, 2002.

47 Il n'est pas possible de citer l'ensemble des travaux produits sur le sujet. S'agissant des *Critical Race Theories*, on renverra à : D. BELL, *Race, Racism and American Law*, Little Brown & Co, 1973 ; K. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER *et al.*, *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995 ; K. BRIDGES, *Critical Race Theory. A Primer*, St Paul, Foundation Press, coll. « Concepts and Insights Series », 2019. Pour une explication des difficultés d'introduction des CRT en Europe : M. MÖSCHEL, « Color Blindness or Total

différent du nôtre apparaît peu satisfaisant. D'abord parce que les trajectoires des auteurs qui représentent ces différents courants méritent d'être examinées soigneusement : si la plupart sont localisés aux États-Unis, les influences dont ils sont tributaires ne proviennent pas toutes de cet espace géographique. Les *CRT* ont largement été réceptifs à l'approche structuraliste et poststructuraliste en philosophie ; quant aux *TWAIL*, ils ne constituent qu'un prolongement de ce qu'on a connu sous le terme d'approches tiers-mondistes dans l'espace francophone après les indépendances⁴⁸. Ensuite, mettre à distance les travaux évoqués tout en gommant leur possible comparaison du point de vue des systèmes politiques – républicains – interroge. La comparaison doit-elle être limitée à certains aspects (systèmes constitutionnels par exemple) au détriment d'autres (régimes des discriminations raciales) ?⁴⁹

Divers et pas toujours homogènes, les travaux sur la « race » et les courants postcoloniaux se sont déployés en Europe par plusieurs canaux. Outre les efforts d'adaptation et de prise en considération des spécificités de la « race » en Europe du point de vue des *CRT*, les études postcoloniales se sont implantées en Grande-Bretagne dans le domaine de la philosophie du droit et de la sociologie⁵⁰. Elles proposent un regard original sur la gestion migratoire de

Blindness? The Absence of Critical Race Theory in Europe », *Rutgers Race and Law Review*, 2007, vol. 9, n° 1, p. 57-128.

Sans prétendre à l'exhaustivité : S. GROVOGUI, *Sovereigns, Quasi Sovereigns, and Africans. Race and Self-Determination in International Law*, University of Minnesota Press, 1996 ; A. ANGHIE, B. CHIMNI, K. MICHELSON *et al.*, *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*, Leiden, Nijhoff, 2003 ; A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005 ; B. RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, 2009 ; S. PAHUJA, *Decolonizing International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, 2013 ; J.-M. BARETO, *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publishing, 2013.

48 Par ex : M. BEDJAOUI, *La révolution algérienne et le droit*, Bruxelles, Éd. Association internationale des juristes démocrates, 1961 ; O. UMOZURIKE, *International Law and Colonialism in Africa*, Enugu, Nwamife, 1979 ; ces approches ont fait l'objet en France de la traduction d'un faible nombre de textes dont celui de N. Berman (N. BERMAN, *Passions et ambivalences : le colonialisme, le nationalisme et le droit international* (texte adapté par E. JOUANNET), Paris, Pedone, coll. « CERDIN », 2008 ; M. TOUFAYAN, E. TOURME-JOUANNET et H. RUIZ-FABRI (dir.), *Droit international et nouvelles approches sur le tiers-monde : entre répétition et renouveau*, Paris, Société de Législation comparée, 2013.

49 Pour un tel travail du côté de la science politique : S. MAZOUZ, *La République et ses autres. Politiques de l'altérité dans la France des années 2000*, Lyon, ENS éditions, 2017.

50 P. TUITT, *False Images: Law's Construction of Refugee*, London - New York, Pluto Press, 1996 ; P. GILROY, *There Ain't No Black in the Union Jack*, London, Routledge, 2002, 2nd ed. ; L. FEKETE, *The Free Faces of British Racism*, London, Institute of Races Relations, 2001 ; B. HEPPLE, « Race and Law in Fortress in Europe », *The Modern Law Review*, 2004, vol. 67, n° 1, p. 1-15 ; sans être exhaustif, il convient aussi de mentionner les travaux du centre for research on Race and Law de l'Université de Birkbeck. Plus largement en Europe, v. M. MÖSCHEL, *op. cit.* (n. 13) ; M. MÖSCHEL, « Race in mainland European Legal Analysis: Towards a European Critical Race Theory », *Ethnic & Racial Studies*, 2011, vol. 34, Issue 10, p. 1648-1664 ; C. BARSKANMAZ, « Rassismus,

l'Union européenne⁵¹. L'Europe continentale n'a pas été en reste et on pense ici aux recherches pionnières de R. Banakar dans le domaine de la sociologie du droit de la discrimination raciale⁵².

Le cloisonnement doctrinal ne s'est pas opéré uniquement envers les travaux juridiques étrangers ; il a aussi fonctionné à l'égard des sciences sociales. Alors qu'à la faveur des révoltes de banlieues en 2005, s'est posée la question des usages de la mémoire historique – en l'occurrence la polémique autour du rôle positif de la colonisation inscrit dans une loi⁵³ – les premiers travaux essayant d'éclairer certaines réalités sociales contemporaines à l'aune du passé colonial ont émergé⁵⁴ ; le champ juridique est resté imperméable à

Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory? », *Kritische Justiz*, 2008, 41(3), 296-302 ; A. KÓCZÉ, « Racialization, Racial Oppression of Roma », in I. NESS et Z. COPE (eds), *The Palgrave Encyclopedia of Imperialism and anti-imperialism*, Palgrave MacMillan - Cham, 2021, 2nd ed., p. 124-131 ; s'agissant des études postcoloniales, on renvoie aux travaux de Brenna Bhaandar (B. BHANDAR, *Colonial Lives of Property. Law, Land and Racial Regimes of Ownership*, Duke University Press, 2018). Quelques textes clés peuvent être consultés sur ce dernier courant : E. DARIAN SMITH et P. FITZPATRICK (eds), *Law of the Postcolonial*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1999 ; D. FERREIRA DA SILVA, et M. HARRIS (eds), *Postcolonialism and the Law. Critical Concepts in Law* (vol. III et IV), London - New York, Routledge, 2018.

- 51** Par ex. P. HANSEN, « European Citizenship or where neoliberalism meets ethno-culturalism. Analyzing the European Citizenship discourse », *European Societies*, vol. 2, 2000, p. 139-165 ; P. TUITT, *Race, Law Resistance*, London - New York, Routledge, 2004, p. 55-89.
- 52** R. BANAKAR, *The Doorkeepers of the Law. A Sociolegal Study of ethnic discrimination in Sweden*, Dartmouth Publishing, 1998. V. aussi en Italie : S. FALCONIERI, *La legge della razza. Strategie e Luoghi del discorso giuridico*, Bologne, Il Mulino, 2012 ; A. MENICONI et M. PEZZETI, *Razza e in Giustizia. Gli avvocati e I magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, Rome, Consiglio Superiore della Magistratura, 2018.
- 53** Loi du 23 février 2005 n° 2005-158, portant reconnaissance de la nation et contribution nationale en faveur des français rapatriés (art., 1, 4 al. 2, 13). Par une décision n° 2006-203 L du 23 janvier 2006, le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 37 al. 2 de la Constitution (procédure de délégalisation) a estimé que l'article 4 al. 2 (cherchant à valoriser le rôle de la colonisation française dans les programmes scolaires et universitaires) relevait du pouvoir réglementaire.
- 54** N. BANCEL, *Les mouvements étudiants noirs en France (1945-1960). Problèmes particuliers et perspectives*, thèse Université Paris 1, 1989 ; P. BLANCHARD et N. BANCEL, *De l'indigène à l'immigré*, Paris, Gallimard, 1988 ; P. BLANCHARD, *Nationalisme et colonialisme. Idéologie coloniale, discours sur l'Afrique et les africains de la droite nationaliste française, des années 30 à la révolution nationale*, thèse Université Paris 1, 1994 ; S. THÉNAULT, *La justice dans la guerre d'Algérie*, thèse Université Paris 10, 1999 ; C. LIAUZU, « Immigration, colonisation et racisme : pour une histoire liée », *Hommes & Migrations* (n° spécial, *L'héritage colonial*), n° 1228, novembre-décembre 2000, p. 5-14 ; A. SPIRE, *Étrangers à la carte : l'Administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Paris, Grasset, 2005 ; P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Folio, 2005 ; S. LAURENS, *Hauts fonctionnaires et immigration en France (1962-1981)*, thèse EHESS, 2006 ; P. WEIL et S. DUFOIX (dir.), *L'esclavage, la colonisation et après...*, Paris, PUF, 2005 ; R. BERTRAND, *Mémoire d'Empire : la controverse autour du fait colonial*, Paris, Éd. du Croquant, 2006 ; E. SAADA, *Les enfants de la Colonie : les mépris de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté (1890-2000)*, Paris, La Découverte, coll. « L'espace de l'histoire », 2007 ; G. NOIRIEL, *Immigration, racisme et antisémitisme en France (XIX^e-XX^e siècle). Discours publics, humiliations privées*, Paris, Fayard, 2008 ; G. NOIRIEL, *Le creuset français. Histoire de l'immigration (XIX^e-XX^e siècle)*, Paris, Points, 2016.

cette nouvelle orientation. Si le constat de cette clôture propre à la discipline à l'égard de l'extérieur n'a rien de nouveau, force est de remarquer que, pour une grande partie, ces recherches en sciences sociales ont entrepris d'examiner de plus près le matériau juridique (entre autres, L. Blévis, A. Hajjat, S. Larcher, I. Merle, S. Mazouz, S. Laurens, E. Saada, A. Spire, S. Thénault). De même, les recherches menées du côté de la philosophie politique ont fait état de la part prise par les hiérarchies raciales chez des auteurs comme Kant ou Hume⁵⁵. Une telle critique ne s'est évidemment pas accompagnée d'un rejet pur et simple de la philosophie des Lumières dans son ensemble, mais bien de son réinvestissement par d'autres voies⁵⁶.

Travailler la « race » en droit nécessite de prendre en considération les travaux menés ces dernières années à partir du matériau juridique dans le domaine des sciences sociales. Le droit positif apparaît marqué par l'héritage de l'après-guerre. Un héritage qui, dans la tradition d'un antiracisme moral formulé dans les années 70, réduit la « race » à sa plus simple expression nominale ; un héritage totalement décontextualisé au regard de l'apparition historique de la « race » en France dès l'avènement de la Révolution. La « race » n'existe en somme juridiquement que pour mieux s'en départir.

Le paradoxe est donc le suivant : alors que les dispositions légales censées lutter contre le racisme reposent sur un dispositif international, européen et national conséquent, l'interprétation juridictionnelle issue de ce dispositif ne semble pas à la hauteur des dispositions légales auxquelles elle se réfère. Elle reste disparate selon les juges et les matières, mais il est possible de constater une réticence des interprètes authentiques à reconnaître l'existence d'une discrimination raciale lorsque cette dernière n'est pas explicite. Entendons : manifestement explicite (I). C'est que les discours qui se réfèrent au terme de « race » font souvent peu l'objet d'une explicitation autre que celle d'une mise à distance de principe. Les causes de ces réticences ont été évoquées. Dans l'esprit d'un juge ou de la grande majorité de la doctrine, les « races » n'existent pas (et ne doivent pas exister). Par conséquent, il n'y a pas lieu de se pencher sur un concept inexistant. En pratique pourtant, les discriminations raciales perdurent. Pour y répondre, les juges procèdent généralement par voie détournée. On observe cette même réticence dans les débats doctrinaux autour

55 R. BERNASCONI, « Who Invented the Concept of Race? Kant's Role in the Enlightenment construction of Race », in R. BERNASCONI (ed.), *Race*, Malden, MA, Blackwell, 2001, p. 11-36 ; N. ZACK, « Philosophical Racial Essentialism: Hume and Kant », in N. ZACK (dir.), *Philosophy of Science and Race*, New York - London, Routledge, 2002, p. 9-24. S'agissant des rapports entre la philosophie de Kant et le féminisme : C. HAY, *Kantianism, Liberalism and Feminism: Resisting Oppression*, New York, Palgrave MacMillan, 2013.

56 C. W. MILLS, « Black Radical Kantianism », *Res Philosophica*, 2017, vol. 95, n° 1, p. 1-33. En français, on renvoie au travail P. BLITSTEIN et C. LEMIEUX, « Comment rouvrir la question de la modernité », *Politix*, 2018/3, n° 123, p. 7-33 ; A. LILTI, *L'héritage des Lumières. Ambivalences de la modernité*, Paris, Seuil, 2019.

de la suppression du mot « race » de la Constitution. La doctrine ne mobilise pas à proprement parler de concept de « race » : s'agissant du droit constitutionnel, elle fait plutôt appel à un ensemble d'arguments d'ordre politico-juridique en faveur ou contre la suppression du mot « race » de la Constitution. Ce débat alimente par ailleurs les propositions de réforme parlementaire sur le sujet. On pourrait penser que le champ des discriminations constitue l'autre domaine par excellence d'une discussion autour du concept de « race », à travers la discrimination raciale. Il n'en est rien. Le discours doctrinal s'attache plutôt à débattre des possibles conséquences liées à l'introduction d'un principe de non-discrimination issu du droit européen. L'accent est mis sur l'opposition entre non-discrimination et principe d'égalité. Cette manière globale de poser les termes du débat – opposant modèle de société française *vs* modèle anglo-américain – constitue une des raisons qui empêche d'aborder la discrimination raciale dans sa singularité historique, ce qui pose la question de savoir s'il est possible de penser la discrimination raciale sans concept de « race » préalable (II). Nous proposons de sortir d'une telle binarité (modèle français *vs* modèle anglo-américain) en convoquant un concept critique de « race » qui *prenne au sérieux* la spécificité française du traitement de la « race » en droit. La « race » – entendue comme le produit d'une forme de domination fondée sur l'assignation sociale phénotypique, religieuse ou culturelle, *etc.* – constitue un fait social spécifique. Une telle spécificité nécessite d'être conceptualisée et contextualisée sur le long terme. Elle ne peut se réduire à la transposition pure et simple du terme de *colorblindness*⁵⁷ inspiré de la doctrine américaine (III).

I. LA MINORATION DE LA « RACE » DANS LE TRAITEMENT JURIDIQUE DES DISCRIMINATIONS RACIALES

De prime abord les dispositions légales en droit positif français et européen répondent, du point de vue des canons ordinaires, à ce que l'on pourrait attendre d'un dispositif juridique en matière antiraciste⁵⁸. On pourrait

57 « *Colorblindness* » est un terme tiré de l'opinion dissidente du juge Harlan dans l'arrêt *Plessy c. Ferguson*, réinvesti par plusieurs conservateurs issus du monde judiciaire après la ségrégation. Ce réinvestissement opéré dès les années 70, est dénoncé par les CRT, car il aboutit en pratique à nier les acquis engendrés en matière de discrimination positive. Cette politique d'amnésie a été perçue comme une entreprise réactionnaire par les CRT. Dans la troisième partie, nous discutons pour le nuancer, l'application de ce terme au droit français. Le concept de « race » proposé dans cette étude ne s'y réduit pas.

58 L'analyse du droit positif ici proposée ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle souligne toutefois un certain nombre de grandes tendances jurisprudentielles quant à l'interprétation contemporaine des dispositions antiracistes.

résumer la situation en citant cet extrait des conclusions de l'avocat général N. Wahl sur lesquelles nous reviendrons dans cette partie : « [...] *il est nécessaire, d'emblée et en vue de lutter contre toute forme de racisme, de définir préalablement la notion de « race » elle-même. Or, le simple fait de chercher à préciser cette notion est progressivement devenu inacceptable dans nos sociétés modernes* »⁵⁹. Tant en droit interne (A) qu'européen ou international (B), les manifestations du racisme sont rigoureusement encadrées et sanctionnées par les textes en vigueur. L'interprétation dont font l'objet ces différentes dispositions légales est, quant à elle, beaucoup plus nuancée à telle enseigne qu'il faut interroger un tel décalage (C).

A. Aperçu du régime de l'antiracisme en droit interne

Par souci de clarté, on fera état des principales dispositions légales (1) avant d'en venir à l'interprétation dont elles font l'objet tant par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État que la Cour de cassation (2).

1. Les formulations disparates des dispositions légales en matière de lutte contre le racisme

Le point de vue dogmatique, propre à tout travail de base du juriste universitaire consistant à évaluer et proposer une systématisation cohérente de l'ordre juridique, invite d'emblée à la prudence quant à l'usage du mot « race » au regard du droit positif français. Deux précautions méritent d'être formulées à cet égard. La première entend distinguer le traitement juridique de la « race » du racisme compris ici comme un phénomène social plus large⁶⁰. Autrement dit, le régime juridique propre aux discriminations raciales n'épuise nullement la complexité du fait social qui en est la base. Une seconde précaution tient dans le manque d'analyses empiriques disponibles du traitement par l'institution judiciaire de la « race »⁶¹. Les études sur la

⁵⁹ Conclusions du 1^{er} décembre 2016, aff. C-668/15, *Jyske Finans A/S c./ Ligebehandlingsnævnet, agissant pour Ismar Huskic*, § 31.

⁶⁰ On renvoie sur l'analyse de la « race » comme phénomène social à : P. ESSED, *Understanding Everyday Racism. An Interdisciplinary Theory*, Newbury Park - London - New Delhi, Sage Publications, coll. « Race and Ethnic Relations » 1991 ; E. et D. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale. Représenter la société française*, Paris, La Découverte, coll. « cahiers libres », 2006 ; M. EBERHARD, « De l'expérience du racisme à sa reconnaissance comme discrimination. Stratégie discursive et conflit d'interprétation », *Sociologie*, 2010/4, vol. 1, p. 479-495 ; F. DUBET, O. COUSIN, E. MACE *et al.*, *Pourquoi moi ?* Paris, Seuil, 2013. Plus récemment : J. TALPIN, M. CARREL, H. BALAZARD *et al.*, *L'épreuve des discriminations : enquête dans les quartiers populaires*, Paris, PUF, 2021.

⁶¹ Le rapport 2018 publié par la CNCDH concernant le racisme fait état d'un taux de réponse pénale de 85 % en 2017. Or ce taux, rappelle encore le rapport, est sensiblement inférieur à la moyenne

perception d'actes identifiés comme « racistes » par l'institution judiciaire⁶², ou encore la représentation ordinaire qu'ils se font de la capacité de la justice à trancher les discriminations dont ils font l'objet font encore largement défaut en droit interne et européen⁶³.

La formulation des principales dispositions antiracistes présente un caractère disparate. À côté des cas de discrimination prévus à l'article L. 1132-1 du Code du travail, figure un ensemble de dispositions pénales dont l'agencement apparaît plus éclaté. Les articles 32 al. 2 et 33 al. 3 de la loi de 1881 instaurent un régime spécial en matière de diffamation et d'injure raciales publiques ; inspiré de cette première législation historique⁶⁴, l'article R. 625-8-2 du Code pénal prévoit une contravention en matière de diffamation et d'injure raciales non publiques. L'article L. 132-76 du même Code instaure ensuite une circonstance aggravante pour tout crime ou délit « précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnique, une nation ou une religion déterminée ». Enfin, l'article 225-1 réprime de son côté, toute forme de discrimination, y compris raciale, susceptible de porter atteinte à la dignité de la personne.

En matière de discrimination, la loi du 27 mai 2008 dispose : « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence

générale de la réponse pénale (87,6 %). De même, le rapport fait état, dans le domaine des infractions à caractère racial, d'un taux de relaxe (18 %) sensiblement plus élevé que le taux de relaxe général (7 %). Rappelons que le rapport publié par la CNCDH ne porte que sur les infractions figurant dans le Code pénal au titre des crimes, délits et contraventions à caractères racistes. Les données statistiques manquent encore dans les domaines du droit du travail, droit public ou droit civil : Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, 2018, p. 54-57.

Quelques rares analyses sociologiques permettent de se faire une idée plus fine de l'hypothèse du manque suffisant de réponse pénale s'agissant des infractions racistes. V. A. HAJJAT, N. KEYHANI et C. RODRIGUES, « Infraction raciste (non) confirmée. Sociologie du traitement judiciaire des infractions racistes dans trois tribunaux correctionnels », *RFSP*, 2019/3, vol. 69, p. 407-438 ; A. HAJJAT, N. KEYHANI et C. RODRIGUES, « Saisir le racisme par sa pénalisation ? Apports et limites d'une analyse fondée sur les dossiers judiciaires », *Genèses*, 2019/3, n° 116, p. 125-144.

62 A. ABEL, R. W. FELSTINER et A. SARAT, « The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming », *Law and Society Review*, n° 3-4, vol. 15, p. 361-654 ; R. ABEL, « Speaking Law to Power », in A. SARAT et S. SCHEINGOLD, *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 69-103, spéc. p. 87-103.

63 L. BERENI et V.-A. CHAPPE, « La discrimination : de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, 2011, n° 94/2, p. 7-34 ; V.-A. CHAPPE, *L'égalité au travail. Justice et mobilisations contre les discriminations*, Paris, Presses de Mines, coll. « Sciences sociales », 2019.

64 Elle même issue de la loi dite « Pleven » : loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable »⁶⁵. La loi du 13 juillet 1983 dite « Le Pors » emploie, dans le domaine de la fonction publique, une tournure analogue, quoique différente : « *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race* »⁶⁶.

Tout au moins, faut-il souligner les différences de tournures dans les textes mentionnés : certains faisant état « *d'une prétendue race* », pendant que d'autres mentionnent l'appartenance « *vraie ou supposée à une ethnie ou une race* ». D'autres textes, notamment l'article 1^{er} de la Constitution, mentionnent sans autre précaution, le mot « race » : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Si elles poursuivent toutes le même objectif – la lutte contre le racisme et les préjugés qui lui sont attachés –, ces trois modalités de rédaction font écho à au moins deux manières de se représenter la « race ». La première entend lutter contre l'existence de préjugés raciaux, tout en laissant entendre au lecteur averti que les « races » ne constituent qu'une illusion ; les deux dernières formulations entendent aussi lutter contre l'existence de préjugés raciaux, sans pour autant prendre la peine d'insister sur le fait que les « races » ne seraient qu'une illusion. Ces deux modes de représentation, on va le voir, renvoient à deux manières de penser le racisme et l'antiracisme⁶⁷.

⁶⁵ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : article 1. Pour une présentation exhaustive du droit de la non-discrimination : S. BENICHO, *Le droit à la non-discrimination « raciale ». Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse Paris Nanterre, 2011. Plus récemment : R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, thèse Paris Nanterre, 2020.

⁶⁶ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 6 al. 1.

⁶⁷ On renvoie sur ce point à la seconde partie de ce travail portant sur l'analyse des arguments doctrinaux.

Un exemple permet d'illustrer cette dernière affirmation. L'article L. 132-76 du Code pénal relatif entre autres, au régime de l'injure raciale désormais modifié par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, dispose : « *Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets, ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou **supposée, à une prétendue race**⁶⁸, une ethnïe, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit [...]* » Une formulation analogue se retrouve dans d'autres dispositions plus générales du Code pénal (art. L. 225-1 à 225-4 chap. V, sect. 1 consacrée à la dignité de la personne et L. 423-7). La circulaire du 27 avril 2017 qui accompagne la loi du 27 janvier apporte un éclairage sur l'économie globale des modifications opérées ces dernières années autour de l'usage normatif du mot « race »⁶⁹. L'argument sous-jacent est formulé au point 1.1.2 : « [...] *le législateur ayant uniquement remplacé la référence à la race par la mention de la 'prétendue race', afin de ne pas donner l'impression que la loi reconnaît l'existence des races parmi les êtres humains. Cette différence de rédaction ne modifie en rien le fond du droit* »⁷⁰. La nouvelle formulation évoquée n'est pas limitée au droit pénal. L'article L. 1132-1 du Code du travail est rédigé de manière similaire : on ne parle pas de « race », mais d'une « *supposée appartenance raciale ou ethnique* ».

L'introduction de l'expression « *supposée et prétendue race* » ne date pas d'hier. Elle s'est très tôt imposée avec la loi du 7 juin 1977⁷¹. La « race »

⁶⁸ Nous soulignons.

⁶⁹ Circulaire du 20 avril 2017 de présentation des dispositions de droit pénal ou de procédure pénale de la loi n° 2017-86 du 27 janvier relatif à l'égalité et à la citoyenneté, NOR : JUSD17120660C.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁷¹ Loi n° 77-574 du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d'ordre financier, *JO*, 8 juin 1977, p. 3151 : « Art. 187-2 : *Les peines énoncées à l'article 187-1 sont également applicables à tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de service public qui, par son action ou son omission, aura contribué à rendre plus difficile l'exercice d'une quelconque activité économique dans des conditions normales :*

1° *Par toute personne physique à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnïe, une race ou une religion déterminée ;*

2° *Par toute personne morale à raison de l'origine nationale, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnïe, une race ou une religion déterminée, de ses membres ou de certains d'entre eux, de ses dirigeants ou de certains d'entre eux ».*

Cette formulation est reprise dans la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Les principaux textes du droit de l'Union parlent eux de « race » tout en prenant soin de préciser dans les considérants explicatifs que : « *L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot 'race' dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories* » (directive 2000/43 CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique) ; v. aussi : Résolution du 23 juillet 1996 concernant l'année européenne contre

à laquelle il est fait ici référence (ou de laquelle le législateur souhaiterait se démarquer) est celle biologique. Dans le même temps, d'autres textes s'éloignent d'une stricte réduction de la « race » entendue dans un sens biologique pour y inclure des aspects sociaux. Tel est le cas de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 précitée⁷².

2. *L'interprétation jurisprudentielle
rendue par le Conseil constitutionnel,
l'ordre administratif et judiciaire*

Du côté du droit public, peu de décisions se réfèrent explicitement à des dispositions antiracistes. S'agissant du Conseil constitutionnel, il faut noter la décision du 15 novembre 2007. Porté par plusieurs parlementaires, le recours contre la loi sur la maîtrise de l'immigration à l'intégration et à l'asile a été rejeté. En particulier, le Conseil censure un « cavalier législatif » visant à instaurer, en matière de lutte contre les discriminations, l'utilisation de statistiques, reposant sur l'origine ethnique et raciale. Le rejet se fonde sur une interprétation très formaliste de l'article 1^{er} de la Constitution qui interdit toute forme de distinction de ce type : « *Considérant que, si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ; qu'en tout état de cause, l'amendement dont est issu l'article 63 de la loi déferée était dépourvu de tout lien avec les dispositions qui figuraient dans le projet dont celle-ci est issue ; que, l'article 63 ayant été adopté au terme d'une procédure irrégulière, il convient de le déclarer contraire à la Constitution* »⁷³.

L'analyse des décisions antérieures rendues par le juge administratif n'est pas, dans l'esprit, si différente du raisonnement proposé par le Conseil

le racisme, *JOCE*, C 237/1, 14-15 août 1996 ; règlement n° 1035/97 du 2 juin 1997 portant création de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, *JOCE*, L. 1521, 10 juin 1997 ; directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JO*, L. 180/22 du 19 juillet 2000 ; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE*, L. 303/16 du 2 décembre 2000 ; directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JO*, L. 269 du 5 octobre 2002.

72 Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, article 2.

73 Conseil constitutionnel, décision n° 2007-577 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. n° 29. Historiquement, la présence du mot « race » fut introduite afin de dissoudre les ligues d'extrême droite.

constitutionnel⁷⁴. C'est à l'aune de l'article 1^{er} de la Constitution (et souvent par préférence à d'autres moyens invoqués devant lui, notamment d'ordre conventionnel)⁷⁵ que le juge administratif examine les allégations de discriminations raciales ou ethniques⁷⁶. La reconnaissance d'une discrimination raciale nécessite, pour être admise, d'être explicite : ainsi en est-il d'un jury d'examen posant à un candidat d'origine maghrébine des questions sur sa pratique religieuse⁷⁷.

Devant le Conseil d'État statuant au contentieux⁷⁸, les moyens les plus fréquemment avancés faisant mention du terme « race », sont relatifs à l'article 1^{er} paragraphe 2 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. En cette matière touchant le contentieux de l'asile, peu d'arrêtés consacrent – en raison de la multiplicité des critères liés aux craintes de persécution dans le pays d'origine – un motif particulier à la « race »⁷⁹. Cela n'a rien d'étonnant, quand on sait que le contrôle opéré par le Conseil d'État dans le domaine de l'asile se limite à un contrôle de cassation. Revenir sur l'appréciation des faits importe moins que l'erreur de droit. Les articles 1 A (2) et 3 de la Convention et protocole relatifs au statut des réfugiés constituent deux autres dispositions conventionnelles qui mentionnent le mot « race » dans leurs énoncés respectifs, mais qui, lorsqu'elles sont interprétées par le Conseil d'État, s'attardent peu sur le critère racial.

Plus rarement, les articles 10 de la DDHC ou 212-1 du Code de la sécurité intérieure en matière de perquisition administrative sont invoqués dans le cadre de la dissolution d'associations liées à une entreprise terroriste. Cette dernière disposition mentionne le mot « race », sans que la « race » ne fasse, là encore, l'objet d'une attention particulière du juge⁸⁰.

74 O. SCHRAMECK, « Droit public et lutte contre le racisme », *LPA*, n° 126, octobre 1996, p. 4-8.

75 CE, 5 mai 2008, *GISTI*, n° 294056 ; CE, 5 mai 2008, *Mme Koubi*, n° 293934.

76 CE, 28 mai 2010, *Balta et Opra*, n° 337840 ; CE, 7 avril 2011, *Association SOS Racisme-Touche pas mon Pote*, n° 343387.

77 CE, 10 avril 2009, *El Haddioui*, n° 311888. Quant à la preuve, il faut, pour qu'une discrimination directe soit reconnue, que soit établi, pour une situation comparable, un traitement « défavorable » ou moins favorable ; plus rarement, dans le cas d'une discrimination indirecte, il convient d'apporter la preuve d'un « désavantage particulier » provenant d'une mesure en apparence neutre. Pour une discussion sur la preuve des discriminations en droit administratif : C. LANTERO et F. CAFARELLI, « L'utilisation des données empiriques dans le cadre du contrôle des discriminations par le juge administratif », *RFAP*, 2020/1, n° 173, p. 43-53.

78 Soit 39 décisions, dont celles ne figurant pas au recueil. La recherche couvre les années 2017 à 2021.

79 Que l'on distingue des interprétations faisant référence à « l'ethnie » soit pour refuser la protection de la Convention de Genève, soit pour l'admettre. Le terme « d'ethnie » n'étant d'ailleurs pas clairement défini par les différents arrêts et la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile. On reviendra plus loin pour la CEDH, sur les difficultés liées à la mobilisation d'un tel concept.

80 Pour une exception récente : CE, ord., 25 novembre 2020, *Association Barakacity*, n° 445774 et 44594 ou le juge des référés rejette le recours de l'association Barakacity, entre autres, pour incitation à la haine raciale. Historiquement, cette disposition tirée du 6^e de l'article L. 212-1 est issue de la loi du 1^{er} juillet 1972 précitée.

La moisson concernant la période ciblée (2017-2021) semble donc maigre de prime abord. Seuls trois arrêts font explicitement mention de motifs ou de moyens liés à des faits discriminatoires fondés sur la « race ». Le premier se fonde sur l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁸¹. Garant de la régulation hertzienne, le CSA accompagne l'autorisation d'émettre sur le territoire, d'une convention qui lui est annexée. Au nombre des dispositions de cette convention, il est prévu la « [...] *la prohibition des encouragements à la discrimination et à la maîtrise de l'antenne* ». C'est au regard d'une telle obligation que le Conseil d'État rejette l'annulation demandée par *Radio Courtoisie*, de la décision de sanction prise par le CSA fondée sur des propos d'un animateur affirmant que : « *les races ne sont pas égales et ne peuvent pas l'être, car l'égalité n'est pas dans la nature et que l'augmentation de la population noire en France, qu'il désigne sous le terme de mélanisation de la France, est absolument incompatible avec le maintien de l'identité de la France ; [...] il existerait un seuil de tolérance au-delà duquel l'installation d'une population noire dans un quartier entraînerait la fuite de la population blanche ; que, le 28 mars 2016, l'un de ses invités a soutenu que l'Islam était une religion épouvantable [...] une religion de haine* »⁸². Le dispositif de l'arrêt confirme l'amende de 25 000 euros prononcée par le CSA.

Le deuxième arrêt porte sur une affaire plus médiatique : celle de l'organisation durant l'année 2017, d'un camp d'été dit « décolonial ». Ledit camp était réservé aux personnes non blanches subissant à titre personnel le « racisme d'État » en contexte français. Saisi en référé sur le fondement de l'atteinte à une liberté fondamentale – en l'occurrence étaient visés la dignité humaine et le droit de ne pas être victime de discrimination raciale –, le juge administratif rejette les requêtes. Les motifs du rejet sont, du point de vue du droit administratif, très classiques. Il était question pour le requérant d'enjoindre à l'autorité détentrice d'un pouvoir de police générale (Premier ministre, ministre de l'Intérieur) d'en faire usage dans le but d'interdire la tenue du camp d'été « décolonial ». Le juge administratif rejette la requête en affirmant, dans cette affaire, que l'autorité de police générale n'est pas

81 L'article dispose que le CSA veille « à ce que la diversité de la société française soit représentée dans les programmes des services de communication audiovisuelle et que cette représentation soit exempte de préjugés » (al. 3), à contribuer « aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle » (al. 4), à assurer « le respect des droits des femmes dans le domaine de la communication audiovisuelle » en veillant à « l'image des femmes qui apparaît dans ces programmes, notamment en luttant contre les stéréotypes, les préjugés sexistes, les images dégradantes, les violences faites aux femmes et les violences commises au sein des couples » (al 5). Son article 15 ajoute qu'il « veille enfin à ce que les programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle ne contiennent aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de mœurs, de religion ou de nationalité ».

82 CE, 17 décembre 2018, 5^e et 6^e ch. réunies, n° 416311, § 10.

nécessairement tenue de faire usage des pouvoirs qui lui sont attribués⁸³. De surcroît, il n'est pas démontré en l'espèce « [...] *une atteinte manifestement illégale portée par une autorité administrative à une liberté fondamentale qu'il appartient au juge administratif des référés de faire cesser* ». Au-delà des questions liées à l'encadrement du pouvoir de police générale, les requérants souhaitent obtenir la reconnaissance symbolique du racisme « anti-blanc ». Le juge n'y répond pas, préférant s'en tenir à l'examen de l'encadrement du pouvoir de police administrative.

Inversement, l'atteinte à la « dignité » a récemment été invoquée devant un tribunal administratif à l'encontre de la tenue d'un bal intitulée « *La nuit des noirs* »⁸⁴. Les associations requérantes, le CRAN (Conseil représentatif des associations noires) et l'ANC (Alliance noire citoyenne) souhaitent faire reconnaître par le juge des référés, sur le fondement de l'article L. 2212-2 du CGCT, le trouble à l'ordre public résultant de l'organisation de ce bal par la ville de Dunkerque. En l'espèce, il était demandé l'annulation de cette soirée en raison des « *stéréotypes discriminatoires encourageant le racisme* ». Ici encore, les associations requérantes souhaitent qu'il soit mis fin à la pratique dite de « *Black Face* », tant décriée ailleurs⁸⁵. Le juge rejette les requêtes en estimant légale l'abstention des autorités détentrices du pouvoir de police générale et spéciale – maire, sous-préfet, ministre de l'Intérieur. Pour le tribunal, une telle abstention se justifie, car il n'est pas démontré que la manifestation pourrait engendrer un risque d'infraction raciste ou de trouble à l'ordre public. Si le juge administratif admet le caractère choquant de telles représentations, il estime toutefois qu'elles s'inscrivent dans « *le contexte burlesque général des festivités du carnaval de Dunkerque [...]* »⁸⁶. En dehors de situa-

⁸³ CE, 23 octobre 1959, *Sieur Doublet*, n° 40922. S'agissant de l'arrêt proprement dit : CE., ord. du 11 août 2018, *M. Dupont-Aignan*, n° 413354, note. D. FALLON, « Police administrative et libertés fondamentales : quand l'administration peut rester passive », *AJDA*, avril 2018, p. 754-759.

⁸⁴ Ce bal était organisé dans le cadre du festival de Dunkerque : TA Lille, ord. du 9 mars 2018, n° 1802009, comm. D. FALLON, *AJCT*, 2018, p. 399. Le jugement s'inscrit dans l'arrêt antérieur du Conseil d'État relatif à la pâtisserie dénommée « tête de nègre » : CE, ord. du 16 avril 2015, *Conseil représentatif des associations noires de France* (CRAN), n° 389372. V. aussi : CE, ord. du 11 décembre 2014, *Centre Dumas-Pouchkine des Diasporas et Cultures Africaines*, n° 386328.

⁸⁵ A. G. BARTHELEMY, *Black Face, Maligned Race: The representation of Black in English dram from Shakespeare to Southerne*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1987.

⁸⁶ TA Lille, 9 mars 2018, ord. n° 1802009, préc. (n. 84), cons. n° 5 : « *Considérant que l'organisation de la soirée intitulée 'La nuit des noirs' au cours de laquelle les participants se griment en noir et revêtent les tenues traditionnelles des tribus africaines, s'inscrivant délibérément dans l'iconographie colonialiste, est de nature à choquer ; que, toutefois, l'abstention puis le refus du maire de Dunkerque, du sous-préfet de l'arrondissement et du ministre de l'Intérieur de faire usage de leurs pouvoirs de police pour y mettre fin, ne constituent pas en eux-mêmes, compte tenu du contexte burlesque général des festivités du carnaval de Dunkerque et eu égard à l'absence de justifications de risques de commission d'infractions à caractère racial et de troubles à l'ordre public qui pourraient en résulter, une illégalité manifeste portant atteinte à une liberté fondamentale qu'il appartiendrait au juge administratif des référés de faire cesser* ».

tions flagrantes⁸⁷, la manière d'aborder les discriminations raciales se caractérise, par la tentation pour le juge administratif, de se maintenir sur le terrain de la rupture d'égalité⁸⁸. Cette ligne jurisprudentielle est d'ailleurs partagée par le Conseil constitutionnel depuis plusieurs années⁸⁹. Contrairement à la preuve d'une discrimination, la rupture d'égalité ne nécessite pas une motivation conséquent.

L'observation n'est guère différente du côté du juge judiciaire, même si la jurisprudence apparaît plus fournie⁹⁰. En matière d'injure et d'incitation à la haine raciale, la Cour de cassation met en balance la liberté d'expression et l'injure raciale proprement dite : la première étant généralement privilégiée par rapport à la seconde⁹¹. Les motifs prennent acte, en particulier, lorsqu'ils ont trait d'une manière ou d'une autre à la liberté d'expression – entendue ici *lato sensu* – du caractère choquant d'une expression ou d'un acte sans pour autant en censurer le contenu. Quant aux discriminations énumérées à l'article 1132-1 du Code du travail, si elles font une mention explicite de la discrimination raciale, les conséquences liées à ce dernier type de discrimination sont généralement reconnues avec prudence par la chambre sociale⁹² ; il semble, sur ce dernier point, que les juges soient réceptifs à reconnaître

87 Tel est le cas durant les années 80, lorsque la ville de Paris avait institué une allocation de congé parental d'éducation au bénéfice de seuls ressortissants français résidant au sein de cette ville. Le Conseil d'État a jugé non seulement que la mesure créait une rupture d'égalité entre nationaux et non-nationaux, mais il reconnaît aussi l'existence d'une « discrimination » : CE, 30 juillet 1989, *Ville de Paris*, req. n° 78113.

88 Ce constat est relevé dans un rapport de recherche sur les discriminations : D. ADOLFATTO, C. BUGNON, L. DECHÂTRE *et al.*, *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, GIP Mission de Recherche Droit et Justice, 2016, p. 107-116.

89 Ce dont témoigne le contentieux dit de la cristallisation des pensions qui prend pourtant racine dans l'histoire coloniale et postcoloniale de la France. Dans aucune des décisions rendues par les juges, un tel héritage n'est mentionné non plus que le mot de discrimination : CE, Ass., 30 novembre 2001, *ministre de la Défense c./ M. Diop, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c./ M. Diop*, req. n° 212179 ; décision n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *consorts L.*

90 La chambre sociale a reconnu dès les années 90, les discriminations fondées sur l'origine : Cass. soc., 8 avril 1992, n° 90-41.276 ; Cass. soc., 10 février 1998, n° 95-42.315. Si la « race » n'est pas mentionnée dans ces deux arrêts, la chambre sociale se réfère au préambule de la Constitution de 1946 rappelant que tout être humain sans distinction de race, religion, croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.

91 Pour des exemples récents en la matière : Cass. crim., 13 novembre 2019, n° 18-85371 ; Cass. crim., 13 novembre 2019, n° 18-85267 ; Cass. crim., 17 septembre 2019, n° 18-85306 ; Cass. crim., 15 octobre 2019, n° 18-85366 ; Cass. crim., 4 juin 2019, n° 18-82742 ; Cass. crim., 8 janvier 2019, n° 18-81286. Sur cette question : N. DROIN, « L'appréhension des discours de haine par les juridictions françaises : entre travail d'orfèvre et numéro d'équilibriste », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], 14|2018, mis en ligne le 21 juillet 2018, consulté le 26 décembre 2020, <http://journals.openedition.org/revdh/4302> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.4302> ; pour un exposé exhaustif du raisonnement des juges en la matière : E. DREYER, « Injures publiques et non publiques », *Répertoire Dalloz IP/IT et Communication*, § 48-74.

92 V. par exemple le refus de censure d'un arrêt d'appel considérant que des propos racistes ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement : Cour de cassation à l'encontre d'un arrêt

une discrimination raciale s'agissant du traitement d'inégalités salariales qui touchent autant au recrutement qu'à l'évolution de carrière⁹³. Si la chambre sociale fait naturellement référence au mot « race » contenu dans l'article L. 1132-1, l'interprétation qui en est issue donne l'impression d'une euphémisation assumée : la « race » laisse alors la place à la qualification de « *discrimination en raison des origines, de son ethnie ou de l'appartenance à une nation* »⁹⁴. L'expression simple de « discrimination » peut aussi être retenue par préférence à celle de discrimination raciale ainsi que l'illustre un arrêt en matière de discrimination à l'embauche chez *Airbus*⁹⁵. Plus rarement, la chambre sociale reconnaît l'existence d'une discrimination raciale – les juges se réfèrent plutôt au terme d'origine – s'agissant d'une jeune femme cap-verdienne sans papiers embauchée par un couple⁹⁶.

Plusieurs affaires récentes pourraient laisser penser que la discrimination raciale occupe une place grandissante dans l'interprétation du droit positif. Dans une décision du 24 juin 2015, la Cour d'appel de Paris reconnaît le « *caractère discriminatoire* » d'un contrôle de police exclusivement concentré sur une population masculine subsaharienne et maghrébine (contrôle au faciès). La responsabilité de l'État est, dans ce cas de figure, reconnue dès lors que ce dernier n'est pas en mesure d'apporter une justification objective au profilage des contrôles opérés. Pour autant, la Cour rejette en l'espèce les moyens tirés de la violation du droit de l'Union européenne, en particulier la directive 2000/43 « race ». Les juges limitent l'invocation de ce dernier texte de droit dérivé, au champ d'application de la loi nationale qui en est la transposition⁹⁷. L'arrêt médiatisé relatif au contentieux des « *Chibanis* » apporte un éclairage bienvenu sur une « discrimination systémique » pratiquée à l'encontre de salariés d'origine marocaine par la SNCF, et ce, en dépit d'une convention internationale conclue avec le Maroc⁹⁸. Mais, alors qu'on aurait pu penser que la Cour reconnaisse une forme de discrimination raciale instituée, elle préfère se référer à l'article 14 de la CESDH afin d'établir

d'appel ne tirant pas suffisamment les conséquences de propos explicitement racistes : Cass. soc., 26 juin 2019, n° 17-31645.

- 93** Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 16-20.759, note C. PUIGELIER, *JCP S*, n° 12, 20 mars 2012, n° 1119 ; Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 16-20759. Et ce, même s'il faut distinguer, avec d'autres, les discriminations raciales vécues quotidiennement et celles qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours et qui nécessitent de produire des preuves difficiles à établir : A. GARDIN et A.-L. ZABEL, « Les discriminations raciales au travail », *RJS*, n° 2/2008, p. 90-94.
- 94** Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-16926 ; Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-19505 ; M. MERCAT-BRUNS, « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Droit Social*, 2017, n° 4, avril 2017, p. 361-364.
- 95** Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15873.
- 96** Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10. 20.765.
- 97** CA Paris, Pôle 2-ch. 1, 24 juin 2015, n° 13/24255.
- 98** CA Paris, 31 janvier 2019, n° 161/2018, note H. BELRHALI, *AJDA*, 2019, p. 352 ; Convention franco-marocaine du 1^{er} juin 1963.

l'existence d'un « traitement différencié » entre salariés fondé sur la nationalité⁹⁹. Récemment, le secteur du BTP a lui aussi fait l'objet d'un jugement des Prud'hommes remarqué ; les juges reconnaissent dans cette affaire inédite, sur le modèle de la Cour suprême canadienne, une « *discrimination raciale et systémique* »¹⁰⁰, résultant d'une hiérarchie raciale explicite entre travailleurs de différentes nationalités. Cette hiérarchie est elle-même adossée à un dispositif économique et social ayant pour conséquence d'assigner les postes occupés par les travailleurs en fonction de leurs phénotypes raciaux respectifs¹⁰¹. Cette décision, il faut le rappeler, n'est pas définitive, en sorte qu'il est encore possible en appel que la reconnaissance d'une discrimination raciale systémique soit rejetée. Dans les deux cas, l'appui institutionnel des syndicats, de l'inspection du travail, du Défenseur des droits voire d'experts¹⁰², joue un rôle important dans la révélation probatoire de la discrimination raciale instituée. D'une manière générale, la discrimination raciale est abordée très prudemment par les juges français. Elle est généralement circonscrite à la démonstration d'une rupture d'égalité catégorielle explicite.

Au plan international, certaines insuffisances liées au dispositif juridique français de lutte contre le racisme ont été mises à nu. Sur le fondement de la Convention sur l'élimination toutes les formes de discrimination raciale (art. 2 et 6)¹⁰³, la France a été récemment condamnée. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a constaté, dans le cadre d'un contentieux dans le domaine du droit du travail, qu'une cour d'appel ne pouvait faire peser sur une victime présumée de discrimination raciale l'intention discriminatoire dont elle se prévalait¹⁰⁴. Il faut reconnaître, d'une manière générale, les divergences de vues qui existent entre les instances onusiennes

99 Sur le modèle de raisonnement utilisé dans l'arrêt *Diop* : CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c./ M. Diop*, n° 212179.

100 Cour suprême, *Action travail des femmes c./ Canadien National* (1987) 1 RCS 1114. 1139 (1987) 8CHRR D/4210 (SCC).

101 Conseil des Prud'hommes de Paris, 17 décembre 2019, Sect. Industrie, ch. 1, n° RG F 17/10051 : obs. M. PEYRONNET, « Discrimination systémique dans le BTP : une discrimination nouvelle aux effets limités », *Dalloz Actualité*, 8 janvier 2020 ; note P. PACOTTE et C. MARGERIN, *Jurisprudence Sociale Lamy*, 9 avril 2020, n° 493, p. 4-8 ; note M. MERCATS-BRUNS, « La discrimination systémique : un concept présent ailleurs mais un défi commun ? », *RDT*, n° 6, juin 2020, p. 423-430 ; L. ISIDORO, « Emploi de travailleurs maliens sans-papiers dans le bâtiment : reconnaissance d'une discrimination systémique », *Droit ouvrier*, avril 2020, n° 861, p. 227-231 ; N. FERRÉ, « Vers la reconnaissance d'une discrimination systémique », *RDT*, n° 3, mars 2020, p. 178-184.

102 Dans le cas de l'affaire des Prud'hommes de Paris, les travaux du sociologue N. Jounin ont été invoqués, notamment afin de montrer la permanence de la hiérarchisation raciale opérée sur plusieurs années (N. JOUNIN, *Chantier interdit au public. Enquête parmi les travailleurs du bâtiment*, Paris, La Découverte, 2009).

103 AGNU, résolution 2016 A (XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969 ; adhésion de la France le 28 juillet 1971.

104 CEDR, 10 mai 2016, *Laurent Gabre Gabaroum*, c/89/D/52/2012, § 7.1-10.

de lutte contre les discriminations, notamment le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et la France, que ce soit dans l'effectivité de la lutte contre les discriminations, l'établissement de statistiques ethniques ou les dispositifs d'appréhension des discriminations indirectes¹⁰⁵.

B. Aperçu de l'antiracisme en droit européen

Deux textes retiendront principalement l'attention. Le régime de la directive dite « race » 2000/43 adoptée par l'Union européenne et celui de l'article 14 de la CESDH.

L'adoption de la directive 2000/43 s'inscrit dans un contexte particulier lié à la montée des partis d'extrême droite – et plus généralement des actes xénophobes et racistes en Europe¹⁰⁶ – d'une part, et d'autre part, pour ce qui concerne la France, la mise à l'agenda politique de la lutte contre les discriminations¹⁰⁷. La directive 2000/43, encore qualifiée de « *race directive* », fut portée par un groupe d'ONG (SLG), la Commission européenne et le Parlement. Elle fait suite à l'adoption de l'article 13 du Traité d'Amsterdam (aujourd'hui article 19 TFUE).

Ce que montre la jurisprudence de la Cour de justice, c'est que les différents critères de discrimination mentionnés à l'article 19 TFUE (sexe, race, origine ethnique, religion, convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle) ne sont pas tous logés à la même enseigne. Une thèse récente répertorie, en matière de discrimination raciale, neuf arrêts, dont quatre jugés sur le fond sous l'empire de la directive 2000/43¹⁰⁸. Dans l'arrêt *Belov*, la Cour rejette le recours visant à reconnaître une discrimination indirecte à l'égard d'un village de Roms, situés en Bulgarie, au motif d'une inégale installation

105 Sur cette question : S. GROSBON, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'Homme*, 9/2016, mis en ligne le 11 mai 2016, consulté le 27 novembre 2020, <http://journals.openedition.org/revdh/2083>.

106 Rapport présidé par le conseiller d'état Jean Kahn : *European Council Consultative Committee on Racism and Xenophobia* (Kahn Commission), Final Report, Ref. 6906/1/95, Rev. 1 Limite Raxen, Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 1995.

107 Par ex., P. BATAILLE et M. WIEVIORKA, *Le racisme au travail*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 1997 ; P. SIMON, « Le logement des immigrés », *Population et Sociétés*, n° 303, juillet 1995 ; s'y ajoute la création, sous l'autorité du ministère des Affaires sociales, du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) ; V. GUIRAUDON, « Construire une politique contemporaine de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive 'race' », *Sociétés contemporaines*, 2004/1, n° 53, p. 11-32.

108 Dans les autres affaires, la Cour rejette les requêtes pour différents motifs : soit parce qu'elle estime que la discrimination avancée excède le champ de compétence de la directive 2000/43, soit parce qu'elle se déclare incompétente, soit enfin parce qu'elle estime que la question est largement accessible : A. DE TONAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, thèse Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 81-82.

de compteurs électriques. La Cour rejette le moyen, au motif que l'autorité requérante, la Commission bulgare pour la protection contre les discriminations en l'occurrence, n'a pas qualité de « juridiction » au regard de l'article 267 § 2 TFUE¹⁰⁹. L'opinion de l'avocate générale J. Kokott diffère sensiblement de l'interprétation rendue par la Cour dans cette affaire. Les conclusions rendues par l'avocate générale reconnaissent en l'espèce l'existence d'une discrimination indirecte¹¹⁰.

En 2017, la Cour est amenée à se prononcer sur le fond dans une autre affaire visant à faire reconnaître l'existence d'une discrimination fondée sur une pratique consistant, pour l'obtention d'un crédit à la consommation en vue de l'achat d'un véhicule auprès d'une banque danoise, à exiger la production d'une pièce d'identité supplémentaire pour les citoyens danois naturalisés nés à l'étranger (plus précisément ceux provenant d'un pays non-membre de l'Union européenne ou de l'AELE)¹¹¹. Le requérant, originaire de Bosnie-Herzégovine, avait saisi la Commission pour l'égalité de traitement. Cette dernière a reconnu l'existence d'une discrimination indirecte. Le Tribunal de Viborg reconnaît, quant à lui, l'existence d'une discrimination directe. La Cour d'appel de l'Ouest a donc choisi de poser une question préjudicielle à la Cour de justice quant à l'interprétation de la discrimination reconnue en l'espèce, au regard des directives 2000/43 « race » et 2005/60 sur le blanchiment de capitaux. Les conclusions rendues par l'avocat général N. Wahl dans cette affaire sont peu claires. Elles rejettent la qualification d'une discrimination directe et indirecte, tout en reconnaissant sur le fondement d'un autre acte de droit dérivé, l'article 13 de la directive 2005/60 (relative au blanchiment de capitaux)¹¹², l'existence d'une pratique bancaire « disproportionnée » en l'espèce. La Cour confirme le raisonnement proposé par l'avocat général¹¹³. Elle reconnaît la validité du critère de la production d'une pièce d'identité supplémentaire exigée à des citoyens danois nés à l'étranger dès lors que ce critère s'applique indistinctement aux personnes nées en dehors du Danemark. Cette interprétation repose, il faut le souligner, sur une frilosité, voire une franche hostilité à reconnaître la possibilité d'une discrimination raciale intentionnelle. Le paragraphe 31 des conclusions de

109 CJUE, 31 janvier 2013, *Valeri Hariev Belov*, aff. C-394/11 : conclusions J. KOKOTT ; commentaire M. MÖSCHEL, « Race Discrimination and Access to European Court of Justice: Belov », *CMLR*, 2013, vol. 50, 1433-1450. V. aussi, CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480.

110 *Ibid.*

111 CJUE, 6 avril 2017, *Jyske Finans A/S c./ Ligebehandlingsnævnet, agissant pour Ismar Huskic*, ECLI:EU:C:2017:278.

112 Directive 2005/60 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *JO*, L. 309/15.

113 A. DE TONAC, *op. cit.* (n. 108), p. 83-86.

l'avocat général N. Wahl l'illustre on ne peut mieux : « À cet égard, il est nécessaire, d'emblée et en vue de lutter contre toute forme de racisme, de définir préalablement la notion de 'race' elle-même. Or, le simple fait de chercher à préciser cette notion est progressivement devenu inacceptable dans nos sociétés modernes »¹¹⁴. En comparaison des discriminations fondées sur l'âge ou le handicap¹¹⁵, la reconnaissance des discriminations raciales par la Cour de justice de l'Union européenne demeure rare¹¹⁶. Outre la frilosité évoquée s'agissant des discriminations indirectes, il faut reconnaître que la Cour demeure tributaire des questions préjudicielles posées par les juridictions nationales. Dans ce contexte, il est difficile de savoir si le faible contentieux lié à la discrimination raciale s'explique par l'absence de questions préjudicielles posées à la Cour ou par la réticence de cette dernière à interpréter plus largement les dispositions de la directive 2000/43¹¹⁷.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, sans doute plus riche que celle de la Cour de justice sur la reconnaissance des discriminations raciales, a développé une interprétation plus abondante en la matière au regard de l'article 14 de la CESDH¹¹⁸. L'arrêt *Timichev* apparaît paradigmatique du raisonnement tenu par la Cour en la matière. Saisie d'une requête sur le traitement discriminatoire d'un ressortissant d'origine tchéchène (arrêt *Timichev*) de la part des autorités russes, la Cour conclut en l'espèce à une discrimination raciale ; cette discrimination est liée à l'entrave exercée par les autorités russes en matière de liberté de circulation à l'égard du requérant dans la mesure où sa liberté de circuler était conditionnée à son appartenance ethnique. Le raisonnement pour aboutir à une telle

114 Conclusions du 1^{er} décembre 2016, aff. C-668/15, *Jyske Finans AIS c. Ligebehandlingsnævnet, agissant pour Ismar Huskic*, § 31.

115 A. DE TONAC, *op. cit.* (n. 108), p. 83-86.

116 Sauf, cas rarissime où le critère de discrimination est clairement fondé sur l'origine ethnique ou raciale : CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, aff. C-54/07, ECLI: EU:C:2008:397. V. aussi : CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291 ; CJUE, 7 juillet 2011, *Agafitei*, aff. C-310/10, ECLI:EU:C:2011:467 ; CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233 ; CJUE, 19 avril 2012, *Meister*, aff. C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217 ; CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480 ; CJUE, 15 novembre 2018, *Maniero*, aff. C-457/17, ECLI:EU:C:2018:912.

117 Pour une évaluation récente de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour faisant le constat d'un bilan mitigé : M. MÖSCHEL, « Eighteen Years of Race Equality Directive. A Mitigated Balance », in U. BELAVUSAU et K. HENRARD (eds), *Anti-discrimination Law Beyond Gender*, Oxford - London - New York - New Delhi - Sydney, Hart Publishing, 2018, p. 141-160. Il n'existe à notre connaissance, aucun travail empirique faisant l'analyse du contentieux lié à la discrimination raciale devant la Cour de justice ou la Cour européenne des droits de l'Homme.

118 Le Guide relatif à l'article 14 de la Convention fait état d'une vingtaine d'affaires rendues sur la question par la Cour : *Guide relatif à l'article 14 et à l'article 1 du protocole n° 12 de la Convention du 31 août 2002*, p. 26-28. Plus précisément 554 arrêts constatent soit la violation de l'article 14, soit l'absence de violation de cet article ; 115 arrêts traitent de discrimination raciale ou fondée sur l'origine ethnique, dont 76 constats de non-violation.

reconnaissance n'est toutefois pas si aisé. Il faut tout d'abord constater une différence de traitement et ensuite analyser le motif d'une telle différence. Le gouvernement peut apporter une justification à une telle différence – comme l'illustre la jurisprudence précitée.

Dans le cas de figure où un système policier est défaillant au point de ne pas respecter le droit à la vie, la Cour fait peser sur l'État requérant la charge de la preuve d'une allégation d'injures à caractère raciste¹¹⁹. En revanche, elle rechigne, dans la même affaire, à qualifier le mobile d'un homicide d'acte à caractère raciste, préférant se limiter à condamner l'État bulgare sur le fondement de la violation procédurale qui découle de l'impossibilité de prouver le mobile de l'homicide. Or, s'en tenir à un tel argument procédural fait débat, y compris parmi les juges de la Cour¹²⁰.

Un arrêt plus récent qui pointe les failles du système éducatif tchèque vis-à-vis des enfants roms a lui aussi fait l'objet d'opinions dissidentes remarquées. Cependant, en l'espèce, la Cour accueille une discrimination indirecte sur le fondement d'une lecture combinée des articles 2 et 14 de la CESDH¹²¹. En dépit de cette ouverture plus grande aux questions de discrimination raciale en comparaison des juridictions nationales ou de la CJUE, les définitions retenues par la Cour européenne des droits de l'Homme interrogent. C'est en particulier le cas concernant la confusion opérée entre « race » et « ethnicité » par exemple dans l'arrêt *Timichev*. Comme le relève un auteur, la Cour a tendance à attribuer une signification figée, pour ne pas dire essentialiste du concept d'ethnicité¹²². La Cour a encore sanctionné dans l'arrêt *Lingurar c./ Roumanie*, le comportement discriminatoire de la police

119 CEDH, Gde ch., 6 juillet 2005, *Natchova et autres c./ Bulgarie*, req. n^{os} 43577/98 et 43579/98, § 162-168. De la même manière, l'établissement de la motivation d'un acte raciste (en l'occurrence les violences policières subies par une prostituée d'origine nigériane sur le territoire espagnol) est la charge de l'État sur lequel la Cour fait peser une obligation de « moyens » : CEDH, 24 juillet 2012, *BS c./ Espagne*, req. n^o 47159/08, § 67 (violation de la Convention reconnue sur le fondement des articles 14 et 3 CESDH).

120 CEDH, Gde ch., 6 juillet 2005, préc. (n. 119), opinions partiellement dissidentes des juges Casadevall, Hedigan, Mularoni, Fura-Standström, Gyulumyan, Spielmann.

121 CEDH, Gde ch., 13 novembre 2007, *DH et autres c./ République Tchèque*, req. n^o 57325/00.

122 Le concept d'ethnicité, il faut le rappeler, ne vient de pas de nulle part. Aux États-Unis par exemple, il pose comme prérequis anhistorique qu'il n'y a aucune différence fondamentale entre les groupes ethniques intégrés dans la société et ceux qui ne le sont pas. C'est ce qu'un auteur comme H. Lopez qualifie « *d'analogie migratoire* » : minorités blanches, noires, asiatiques, maghrébines sont mises sur le même pied d'égalité de manière à gommer les expériences historiques propres à groupe minoritaire. Les minorités ethniques sont donc amenées à s'intégrer au moyen de l'idéologie proposée par le groupe « ethnique » dominant sur le groupe dominé. Enfin, en mettant l'accent sur les trajectoires individuelles, les théories issues de l'ethnicité minorent les aspects institutionnels ou structurels liés au racisme (I. H. LOPEZ, « The Social Construction of Race: Some observations on Illusion, Fabrication and Choice », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1994, vol. 29, n^o 1, p. 1-62, spéc. p. 20-24). Même s'il fait peu l'objet d'explicitation, le concept d'ethnicité mobilisé par la CEDH est différent puisqu'il singularise les différences liées à une communauté tout en prenant le risque d'une assignation possible.

à l'égard d'une famille rom. La Cour reconnaît non seulement la violation de l'article 3, mais aussi celle de l'article 14. Se ralliant à l'argumentation proposée par la partie tierce (le European Roma Rights Centre), la Cour juge que l'intervention disproportionnée en l'espèce de la police roumaine résulte d'un racisme de type institutionnalisé à l'égard de la communauté rom¹²³.

C. Ce que dit le régime de l'antiracisme en droit interne et européen

Quelques hypothèses méritent à ce stade d'être formulées. Il va sans dire que la discrimination raciale occupe une place marginale, tant au sein de la jurisprudence interne qu'europpéenne¹²⁴. Les réformes législatives et réglementaires introduites depuis plusieurs années s'attachent principalement à circonscrire le sens du mot « race » à sa plus simple expression biologique. En parallèle et comme le soulignait déjà Danièle Mayer, les modifications successives issues du texte de 1972 n'ont fait que noyer le délit de discrimination raciale au sein de critères multiples, au point de perdre de vue l'objectif antiraciste initial de ce dispositif¹²⁵. C'est avec une extrême prudence, pour ne pas dire une forme de réserve inavouée que les juges qualifient une discrimination de raciale en droit interne¹²⁶. Et encore : il faut, dans cette hypothèse, que la dimension raciste soit explicite. Les quelques rapports institutionnels produits par ces mêmes juridictions vont dans le même sens. Celui publié par la Cour de cassation de 2008¹²⁷, s'en tient à une approche formaliste de la discrimination raciale – se contentant d'exposer les principales dispositions en la matière¹²⁸ – sans même faire état des travaux produits depuis plusieurs années dans le domaine des sciences sociales en matière de discriminations raciales. Les divergences entre une telle réserve et les standards juridiques internationaux sont patents.

Sur cette question : L. FARKAS, *The Meaning of Racial or ethnic origin in EU Law: Between stereotypes and Identities*, Report for Directorate-General for Justice and Consumers, 2017, p. 84-86, https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54924.

123 CEDH, *Lingurar c./ Romania*, 18 avril 2019, n° 48474/17, § 80.

124 M. MERCAT-BRUNS et J. PERELMAN (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Sciences Po, (École de droit), CNRS, CEVIPOF, CERSA, juin 2016, p. 113-118.

125 D. MAYER, « L'appréhension du racisme par le Code pénal », *Mots. Les langages du politique*, 1992, vol. 33, p. 331-338.

126 L'utilisation du droit de la non-discrimination apparaît de manière générale encore embryonnaire : X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, n° 2, mars - avril 2013, p. 315-325.

127 *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel, Paris, 2009, La Documentation française, p. 49-196.

128 À savoir le préambule de 1946 et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

Les explications de cette prudence extrême sont multiples. Elles tiennent autant à l'histoire, à la culture juridique, à la formation des juges, qu'à l'absence de travaux interrogeant de quoi la « race » du droit français est le nom¹²⁹. Aussi, l'image que renvoie la jurisprudence interne du traitement de la discrimination raciale laisse-t-elle accroire que ce phénomène social ne serait qu'incident, lié à des actes irrationnels – puisque chacun le sait, les « races » n'existent pas. Telle est en substance l'idée sous-jacente aux interprétations mobilisant le concept de « race » : il serait absurde, voire dangereux, de s'y référer. Les choses sont légèrement différentes en droit européen : tandis que le contentieux lié à la directive 2000/43 est peu fourni devant la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît plus largement les discriminations raciales, mais au prix parfois d'une confusion intellectuelle importante qui n'est pas non plus exempte de biais historico-politiques¹³⁰.

En fixant un cadre très étroit du juridiquement dicible et admissible sur la discrimination raciale, le droit français et européen participe à définir un univers symbolique dans lequel le racisme occupe une place marginale dans la société contemporaine. Ce cadre, il faut le rappeler, comprend un ensemble de textes nationaux, européens et internationaux qui entendent lutter contre toutes formes de discrimination, y compris raciales. Par conséquent,

129 Sur quelques raisons de la frilosité des juges judiciaires : M. MERCAT-BRUNS et J. PERELMAN (dir.), *op. cit.* (n. 124), p. 118-119 : « *Les entretiens avec certains juges révèlent, en effet, un certain embarras face à la simple référence au critère racial dans leur pratique : l'on est tellement dans un monde dans lequel si je dis que quelqu'un est arabe, je fais un arrêt raciste. C'est hallucinant en France* » (extrait d'une retranscription d'entretien avec un juge). Le travail mené par E. Bleich depuis de nombreuses années fait en ce sens état d'un droit français historiquement antiraciste mettant à distance les usages liés au mot « race » (E. BLEICH, « Antiracism without Races », *French Politics, Culture and Society*, 2003, vol. 18, p. 48-73).

Une autre observation sur le défi et malaise ressenti par certains juges : « *On n'a pas les outils intellectuels pour rédiger ce genre de décision. Je ne sais pas ce que c'est qu'un juif. Parler des juifs, cela nous renvoie 70 ans en arrière avec l'étoile juive cousue. On est très, très mal. Certains magistrats ayant siégé à la Cour de cassation se résolvent alors à réfléchir à la question des fichiers ethniques face au défi de la preuve de la discrimination raciale. Il s'agit de la capacité à déterminer, à circonscrire les problématiques d'origine raciale. Il faudrait quand même revoir les choses, voir si on ne peut pas reprendre le concept, peut-être pas de fichier mais une définition pour pouvoir faire rentrer dans cette catégorie un certain nombre de personnes et que ce soit accepté volontaire, anonyme. On a des moyens ; la plupart des pays l'acceptent* » (M. MERCAT-BRUNS et J. PERELMAN [dir.], *op. cit.* (n. 124), p. 117-118).

130 On veut dire par là deux choses. La première est la tendance qu'à la Cour de n'appréhender les infractions racistes qu'envers les pays d'Europe de l'Est, ce qui a pu être qualifié d'orientalisme par M.-B. Dembour. La seconde remarque tient dans ce que R. Rubio-Marín identifie comme relevant du « prisme de l'Holocauste », à savoir l'appréhension exclusive du racisme en Europe à partir de l'expérience de la Shoah (M.-B. DEMBOUR, « Postcolonial Denial: Why the European Court of Human Rights Find it So Difficult to Acknowledge Racism », in K. CLARKE et M. GOODALE (eds), *Mirrors of Justice: Law and Power in the Post-Cold War Era*, Cambridge University Press, 2014, p. 45-66 ; R. RUBIO-MARÍN et M. MÖSCHEL, « Anti-Discrimination Exceptionalism: Racist Violence before the ECtHR and the Holocaust Prism », *The European Journal of International Law*, 2015, vol. 26, n° 4, p. 881-899).

la marginalité dont il est ici question s'explique moins par l'inexistence de textes que par l'interprétation restrictive dont ils font l'objet, interprétation qui relègue la discrimination raciale aux marges du régime juridique plus général des discriminations. Par un raisonnement circulaire, une telle marginalité conforte précisément l'idée qu'il n'est pas scientifiquement utile de se pencher sur l'analyse de la « race », du racisme et de l'antiracisme en droit interne et européen. En droit interne, le présupposé qui sous-tend cette représentation repose sur un ensemble de valeurs liées à une certaine interprétation du principe d'égalité. C'est de la rupture de l'égalité en droit et de sa restauration que découle la cohérence qui s'attache au traitement juridique des discriminations, on y reviendra. Ce critère ne peut évidemment reposer sur l'invocation d'une discrimination ethnique ou raciale. Plus encore, l'évolution des différentes formulations législatives fait écho à la manière dont la « race » est appréhendée par le discours doctrinal et parlementaire depuis plusieurs années. En effet, la disqualification et la neutralisation du terme « race » occupent principalement les débats, au détriment d'une discussion plus globale sur le contenu d'une politique antiraciste.

II. LA NÉGATION DE LA « RACE » DANS LE DÉBAT DOCTRINAL

De quelle manière les travaux juridiques abordent-ils la « race » ? À dire vrai, ils ne l'abordent pas par elle-même, mais de manière détournée. La « race » est donc moins prise comme un concept d'analyse critique, qu'elle n'est examinée au regard des conséquences juridiques que son emploi est censé produire dans la langue juridique. Deux exemples permettent ici d'en prendre la mesure : d'une part la suppression du mot « race » de la Constitution (A), d'autre part les débats relatifs à la discrimination, largement tributaires d'une représentation juridico-politique de l'égalité (B).

A. Le serpent de mer de la suppression du mot « race » dans la Constitution

Les débats relatifs à la suppression du mot « race » de la Constitution émergent dès les années 1990 (1) ; ils sont d'abord engagés par la doctrine (2) puis mobilisés par les parlementaires au gré des révisions de la Constitution (3).

1. L'apparition des débats autour de la « race » dans la doctrine durant les années 1990

Le débat doctrinal sur la « race » demeure, en l'état, minimaliste. Osons dire qu'il est quasi inexistant si l'on pose la question en ces termes : réfléchir à l'utilité d'un concept de « race » d'un point de vue théorique et philosophique. Telle n'est pas la préoccupation de la majorité des travaux juridiques. L'inexistence du débat tient aussi à des considérations très pragmatiques. Même si la « race » est une catégorie juridique¹³¹, on ne peut lui attacher un quelconque effet et ce, d'autant plus que le discrédit inhérent au mot laisse sceptique quant à son usage éventuel. L'emploi du mot « race » n'apparaît, pour ainsi dire, que de manière incidente, soit par le biais de la liberté d'expression, soit par le prisme de réflexions doctrinales liées au régime juridique des discriminations¹³², soit encore, comme on va le voir, lorsqu'il est question de supprimer le mot « race » du texte constitutionnel¹³³. Avant d'en passer par une telle appréciation, encore faut-il pouvoir cerner les causes qui empêchent de proposer une lecture sereine du droit positif et du discours doctrinal à partir d'un concept de « race ».

Les réflexions proposées en la matière sont à la fois peu nombreuses et de faible portée théorique. Une telle minoration s'explique au regard du caractère multi-positionnel des juristes. Les prises de position exprimées sur la « race » privilégient généralement le canal de la pratique professionnelle (au titre de consultation par les pouvoirs politiques, de décisions de justice portant sur la « race » ou en tant que militants associatifs) de préférence au registre doctrinal. Aussi, les arguments exprimés sont-ils tributaires d'agendas politiques divers : révisions constitutionnelles, réformes engagées dans le domaine des politiques publiques de la lutte contre les discriminations, ou de contentieux mettant à nu des questions liées aux discriminations

131 D. LOCHAK, art. cit. (n. 19), p. 291-303.

Il a été montré que l'emploi du mot « race » fut constitué en catégorie juridique dès 1871 s'agissant de la « race » asiatique : E. SAADA, *La « question métis » dans les colonies françaises : socio-histoire d'une catégorie juridique (Indochine et autres territoires de l'Empire français ; années 1890 - années 1950)*, thèse EHESS, 2001, p. 1-14.

132 Par ex. E. DUBOUT, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *Jurisque Libertes*, fasc. n° 500, 2009, § 53 ; S. BRISSY, « Discriminations », *Jurisque Travail*, fasc. 17-11, 2018, § 36-40.

133 A. ROBITAILLE-FROIDURE, *La liberté d'expression face au racisme : étude de droit comparé franco-américain*, Paris, L'Harmattan, coll. « Racisme et eugénisme », 2011 ; G. CALVÈS, *Envoyer les racistes en prison ? Le procès des insulteurs de Christiane Taubira*, Paris, LGDJ, coll. « Exégèses », 2015 ; U. KOROLITSKI, *Punir le racisme ? Liberté d'expression, démocratie et discours racistes*, Paris, CNRS éditions, 2015 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Politiquement correct et liberté d'expression », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020-1, <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/politiquement-correct-et-liberte-d-expression/> ; B. HAVELKOVÀ et M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

raciales. Il en résulte que l'usage du mot « race » reste limité à son sens le plus commun¹³⁴ d'une part et, d'autre part, que le mode de discussion privilégié s'inscrit dans la temporalité des impératifs liés à la sphère politico-médiatique.

Différemment des sciences sociales¹³⁵, l'utilité d'un concept de « race » susceptible de mieux rendre compte de certaines réalités sociales n'est pas interrogée. Dans le discours doctrinal, le débat sur la « race » fait référence à un usage politico-juridique du terme par certains acteurs. Ce sont trois décrets, respectivement adoptés par le ministère de l'Intérieur dans les années 1990, qui suscitent l'émoi d'une partie des juristes universitaires, praticiens et de la classe politique. Aujourd'hui abrogés, ces décrets attribuaient un fondement légal aux pratiques de fichage des données relatives à la « race » opérées par les renseignements généraux ; ils autorisaient aussi les juridictions à mettre en mémoire l'origine raciale des parties¹³⁶. De multiples oppositions, à la fois syndicales (SAF, SOS-Racisme, MRAP, *etc.*) et politiques ont fait reculer le Gouvernement Rocard de l'époque. En 1991, l'ancien député G. Gouzès déplorait à cet égard, l'emploi par le Code pénal de l'adjectif « racial »¹³⁷.

Dans un article ultérieur sur les ambivalences qui s'attachent aux usages du mot « race », Danièle Lochak fait mention en 1995 puis 1997 de deux autres actes réglementaires du même ordre¹³⁸. Comme le rappellent les initia-

134 Le sens commun auquel nous nous référons ici est celui selon lequel le sens du mot « race » est intimement lié à sa charge historique consistant à assigner une hiérarchie à des différents groupes raciaux en fonction de leurs phénotypes. Pour les juristes en particulier, le mot « race » est indissociable du régime de Vichy auquel, il faut le rappeler, maints juristes ont même à corps défendant apporté une légitimité. On renvoie ici au travail classique de D. LOCHAK, art. cit. (n. 14), p. 252-279.

135 V. entre autres : C. GUILLAUMIN, *op. cit.* (n. 9) ; P. FIALA, « Encore le racisme, et toujours l'analyse du discours », *Langage et société*, 1985, n° 34, p. 9-16 ; P.-A. TAGUIEFF, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, La Découverte, 1987 ; S. BONNAFOUS, *L'immigration prise aux mots. Les immigrés dans la presse au tournant des années 80*, Paris, Kimé, 1991 ; M. WIEVIORKA, *L'espace du racisme*, Paris, Seuil, 1991 ; P. BATAILLE et M. WIEVIORKA, *op. cit.* (n. 107) ; P. SIMON, « La discrimination : contexte institutionnel et perception par les immigrés », *Hommes et migrations*, n° 1211, 1998, p. 49-67, in n° spécial, *Le racisme à l'œuvre*, janvier-février 1998 ; V. DE RUDDER, C. POIRET et F. VOURC'H, *L'inégalité raciste*, Paris, PUF, coll. « Pratiques théoriques », 2000 ; E. FASSIN et D. FASSIN (dir.), *op. cit.* (n. 60).

136 Décret du 2 février 1990, n° 90-115 ; décret du 27 février 1990, n° 90-184 ; un autre décret, énonçant des critères plus neutres (art. 2), a été par la suite adopté : décret du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services de renseignements généraux des dispositions de l'article 31 al. 3 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés (dispositions aujourd'hui abrogées).

137 S.-L. BADA, « Disparition du mot 'race' de la loi : de l'(in)opportunité de la proposition de loi visant à la suppression du mot 'race' de notre législation », *Lettre Actualités-Droit Libertés du CREDOF*, 7 juin 2013, <https://revdh.wordpress.com/category/auteurs/bada-sylvia-lise>.

138 D. LOCHAK, « Les références à la 'race' dans le droit français », in E. DECAUX (dir.), *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, coll. « Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 1999, p. 27-40.

teurs du numéro spécial de la revue *Mots* paru en 1992¹³⁹, la méfiance à l'égard de l'emploi du mot « race » dans la langue juridique fut renforcée dans un contexte international marqué par le conflit dans l'ex-Yougoslavie ponctué de massacres ethniques. Elle fut aussi alimentée par la découverte du « fichier juif » dès 1991¹⁴⁰. Utilisé de manière « positive » (par exemple lorsqu'il s'agit pour la police et la gendarmerie de collecter des informations), l'usage du mot « race » dans la langue juridique présente, c'est un euphémisme, des inconvénients importants¹⁴¹. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que plusieurs juristes aient exprimé une méfiance, pour ne pas dire un franc scepticisme, à l'égard de l'emploi du terme « race » et aux multiples déclinaisons qui lui sont attribuées (discrimination positive, quotas, etc.)¹⁴².

2. La discussion de la suppression du mot « race » de la Constitution dans la doctrine

Face aux dérives liées à l'usage du mot « race » par les pouvoirs publics, certains participants au colloque publié à la revue *Mots* de 1992 ont appelé à la suppression du mot « race » du texte constitutionnel¹⁴³. Depuis, le débat resurgit régulièrement, dès lors qu'il est question de modifier la Constitution à cet effet. Les organisateurs du colloque publié dans la revue *Mots* de 1992 avaient pour but de s'ériger contre un usage dangereux du mot « race ». Si les actes publiés dénoncent cet usage dangereux, ils restent largement nuancés quant à d'autres usages possibles : autrement dit, si la « race » peut faire l'objet d'un sens négatif qu'il convient de dénoncer, elle peut aussi servir

139 S. BONNAFOUS, B. HERSZBERG et J.-J. ISRAEL, « Le mot race est-il de trop dans la constitution française ? Une controverse », *Mots. Les langages du politique*, vol. 33, 1992, p. 5-8.

140 Le « fichier juif » fait référence au fichier établi par la préfecture de police de Paris constitué à partir des déclarations des Juifs français et étrangers domiciliés dans le département de la Seine. Le fichier fut constitué à partir d'une ordonnance allemande du 27 septembre 1940. Sur cette question : A. KAHN, *Le fichier*, Paris, Robert Laffont, 1993 ; S. COMBE, *Archives interdites. Les peurs françaises face à l'histoire contemporaine*, Paris, Albin Michel, 1994 ; la controverse fut endiguée en partie par la publication d'un rapport sous la direction de René Rémond (R. RÉMOND, *Le « fichier juif »*, Rapport de la Commission présidée par René Rémond au Premier ministre, Paris, Plon, 1996).

141 S. BONNAFOUS, P. FIALA, L. LEVY et al., *Vingt ans d'analyse des discours racistes et d'extrême droite*, Fontenay/Saint-Cloud, École normale supérieure, *Mots*, 1998.

142 Rapport P. MAZEAUD, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire, 11 juillet 2008, 246 p. ; Rapport S. VEIL adressé au Président de la République, Comité de réflexion sur le préambule de la constitution, décembre 2008, 226 p., spéc. p. 66-83.

143 B. HERSBERG, « Quescexa, des 'origines raciales' ? Propos sur la législation antiraciste : le ver est dans le fruit », *Mots. Les langages du politique*, 1992, vol. 33, p. 261-290. B. Hersberg est à l'initiative de la charte Galilée 90 qui s'attache à promouvoir dès les années 90, la suppression du mot « race » dans tous les textes juridiques du droit français.

aux luttes antiracistes¹⁴⁴. Le problème réside moins dans le mot que dans ses emplois. Ces emplois nécessitent au préalable l'explicitation d'une position antiraciste.

L'article de D. Lochak dans la revue *Mots* de 1992 ne dit pas autre chose : après avoir répertorié la référence à la « race » à travers l'histoire (esclavage, colonisation, Vichy), il souligne les ambiguïtés liées à un emploi problématique du mot « race », notamment s'agissant des décrets de 1990 précités ; un autre article de F. Borella tente d'éclairer à partir des travaux parlementaires de l'époque, l'introduction du mot « race » dans la Constitution de 1946. Le terme « race » qui figure dans le préambule vise la condamnation du régime de Vichy et de l'idéologie nazie¹⁴⁵. L'introduction du mot « race » ne soulève que peu de débats au sein de la première commission constitutionnelle de 1946¹⁴⁶. Un même mouvement s'observe selon l'auteur, au sein des constitutions occidentales postérieures à 1945 : l'emploi du mot « race » sert précisément des fins antiracistes. Si l'on souhaite supprimer le mot « race » de la Constitution, il faudrait lui trouver un équivalent sémantique, insiste en conclusion F. Borella.

L'intention du constituant de 1958 d'inscrire le mot « race » dans l'article 1^{er} est aussi reconstruite à la lumière des débats de l'époque par J.-J. Israel. Si le préambule de 1946 mentionne le mot « race » afin de condamner les idéologies totalitaires, l'apparition du mot « race » dans le texte constitutionnel de 1958 relèverait d'une pure circonstance : la « race » aurait été introduite par préférence au mot sexe. Le mouvement national contre le racisme avait pourtant suggéré l'amendement suivant qui ne fut pas adopté : « *Tous les citoyens et toutes les citoyennes sont égaux en droit, sans distinction de sexe, de race ou de religion dans tous les domaines de la vie publique, politique, juridique et culturelle* ». La version de la Constitution de 1946 fera prévaloir le mot « race » sur celui de « sexe ». De là, J.-J. Israel propose plusieurs reformulations possibles au soutien d'une possible substitution du mot « race » de l'article 1^{er} de la Constitution : « *prétendue race* », « *toute forme de racisme* ». Pour finir, l'auteur propose de supprimer le mot « race » de l'article 1^{er} tout en le conservant dans le préambule de 1946.

Plus nuancé, O. Duhamel juge l'existence du mot « race » à la fois problématique et utile. Problématique, parce qu'il apporterait une légitimation à d'éventuelles dérives administratives et politiques ; le terme comporte toutefois une utilité certaine en ce qu'il permet de dénoncer les actes racistes.

144 E. BALIBAR, « Le mot race n'est pas de trop dans la constitution française », *Mots. Les langages du politique*, 1992, n° 33, p. 241-256.

145 Dans une lettre annexée aux actes du colloque, Léo Hamon adopte la même interprétation (lettre de L. HAMON, p. 377).

146 F. BORELLA, « Le mot race dans les constitutions françaises et étrangères », *Mots. Les langages du politique*, 1992, vol. 33, p. 305-309.

Plutôt qu'une suppression pure et simple du mot « race » de l'article 1^{er}, O. Duhamel opte pour sa substitution par le terme « *ethnie* », par une périphrase empêchant toute légitimation liée au mot « race » : (« *toute catégorie ayant pour objet une discrimination entre les êtres humains* ») ou enfin par une formulation qualifiée de moderniste par l'auteur (l'interdiction « *des discriminations fondées sur les caractères génétiques réels ou prétendus* »)¹⁴⁷.

La discussion autour de la suppression du mot « race » de la Constitution surgit à nouveau en 2012 au sein de la doctrine juridique. Ce débat répond à la promesse faite par le candidat Hollande lors d'un discours adressé à l'outre-mer le 10 mars 2012 à la suite de mouvements sociaux contre la « vie chère » ayant secoué une grande partie des Antilles dès l'année 2009 ; ces mouvements ont fait écho à un certain nombre d'inégalités ethno- raciales propres à ces territoires (en matière d'emploi, d'accès au logement, de coûts prohibitifs de certaines denrées alimentaires et de télécommunication). Pour y répondre, le candidat Hollande valorise le terme de « diversité » – terme utilisé par la gauche plurielle au pouvoir à la fin des années 1990 – par évitement de celui de discrimination raciale¹⁴⁸. La « race » est perçue, dans son discours, comme un facteur de division de la Nation¹⁴⁹.

Une telle suppression a été appréciée diversement par la doctrine au regard de la cohérence plus générale de l'ordre juridique national, international

147 O. DUHAMEL, « La révision constitutionnelle : problématiques et enjeux », *Mots. Les langages du politique*, 1992, vol. 33, p. 351-356.

148 Le terme de « diversité » avait déjà été utilisé par le parti socialiste à la fin des années 1990 afin de promouvoir une politique de lutte contre les discriminations, on y reviendra rapidement dans le (B). Pour une analyse sociologique de ce concept : M. DOYTCHÉVA, « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, 2011/4, vol. 1, p. 423-438. Sur l'analyse de la crise sociale aux Antilles et ses ressorts : J.-C. WILLIAM, F. RENO et F. ALVAREZ (dir.), *Mobilisations sociales aux Antilles. Les événements de 2009 dans tous leur sens*, Paris, Karthala, coll. « Hommes et sociétés », 2012 ; P. ODIN, *Pwofitasyon. Luttès syndicales et anticolonialisme en Guadeloupe et en Martinique*, Paris, La Découverte, 2019.

149 L'extrait qui mentionne la « race » est le suivant : « *France que j'aime, que vous aimez, c'est la France qui est capable de faire vivre ensemble ses différences. Il n'y a pas plusieurs France qui se feraient conflit. Il n'y a pas la France des anciens qui auraient peur des jeunes. Il n'y a pas la France des travailleurs qui devraient se méfier des chômeurs. Il n'y a pas la France du privé qui devrait en vouloir à celle du public. Il n'y a pas la France des religions qui devraient se faire face alors que la France les respecte toutes. Non, il y a la République, la République française une, indivisible et laïque. Et la République ne craint pas la diversité, parce que la diversité c'est le mouvement. La diversité, c'est la vie. Et l'uniformité, c'est l'oubli. Diversité des parcours, diversité des origines, diversité des couleurs, mais pas diversité des races. Il n'y a pas de place dans la République pour la race. Et c'est pourquoi je demanderai au lendemain de l'élection présidentielle au Parlement de supprimer le mot race de notre Constitution. Non pas parce que ceux qui l'auraient écrite, cette Constitution, auraient été mal inspirés, mais parce que le mot a pris un autre sens aujourd'hui. Il n'y a pas des hommes qui seraient différents entre eux. Nous ne connaissons qu'une seule race, une seule famille, la famille humaine. Notre pays s'est construit d'apports successifs de populations issues d'horizons multiples. Et l'Outre-mer en a été un des atouts. Si nous avons été capables de faire cette unité, ce rassemblement, cette construction, c'est parce que nous portons par notre histoire, par nos valeurs, une belle espérance qui se nomme l'universalité – c'est-à-dire l'universalité de la République, de ses valeurs. Nous sommes capables de nous ouvrir en nous élevant* ».

et européen. Les arguments n'ont, à dire vrai, guère été différents de ceux exprimés durant les années 1990. Des raisons d'ordre historique et symbolique ont été avancées en faveur du maintien du mot « race » au sein du préambule de 1946 et de l'article 1^{er} de la Constitution ; a aussi été avancée l'idée classique selon laquelle se débarrasser du mot « race » ne signifie nullement en finir avec le racisme¹⁵⁰ ; d'un point de vue technique enfin, l'articulation avec les énoncés de rang inférieur (législatifs, réglementaires) a aussi été discutée. D'aucuns ont plaidé pour la suppression du mot « race » de l'article 1^{er} par préférence au préambule de 1946, d'autres ont estimé qu'une telle suppression n'était tout simplement pas opportune¹⁵¹. Les arguments avancés par la doctrine vont progressivement alimenter les débats parlementaires au gré des propositions de révisions constitutionnelles.

3. Les propositions parlementaires

Les premières propositions de suppression du mot « race » de la Constitution datent des années 2000¹⁵². Entre 1992 et le début des années 2000, dix années se sont écoulées au cours desquelles les révoltes de banlieues (2005), les signes religieux au sein de l'espace scolaire (1989-2004) et le voile intégral (2010) ont occupé une part importante de l'agenda judiciaire, politique et médiatique. Partant, l'importance symbolique accordée aux questions raciales et postcoloniales s'est progressivement accrue¹⁵³. La situa-

150 Pour une prise de position récente sur ce point : F. HAMON, « Quelques réflexions sur la diabolisation du mot 'race' », *Constitutions*, n° 4, octobre-décembre 2019, p. 459-466.

151 V. le dossier coordonné par A.-M. LE POURHIET et A. LEVADE, « Faut-il actualiser le préambule de la Constitution ? » (avec les contributions de D. DE BÉCHILLON, B. MATHIEU et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN), *Constitutions*, 2012, n° 2, p. 247-254 ; S.-L. BADA, art. cit. (n. 137) ; P. MBONGO, « Un antiracisme scripturaire : la suppression du mot 'race' de la législation », *D.*, n° 19, 2013, p. 1288-1289.

152 Plusieurs propositions de suppression du mot race de la Constitution ont été faites. Sans vouloir les recenser de manière exhaustive, la première date de 2002. Une proposition d'amendement, portée par V. Lurel, est rejetée par le groupe UMP à l'époque ; la seconde tentative est portée par le député M. Vaxès (Proposition de loi tendant à la suppression du mot « race » de notre législation, séance du 13 mars 2003 rejetée par le gouvernement) ; la troisième tentative sous forme de proposition de loi du 15 novembre 2004 et aussi 2007 (proposition de loi constitutionnelle du 2 décembre 2007 visant à supprimer le mot « race » de l'article 1^{er} de la Constitution) est à nouveau portée par le député V. Lurel et le groupe socialiste, mais rejetée par l'Assemblée. L'amendement propose de substituer au mot race, celui « d'origines ». Le 15 mai 2008 A. Montebourg propose un amendement visant la suppression du mot race de l'article 1^{er} de la Constitution sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la modernisation des institutions de la V^e République, la proposition d'amendement est rejetée par le rapporteur ; en 2013 une proposition de loi tendant à la suppression du mot « race » de la législation, n° 218, 289, 16 mai 2013 est introduite par le député A. Marie-Jeanne. Elle n'est pas transmise au Sénat.

153 Pour un aperçu de l'apparition des débats sur ces questions en sciences sociales : A. HAJJAT, *Assimilation et naturalisation. Socio-histoire d'une injonction d'État*, thèse EHESS, 2009, p. 30-38. Par ex. sur l'annulation d'une mesure discriminatoire prise par le gouvernement sous forme de

tion n'est plus la même lorsqu'en 2012 l'ancien Président de la République F. Hollande, alors candidat, s'était engagé à supprimer le mot « race » de la Constitution s'il était élu¹⁵⁴. Au-delà de la continuité apparente liée à la suppression du mot « race », les contextes d'émergence de cette revendication apparaissent très divers.

À ce stade, une typologie des propositions de suppression du mot « race » apparaît utile. Un premier ensemble de propositions que l'on qualifiera de *radical* entend effacer purement et simplement le mot « race » de l'ensemble des textes constitutionnels – ceux du préambule compris – ; un second ensemble de propositions de type *moyen*, suggère d'éliminer le mot « race » de la Constitution, mais uniquement celui qui figure à l'article 1^{er} ; il y a ceux, enfin, qui s'opposent aux propositions de type 1 et 2 pour diverses raisons – liées soit à l'inefficacité d'une telle mesure, soit encore à des arguments de cohérence juridique. Les différentes typologies évoquées convoquent implicitement des idéologies antiracistes distinctes. Celles-ci tiennent à l'inanité de maintenir le mot « race » au regard de la « science », la symbolique qui s'attacherait à une telle suppression marquant clairement une volonté de tourner plusieurs pages sombres de l'histoire de France ; d'autres raisons font écho au souci de cohérence avec des valeurs humanistes et progressistes plus générales. Pour reprendre la classification proposée par P.-A. Taguieff, les typologies renvoient à deux pôles : celui d'un antiracisme éthique et celui d'un antiracisme rationaliste¹⁵⁵.

En 2012, détracteurs et partisans du maintien du terme ont fait valoir leurs arguments respectifs sur le sujet de la modification de la Constitution, souvent par voie de tribunes ou de presse¹⁵⁶ ; la proposition de loi du

circulaire à l'encontre de la communauté Rom (CE, 7 avril 2011, *Association SOS Racisme-Touche pas mon pote*, n° 343387 ; sur l'apparition de la revendication du racisme anti-blanc : C. cass., 15 mars 2011, *AGRIF c./ Charlie Hebdo, Legicom*, 2015/2, n° 55, p. 126).

154 « La Licra préconise la suppression du mot 'race' de la Constitution », *Le Monde*, 9 février 2012 ; dans les débats sur la suppression du mot « race » tenus à l'Assemblée nationale le 13 mars 2003, V. Lurel affirme avoir été soutenu dans ses demandes de suppression du mot « race » dans la Constitution par SOS Racisme, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2002-2003/164.asp> (consulté le 29 février 2021).

155 Partant d'une conception manichéenne de la nature humaine, l'antiracisme éthique fait le pari de la domination de la nature « angélique » de l'homme sur sa nature « bestiale ». L'antiracisme rationaliste : « se définit par sa foi dans les effets politiques et éthiques de la raison telle qu'elle est mise en œuvre par les sciences, tend corrélativement à restreindre la vérité aux vérités scientifiques provisoires [...] », in P.-A. TAGUIEFF, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, La Découverte, coll. « Armillaire », 1988, p. 85 (mais plus largement p. 49-121).

156 Par exemple, en 2012-2013 : V. AMIRAUX et A. LENTIN, « Retirer le mot 'race' de la Constitution ne règle rien », *Le Monde*, 21 mars 2012 ; D. LOCHAK, « Interview », *Le Monde*, mai 2012 ; D. LOCHAK, « Supprimer le mot race de la Constitution n'éradiquera pas le racisme », *Médiapart*, 19 mars 2012 ; P. MBONGO, art. cit. (n. 151), p. 1288-1289 ; « La race et la loi » (débat entre F. Ansensi et E. Fassin), *Le Nouvel Observateur*, 6 juin 2013, n° 2535, p. 98-99 ; E. DERRIEUX, « Des incidences de la suppression du mot 'race' sur l'efficacité de la législation

16 mai 2013 a suscité de nombreux débats. L'auteur de cette proposition, le député Alfred Marie-Jeanne, propose de remplacer le mot « race » par l'adjectif « raciste ». Il se fonde pour ce faire sur l'intention du législateur de 1946, en affirmant que l'insertion du mot « race » dans ce texte aurait été le produit de circonstances fortuites¹⁵⁷. S'ajoute à cette lecture le poids du passé lié au régime de Vichy ainsi que l'argument plus classique de l'inexistence des « races ». Cette substitution, précise A. Marie-Jeanne, n'entend pas mettre un terme à la lutte contre le racisme : elle permettrait simplement de prévenir d'éventuels usages ambigus du terme « race », c'est-à-dire, les risques de légitimation du mot « race » dénoncés dès 1990. Il faut y ajouter l'argument de l'autorité de la « science » et du progrès dont certains parlementaires déduisent l'inanité du mot « race » dans le texte constitutionnel. Lors de la séance consacrée à la proposition de loi présentée par le député Marie-Jeanne, la garde des Sceaux de l'époque, Christiane Taubira, s'est ralliée à la proposition de suppression du mot « race » de la Constitution. On comprend, à lire le compte rendu des débats de 2013, que ce point de vue porté par plusieurs députés de gauche est motivé par d'éventuels risques de dérives venant de la droite ou de l'extrême droite avec l'utilisation du mot « race »¹⁵⁸, mais aussi, on l'a dit, au regard de l'autorité de la « science » ici comprise au sens de « progrès ».

Récemment, en 2018, la controverse a resurgi, lorsque la Commission des lois de l'Assemblée nationale a voté la suppression du mot « race » de la Constitution¹⁵⁹. La garde des Sceaux, Nicole Belloubet est allée dans le même sens en reprenant un argument doctrinal selon lequel, la suppression du mot « race » de l'article 1^{er} laissait intacts de « nombreux filets de sécurité juridique »¹⁶⁰ : le mot « race » serait conservé dans le préambule tandis

réprimant les comportements racistes », *Légipresse*, n° 306, juin 2013 ; B. JOUANNEAU, « Oui, on peut supprimer le mot 'race' de la loi sans dommage », *Légipresse*, n° 307, juillet 2013 ; N. HEINICH, « Six naïvetés à propos du mot 'race' », *Libération*, 25 juillet 2013.

157 Telle est l'interprétation proposée dans la revue *Mots* par J.-J. Israel.

158 Les députés qui interviennent à la suite d'Alfred Marie-Jeanne (F. Asensi et C. Capdevielle) se réfèrent au discours de Dakar de Nicolas Sarkozy ainsi qu'à l'idée d'une inégalité des civilisations défendue par Claude Guéant le 5 février 2012 lors d'un discours à l'Assemblée nationale organisé par l'UNI.

159 F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Supprimer le mot 'race' de la Constitution : oui, mais... », *Libération*, 13 juillet 2018 ; G. CLAVEL, « Les députés d'accord pour supprimer le mot 'race' de la Constitution (et introduire la lutte contre le sexisme). Un consensus se dégage pour remplacer cette notion 'infondée' par la réaffirmation de l'égalité des sexes », *Le Huffington Post* (France), 27 juin 2018 ; J.-F. MONTGOLFIER, « Origine-race-religion, triptyque gagnant », *Le Monde*, 7 juillet 2018 ; P.-A. TAGUIEFF, « Supprimer le mot 'race' de la Constitution serait contre-productif », *Le Figaro*, 12 octobre 2018 ; A. PICHOT, « Sur la notion de race », *Mediapart*, 4 juillet 2018 ; E. FASSIN, « Le mot race – cela existe », *AOC*, 10 avril 2019 ; E. FASSIN, « Le mot race – Le mot et la chose », *AOC*, 11 avril 2019.

160 Commission des lois, juin 2018, Assemblée nationale, XV^e Législature, CR du jeudi 12 juillet 2018.

qu'il serait supprimé de l'article 1^{er}¹⁶¹. Certains parlementaires ont proposé de remplacer le mot « race » par celui d'« origines » ou par l'expression « prétendue race » que l'on trouve désormais dans les énoncés législatifs et réglementaires récemment modifiés sur le sujet. L'examen précédent du droit positif le montre : le législateur substitue désormais l'expression « prétendue race » au terme « race »¹⁶². Il y a donc une cohérence assumée qui cherche à vider de sa substance la critique selon laquelle supprimer le mot « race » de la Constitution reviendrait à créer un « vide » juridique.

Les propositions de réforme constitutionnelle qui émergent entre 2002 et 2018 s'agrègent autour d'un clivage classique « progressistes » *vs* « réactionnaires ». D'un côté la revendication de l'unité du genre humain inscrite dans une tradition humaniste et rationaliste des Lumières, de l'autre une forme dénoncée de compromission implicite à l'égard des différences de civilisation. Ce qui est ici contesté est le risque que présenterait un usage biologique et culturel de la « race » permettant de (ré)-instaurer une hiérarchie entre les communautés¹⁶³. Les discours autour de la suppression du mot « race » cherchent moins à définir les fondements d'une politique antiraciste qu'à mettre fin à un état du droit jugé contraire à une certaine idée du « progrès » humain. Le mot « race » est dès lors appréhendé hors de tout contexte. Il est pris en soi, comme un problème à part entière. Trois acceptions, généralement confondues dans les discours, ressortent tant des propositions parlementaires que des débats doctrinaux. 1) La connotation du mot « race » qui émane des débats doctrinaux sur sa suppression renvoie au contexte historique d'après-guerre (1945) : l'apparition de la « race » est liée à des circonstances historiques précises. Elle vise à marquer une rupture symbolique d'avec des systèmes politiques antérieurs fondés sur la domination raciale. 2) Dans le même temps, la « race », prise dans son sens le plus général (biologique) est appréhendée de manière décontextualisée, ce qui permet d'en justifier la disqualification *ab initio*. 3) Enfin, à la différence des débats parlementaires, la « race » est parfois mobilisée dans les débats de la revue *Mots* de 1992, comme un concept dont certains usages pourraient permettre de lutter contre le racisme et de mieux le comprendre.

161 Cette position avait déjà été défendue, on l'a dit, par Jean-Jacques Israel dans la revue *Mots* (J.-J. ISRAEL, « La non-discrimination raciale dans les textes constitutionnels français : présence ou absence », *Mots. Les langages du politique*, vol. 33, 1992, p. 343-350).

162 Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle n° 2016-1047 du 18 novembre 2016 ; loi relative à l'égalité et à la citoyenneté n° 2017-86 du 27 janvier 2017.

163 C. Lavigne fait remarquer que les définitions constructivistes de la race comme catégorie d'analyse critique permettant de lutter contre le racisme n'ont pas été prises en compte dans les débats parlementaires (C. LAVIGNE, « La suppression du mot 'race' des textes juridiques français », *RDP*, n° 3, 2016, p. 917-934) ; il montre aussi de quelle manière le mot race aurait pu être maintenu au regard de la pratique du législateur européen de la directive 2000/43/CE.

Il est à cet égard frappant d'observer qu'aucun effort n'a été entrepris pour inscrire la discussion parlementaire autour de la suppression du mot « race » dans l'histoire contemporaine de l'antiracisme en France¹⁶⁴. Et surtout, rien n'a été dit sur la possibilité d'entendre le concept de « race » autrement qu'en le réduisant à sa signification biologique¹⁶⁵. Ce parti pris des discours parlementaires fait peu de cas du comparatisme. Tout se passe *comme si*, sur la question de l'élimination du mot « race », certains juristes et acteurs politiques entendaient marquer une insularité par rapport au reste du monde anglo-américain, alors même que, du strict point de vue intellectuel et juridique, il n'en est rien¹⁶⁶. Cette insularité apparaît largement exagérée tant du point de vue des modèles sociétaux que des justifications apportées au soutien de la

164 A. HAJJAT, *La marche pour l'égalité et contre le racisme*, Paris, Éd. Amsterdam, 2013 ; J.-P. DEDIEU et A. MBOJ-POUYE, « The first collective protest of black African migrants in postcolonial France (1960–1975): a struggle for housing and rights, Ethnic and Racial Studies », *Ethnic and Racial Studies*, 2016, vol. 39, n° 6, p. 958-975 ; sur la structuration associative de l'antiracisme en France : P. PICOT, « L'heure de nous-mêmes a sonné ». *Mobilisations antiracistes et rapports sociaux en Île-de-France (2005-2018)*, thèse Université Paris Diderot, 2019, p. 45-86. On observe la même tendance à l'évasion du contexte historique s'agissant de la loi dite Taubira du 21 mai 2001, n° 2001-434 où le terme « race » n'est jamais employé lorsqu'il n'est pas purement et simplement adouci par un terme plus neutre afin de désigner les victimes liées à la traite transatlantique, celui de « populations » en l'occurrence. Sur cette question, on renvoie à S. CALIXTE, « La loi reconnaissant la traite négrière et l'esclavage des noirs dans les possessions françaises d'outre-mer en tant que crime contre l'humanité », *Pouvoirs dans les Caraïbes*, 15/2007, <https://doi.org/10.4000/plc.190>.

165 On peut s'étonner par exemple, que même les travaux du numéro spécial de la revue *Mots* n° 33 de 1992 notamment dans le domaine linguistique, philosophique, *etc.* soient insuffisamment mobilisés dans les débats parlementaires. Il en est de même, en 2018, du numéro spécial de la revue *Mots*, consacré à la question (E. DEVRIENDT, M. MONTE et M. SANDRÉ, « Dire ou ne pas dire la 'race' en France aujourd'hui », *Mots. Les langages du politiques*, n° 116, 2018/1).

166 On pense ici aux arguments philosophiques développés depuis longtemps par le philosophe Kwame Anthony Appiah visant à supprimer l'usage du mot « race » (K. A. APPIAH, « The uncompleted argument: Du Bois and the illusion of Race », *Critical Inquiry*, 1985, n° 1, vol. 12, p. 21-37 ; K. A. APPIAH, *In My Father's House. Africa in the Philosophy of Culture*, New York, Oxford University Press, 1993). On renvoie sur ce point à la troisième partie de notre étude. Pour un aperçu des débats faisant état des arguments sceptiques à l'égard du mot « race » dans l'espace intellectuel anglo-américain, on renvoie à l'ouvrage dirigé par Magali Bessone et Daniel Sabbagh (M. BESSONE et D. SABBAGH, *Race, racisme, discriminations. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann éditeurs, coll. « L'avocat du diable », 2015, p. 45-47). L'opinion majoritaire du juge Roberts dans l'arrêt très controversé (4 voix contre 5) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, n° 1, 551 US 701 (2007) ne dit rien de bien différent de ce que l'on peut entendre en France, s'agissant de l'emploi du mot « race » : « *Accepting racial balancing as a compelling state interest would justify the imposition of racial proportionality throughout American society, contrary to our repeated recognition that "[a]t the heart of the Constitution's guarantee of equal protection lies the simple command that the Government must treat citizens as individuals, not as simply components of a racial, religious, sexual or national class" (quoting Metro Broadcasting, 497 U. S., at 602 (O'Connor, J. dissenting). Allowing racial balancing as a compelling end in itself would effectively assur[e] that race will always be relevant in American life, and that the ultimate goal of eliminating entirely from governmental decision making such irrelevant factors as a human being's race will never be achieved. An interest "linked to nothing other than proportional representation of various races [...]" would support indefinite use of racial classifications, employed first to obtain the appropriate mixture of racial views and then to ensure that the [program] continues to reflect that mixture.* ».

suppression du mot « race » de la langue juridique. Depuis plusieurs années existent aussi aux États-Unis des arguments similaires à ceux que l'on retrouve en France, quant à la volonté de supprimer le mot « race » du langage ordinaire et juridique¹⁶⁷. En revanche, les raisons au soutien de la suppression du mot « race » sont porteuses de formes d'antiracisme et de modèles sociétaux, parfois différents des deux côtés de l'Atlantique¹⁶⁸.

Si la « race » s'est donnée à voir chez les juristes à la faveur des débats liés aux différentes propositions de modification de la constitution¹⁶⁹, l'expression de ces différents points de vue s'est traduite dans certains cas, par la convocation d'un antiracisme éthique et rationaliste¹⁷⁰, condamnant par principe le racisme tout en bannissant par la même occasion tout emploi du concept de « race ». C'est dans le domaine émergent de la non-discrimination qu'une prise de position s'est fait clairement sentir sur l'arrière-plan sociétal susceptible d'occulter la discussion sur la « race ».

B. *Non-discrimination et « race » dans la doctrine française et européenne*

La non-discrimination est abordée sur le tard dans les travaux juridiques (comprenons ici ceux de la doctrine universitaire) à la faveur de la transposition de la directive « race » (1) ; les débats se concentrent moins sur l'analyse des différentes formes de discrimination que sur le lien qu'elles entretiennent avec le principe plus général d'égalité. En creux, les rapports entre principe

167 On parlera, pour être encore plus précis, d'une forme d'éliminationisme très ordinaire (à la différence de celle défendue par exemple par Appiah) soutenant que puisque les races n'existent pas, il y a tout lieu de les éliminer du langage juridique. Aux États-Unis, la suppression du mot « race » est portée par l'idéologie postracialiste. Cette idéologie se définit *lato sensu* comme une idéologie qui, capitalisant sur les progrès de la science, considère le racisme comme une question désormais résiduelle du point de vue des politiques publiques. Naturellement, l'analogie entre le postracialisme américain et celui défendu par certains parlementaires français réside précisément dans l'élimination de la « race » au regard de la science d'une part et, d'autre part, sur la perception du racisme comme un fait social résiduel. La divergence entre les deux approches tient dans la représentation de la société (multiculturelle pour les uns, unitaire pour les autres). Aux États-Unis, une telle idéologie a été défendue par le Président B. Obama lors de sa première campagne électorale. Sur l'analyse du postracialisme : S. CHO, « Post-Racialism », *Iowa Law Review*, 2009, vol. 94, n° 5, p. 1589-1650.

168 Par ex. : « antiracisme 'universaliste' vs antiracisme (multi) culturaliste du respect des différences [...], paradigme républicain officiel vs postcolonial [...] égalitaire vs identitaire » (E. DEVRIENDT, M. MONTE et M. SANDRÉ, « Analyse du discours et catégories 'raciales' : problèmes, enjeux, perspectives », *Mots. Les langages du politique*, n° 116, 2018/1, p. 12).

169 Pour une démarche différente : S.-L. BADA, art. cit. (n. 137) ; S.-L. BADA, *La définition juridique de la « race ». Exemples français et américains*, Mémoire Université de Rouen, 2009, 59 p.

170 Par exemple : E. DECAUX (dir.), *op. cit.* (n. 138) ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et F. POTIER, *Contre le racisme et l'antisémitisme*, Paris, Dalloz, coll. « À savoir », 2018 ; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Sirey, coll. « Université », 2008, 8^e éd., p. 166-176.

d'égalité et non-discrimination convoquent implicitement des modèles sociétaux différents au sein desquels s'articulent différentes conceptions ou disqualifications de la non-discrimination (2).

1. L'introduction de la non-discrimination raciale en droit français

Les réflexions consacrées au concept de discrimination restent marginales au sein de la doctrine juridique. Les sciences sociales, de leur côté, ont aussi eu recours plus tôt au terme de discrimination soit dans une approche comparée, soit simplement afin de rendre compte plus finement d'une réalité empirique qui échappait jusque-là à l'analyse des faits sociaux¹⁷¹. À la différence du *Civil Rights Act* aux États-Unis¹⁷² ou du *Race relations Act* en Grande-Bretagne, le traitement des discriminations en France a privilégié le terrain des politiques publiques. L'étude des discriminations raciales n'occupe pas la réflexion de la doctrine juridique. Une telle réserve ne repose pas uniquement sur le manque d'ouverture disciplinaire, même s'il faut reconnaître qu'une division du travail académique s'est opérée, reléguant les politiques de discrimination au champ des politiques publiques¹⁷³. Il y a, en plus, la contrainte liée à la construction de l'objet. On veut dire par là que l'analyse du droit positif français – celle du droit interne – oblige à reconnaître qu'il n'est pas possible d'envisager d'introduire le concept de discrimination sans en référer au préalable au principe plus général d'égalité¹⁷⁴. Se pencher sur

171 P. SIMON, « Introduction au dossier : 'la construction des discriminations' », *Sociétés Contemporaines*, 2004/1, n° 53, p. 5-10 ; L. BERENI et V.-A. CHAPPE, art. cit. (n. 63) ; M. EBERHARD, « Discrimination », in S. LAACHER, *Dictionnaire de l'immigration en France*, Paris, Larousse, 2012, p. 164-171.

172 Sur l'origine du droit de la non-discrimination aux États-Unis : M. MERCATS-BRUNS (ed.), *Discrimination at work. Comparing European, French, and American Law*, University of California Press, 2016, p. 9-28.

173 D. BORILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2003 ; G. KOUBI et G. GUGLIELMI, *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2010.

174 Sur le principe d'égalité de manière générale et sans prétendre à l'exhaustivité : O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi et le contrôle juridictionnel des actes du législateur et de l'administration en droit allemand*, Paris, Economica, 1992 ; S. CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Economica - PUAM, 1995 ; G. PELLISIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes : droit public », 1996 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica - PUAM, coll. « Droit public positif », 1997 ; F. EDEL, *Le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Contribution à une théorie générale du principe d'égalité*, thèse Université de Strasbourg, 2003 ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003 ; O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Paris, Economica, coll. « Corpus. Essais », 2004 ; F. EDEL, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, 2009, n° 49/1, p. 213-242.

cette interaction (non-discrimination/égalité) permet précisément de saisir les jugements de valeur sous-jacents aux réticences liées à l'étude de la discrimination raciale en droit français. En plus d'entendre la « race » dans son sens le plus réducteur (biologique) et des craintes liées à cet usage, il faut aussi comprendre que l'indivisibilité de la Nation dissuade d'engager une discussion sur les discriminations raciales, cette fois-ci au risque d'ouvrir la voie à de potentielles dérives différentialistes. Bien entendu, ce dernier argument n'est pas propre à la discrimination raciale : il s'étend aux autres formes possibles de différenciation (fondées sur le genre par exemple).

L'interprétation consacrée du principe d'égalité est désormais connue : « le principe d'égalité vaut toutes choses égales par ailleurs, c'est-à-dire qu'il n'interdit pas que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Il en résulte que la conception de l'égalité qui prévaut en France n'est ni générale ni absolue puisque l'application de ce droit fondamental s'apprécie en fonction des circonstances entourant l'édiction des textes législatifs et, surtout, de l'intention du législateur »¹⁷⁵. Formulé en ces termes, l'énoncé reste vague¹⁷⁶. Il faut y adjoindre au sens usuel un certain *habitus républicain* pour reprendre l'expression de M. Eberhard¹⁷⁷. L'égalité dont il est ici question appréhende les individus, non les groupes¹⁷⁸. C'est à l'aune de ce référentiel que se sont développées dans le champ juridique, les réflexions doctrinales sur la non-discrimination.

175 L. FAVOREAU, J. TREMEAU, P. GAÏA, *et al.*, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2016, 7^e éd., p. 431.

176 On peut en effet l'entendre dans un sens radicalement différent : F. DHUME et K. HAMDANI, *Vers une politique française de l'égalité*, Rapport du groupe « mobilités sociales » au ministre de l'Emploi, du Travail, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, et à la ministre déléguée à la Réussite éducative, 2013, 93 p ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et E. FONDIMARE, « Incompatibility between the 'French Republican Model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », in B. HAVELKOVÁ et M. MÖSCHEL (eds), *op. cit.* (n. 133), p. 56-75.

177 Cet *habitus* est constitué du triptyque : aveuglement à la couleur, méritocratie (les seules inégalités légitimes sont fondées sur le mérite) et national (la seule communauté légitime est la communauté nationale) : M. EBERHARD, « Habitus républicain et traitement de la discrimination raciste en France », *Regards Sociologiques*, n° 39, février 2010, p. 71-83, spéc. p. 82.

178 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], 9|2016, mis en ligne le 8 mars 2016, consulté le 8 janvier 2021, <http://journals.openedition.org/revdh/2049>, DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2049>. Il est intéressant, ici encore, de noter la proximité d'une telle conception avec celle développée par la Cour suprême américaine à l'encontre de la discrimination positive (*City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488- US 469 (1989)) : dans cet arrêt, le juge Scalia développe une argumentation en faveur du retour à une égalité formelle s'agissant du choix d'entreprises sous-traitantes, ce à quoi la Cour va se rallier).

La mise à l'agenda politique de la discrimination n'a pas résulté, comme aux États-Unis, d'un mouvement social équivalent à celui des droits civiques¹⁷⁹. Elle n'a pas non plus emprunté le canal juridictionnel. Ce n'est qu'à la fin des années 1990 que la discrimination en général et la discrimination raciale en particulier trouvent un faible écho dans la mise en œuvre des politiques publiques¹⁸⁰. Le thème de la « discrimination » apparaît tardivement dans le champ juridique, bien après les dispositifs, réflexions et débats menés autour de l'intégration dès la fin des années 1980¹⁸¹. Il est investi par la haute fonction publique et les sciences sociales, principalement par voie de rapports associant des juristes engagés dans le milieu associatif, non la doctrine juridique dans son ensemble¹⁸². À titre d'illustration, le rapport « Belorgey » plaçant pour une utilisation mesurée et antiraciste du mot « race » dans le traitement de la discrimination raciale ne semble avoir eu qu'un faible écho¹⁸³.

L'emploi du terme discrimination a aussi été subordonné à l'introduction dans l'ordre juridique des normes européennes¹⁸⁴. Dans ce dernier domaine, l'influence doctrinale du droit français a été paradoxalement mineure au sein de l'espace académique européen¹⁸⁵. Si le terme de « discrimination » est

179 Ce qui ne veut certainement pas dire qu'il n'y a pas eu de mouvements sociaux en France : A. HAJJAT, *op. cit.* (n. 164).

180 Sur l'analyse de la mise en œuvre de ces politiques publiques et de leur ambivalence : S. MAZOUZ, *op. cit.* (n. 49), spéc. chap. 1 et 2, p. 31-105.

181 On se réfère ici à la création du Haut conseil à l'intégration : D. FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *RFSP*, 2002/4, vol. 52, p. 405-407 ; v. aussi le dossier « Intégration. Relégation ou creuset républicain », *Pouvoirs Locaux*, n° 10, 1991, p. 86-122.

182 Haut Conseil à l'intégration, Lutte contre les discriminations, *faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1998, 114 p. ; J.-M. BELORGEY, *Lutter contre les discriminations*, Rapport à madame la ministre de l'Emploi et de la Solidarité, mars 1999, 71 p. ; E. CARDE, D. FASSIN, N. FERRÉ et S. MUSSO-DIMITRIJEVIC, *Un traitement inégal. Les discriminations dans l'accès aux soins*, Rapport d'étude n° 5, Bobigny, Cresp, 2002, 540 p. Il est significatif que les travaux menés par le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) aient peu été discutés dans la doctrine juridique ; le canal associatif semble avoir été privilégié à cet égard.

183 J.-M. BELORGEY, *op. cit.* (n. 182), p. 16-20.

184 M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976 ; P. WACHSMAN, *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2018, p. 66-70 ; F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Némésis-Bruylant, coll. « Droit et justice », 2008, n° 8 ; J. ADRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de non-discrimination dans le droit européen », in F. LEMAIRE et B. GAURIAU (dir.), *Les discriminations*, Paris, Cujas, coll. « Actes & Études », 2012, p. 47-58.

185 La directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique fut largement influencée par les droits anglais et néerlandais. Les travaux en langue anglaise sont nombreux sur la question : C. BARNARD et B. HEPPLER, « Substantive equality », *Cambridge Law Journal*, 2000, vol. 59, n° 3 ; M. SZYSZCZAK (ed.), *Discrimination: The Limits of Law*, London, Mansell, 1992, p. 562-585 ; M. BELL, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford

introduit par la loi « Pleven », en écho au vocabulaire de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965¹⁸⁶, il faut attendre les années 2000 et l'adoption de deux directives européennes pour qu'il s'ancre durablement dans le système juridique national¹⁸⁷. La généalogie des textes européens sur le racisme apparaît, de ce point de vue, intéressante. C'est la recrudescence, dès 1984, des partis d'extrême droite qui pousse la Commission européenne à engager une action dans le domaine de la lutte contre le racisme. Dans les années 1990, les restrictions liées aux politiques migratoires européennes ainsi que la disparité des législations en matière de racisme et de xénophobie incitent le Conseil de l'UE à prendre des mesures instaurant un minimum de garanties nécessaires en matière de libertés fondamentales¹⁸⁸. Les deux directives majeures sont accompagnées d'un livre vert publié en 2003 par la Commission autour du thème de la « diversité ». Comme le note M.-T. Lanquetin : « *La question de la diversité a fortement interrogé le modèle républicain français* »¹⁸⁹ dans la

University Press, 2002 ; F. BRENNAN, « The Race Directive: Recycling Racial Inequality », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 5, 2002/3, p. 311-331 ; C. BROWN, « The Race Directive: Toward Equality for All the People of Europe? », *Yearbook of European Law*, 2002, vol. 21, p. 195-227 ; J. SOLOMOS, *Race and racism in Europe*, 2003 London, Palgrave, 3rd ed. ; B. HEPPLER, « Race and Law in Fortress Europe », *The Modern Law Review*, 2004, n° 1, janvier 2004, p. 1-15 ; E. HOWARD, « Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts », *European Law Journal*, 2005, vol. 11, n° 4, p. 468-481 ; E. HOWARD, « The EU Race Directive: Time for Change? », *International Journal of Discrimination and Law*, 2007, vol. 8, n° 4, p. 237-261 ; M. GRIGOLO et C. HERMANIN et M. MÖSCHEL (dir. n° spécial), *Should and does Race Count in Fighting Discrimination in Europe? Ethnic and Racial Studies*, vol. 34, 2011, Issue 10. Non seulement l'influence de la doctrine française a été mineure dans les débats qui ont présidé l'adoption de la directive « race », mais la position française a elle aussi manqué de cohérence globale : G. CALVÈS, « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 485-500.

- 186** Sur la genèse de la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme qui introduit le terme de discrimination : V.-A. CHAPPE, *op. cit.* (n. 63), p. 23-36. De manière antérieure, le mot discrimination apparaît à l'article 104, 5^o) du Traité de Versailles et à l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine sur la nullité de tous les actes qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la « qualité de juif ».
- 187** Avec les deux directives « race » et « égalité : n° 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et n° 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : J.-F. FLAUSS, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *RTDH*, 2001, n° 46, p. 487-515 ; E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- 188** J. RINGELHEIM, « L'Europe en quête d'égalité : genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique », in F. GUIOMARD et S. ROBIN-OLIVIER, *Diversité et discriminations raciales. Perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2009, p. 99-119.
- 189** M.-T. LANQUETIN, « Discriminations », in *Répertoire Dalloz de droit du travail*, janvier 2010. Pour une réflexion sur la diversité en droit : F. GUIOMARD et S. ROBIN-OLIVIER, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts », in F. GUIOMARD et S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.* (n. 188), p. 1-21.

mesure où il fut envisagé d'inscrire la notion de « diversité » dans le préambule de la Constitution : on sait ce qu'il en advint, au regard des conclusions circonspectes du rapport Veil. Le livre vert mentionne par ailleurs, une nouvelle terminologie : « race », islamophobie, protection des minorités, *etc.*, peu commune au langage du droit français. La directive « race » introduit par exemple le recours aux statistiques ethniques dans le but de mieux appréhender les discriminations raciales de même qu'elle reconnaît la possibilité d'établir l'existence d'une discrimination indirecte. Ces nouveaux dispositifs correspondent peu à une certaine idée du « modèle » français de société, comme l'ont vite remarqué certains¹⁹⁰. Ils ont de plus été censurés – concernant les statistiques ethniques –, par le Conseil constitutionnel en 2007¹⁹¹.

On comprend sans peine la difficulté d'inscrire un débat sur la discrimination raciale dans un tel contexte. La loi de transposition de la directive « race » permet, ici encore, d'en prendre la mesure sur le terrain parlementaire. Dès 2001, plusieurs directives dont la directive « race » font l'objet de transpositions (directives 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2000/43/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE). Ces transpositions se font de manière incomplète et souvent désordonnées en sorte que la Commission européenne adresse en mars 2007 deux mises en demeure à la France dans le cadre d'une procédure en manquement. Au nombre des griefs formulés par la Commission, la non-transposition de définitions formulées par les directives, dont la directive « race ». S'y ajoute l'absence claire d'une définition des discriminations directes et indirectes. C'est dans ce contexte que la loi du 27 mai 2008 sera adoptée avec les réserves parlementaires que l'on connaît¹⁹². Il fallut pas moins de deux mises en demeure pour que s'achève la transposition de la directive « race »¹⁹³. Lors de la séance de discussion, plusieurs députés font part de leur malaise à l'égard de l'emploi du mot « race », et ce, alors même que la directive prend soin de préciser au considérant n° 6 que : « *L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot 'race' dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories* ». Le texte adopté par l'Assemblée nationale substitue l'emploi du mot « race » à l'expression « *appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race* »¹⁹⁴. Le Sénat exprime aussi son inquiétude quant à d'éventuelles dérives identitaires face

190 G. CALVÈS, « Il n'y a pas de race ici. Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique Internationale*, 2002/4, n° 17, p. 173-186.

191 Sur le sujet : C. WILLMANN, « Statistiques ethniques : le Conseil constitutionnel censure la 'loi Hortefeux' », *Lexbase Hebdo*, Éd. Sociale, 22 novembre 2007, n° 282.

192 Pour une critique du processus de transposition : G. CALVÈS, art. cit. (n. 185).

193 <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0695.asp> (consulté le 21 janvier 2021).

194 <http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0115.asp> (consulté le 21 janvier 2021).

à un texte imprégné de culture anglo-saxonne¹⁹⁵. Nombre d'amendements formulés par le groupe socialiste proposent d'expurger purement et simplement le terme « race » de la version définitive¹⁹⁶. En définitive, le texte fera place au mot « race », mais de manière circonscrite en consacrant l'expression précitée « *d'appartenance ou de non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, ou une race* ». La teneur de ces débats traduit l'embarras de parlementaires peu accoutumés à une manière de raisonner qui leur apparaît « étrangère ». Cet embarras est aussi perceptible au sein de la doctrine juridique quand on prend la peine d'examiner la littérature doctrinale consacrée aux discriminations ces dernières années. Ce qui est abordé en tant que tel, ce n'est pas la discrimination raciale, mais plutôt le rapport qu'entretient le principe d'égalité avec la non-discrimination.

2. De quoi le rapport entre l'égalité et la non-discrimination est-il le symptôme ?

Il ne peut être question ici de procéder à un inventaire exhaustif des débats qui ont trait aux relations qu'entretiennent le principe d'égalité et la non-discrimination de manière générale¹⁹⁷. Nous voudrions essayer de montrer toutefois qu'ils constituent paradoxalement un espace d'invisibilisation des discriminations raciales ; la mobilisation ou la disqualification de ce concept fait appel à des représentations sociétales implicites. C'est à travers ces multiples implicites sociétaux¹⁹⁸ que les juristes définissent en creux un concept de non-discrimination.

195 « *La conception de la lutte contre les discriminations, véhiculée par le projet de loi et très inspirée des pays anglo-saxons, pourrait conduire à des dérives communautaristes, en conduisant chacun à se percevoir davantage comme un membre d'un groupe discriminé que comme une personne singulière s'inscrivant dans une communauté nationale* » : <https://www.senat.fr/rap/107-253/107-2531.html#toc16> (consulté le 21 janvier 2021).

196 https://www.senat.fr/amendements/2007-2008/241/jeu_classe.html (consulté le 21 janvier 2021).

197 On renvoie ici aux travaux de : J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, thèse Université d'Angers, 2017 ; R. MÉDARD-INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, thèse Université Paris Nanterre, 2020 (titre 2, chap. 2).

198 Exprimés par exemple dans le domaine de la philosophie politique : A. RENAULT, *Égalité et discrimination. Un essai de philosophie politique appliquée*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2007 ; S. GUÉRARD DE LATOUR, *Vers la République des différences*, Presses Universitaires du Mirail, coll. « Philosophica », 2009. Cette caractéristique, on le rappelle, semble propre au discours doctrinal français. Pour une approche à la fois juridique et de philosophie politique sur les discriminations : M. COHEN, T. NAGEL et T. SCANLON (eds), *Equality and Preferential Treatment: A Philosophy & Public Affairs Reader*, Princeton, Princeton University Press, 1977 ; O. FISS, *A Community of Equals*, Boston, Beacon Press, 1999 ; R. DWORKIN, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 ; D. HELLMAN et S. MOREAU (eds), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

La langue juridique intègre, on l'a dit, la non-discrimination dans la norme plus large du principe d'égalité¹⁹⁹. Faut-il considérer les deux comme antinomiques ou complémentaires, si oui, en quel sens ? Il faut dès à présent parvenir à démêler plusieurs positions doctrinales très distinctes. Une partie de la doctrine s'est en effet attachée à donner au concept de discrimination un contenu opératoire pour la dogmatique juridique²⁰⁰. Cette réflexion tente d'articuler un concept de discrimination avec l'interprétation plus générale du principe d'égalité²⁰¹. Elle propose, au-delà des interdictions expresses (discrimination raciale, par exemple), de se livrer à une analyse plus « concrète » permettant d'appréhender un « comportement discriminatoire ».

De même, d'autres auteurs ont eu recours aux instruments internationaux et européens comme grille de lecture de la non-discrimination en droit interne. Les catégories développées par la jurisprudence de la Cour de justice (discrimination directe *vs* indirecte, matérielle *vs* substantielle ou encore discrimination systémique) s'agissant de l'égalité homme-femme ainsi que le droit dérivé adopté ultérieurement sont mobilisés en ce sens²⁰². Une proposition de reformulation du principe d'égalité – égalité substantielle – a aussi été suggérée afin d'y intégrer le concept de discrimination. D'aucuns en déduisent qu'il faudrait, en droit interne, pouvoir reconnaître son plein effet au principe de non-discrimination²⁰³.

- 199** F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Sirey », 2018, 3^e éd., p. 206-213.
- 200** D. LOCHAK, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit Social*, novembre 1987, n° 11, p. 787 ; F. EDEL, *op. cit.* (n. 174) ; M. BORGETTO, « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, 2008/4, n° 148, p. 8-17 ; F. LEMAIRE, *La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe qui nous manque ?*, RFDA, mars/avril 2010, p. 301-308 ; J. PORTA, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos du sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *RDT*, mai 2011, p. 290-297 et J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement : à propos des sens de l'égalité dans le droit à l'égalisation », *RDT*, n° 6, juin 2011, p. 354-362.
- 201** D. THARAUD, « Les discriminations positives ou la figure triangulaire de la proportionnalité », *RTDH*, 2008/75, p. 743-772 ; pour une étude montrant à la fois l'éparpillement des textes sur la discrimination et les insuffisances de sa mise en œuvre : T. GRÜNDLER, J.-M. THOUVENIN et T. DUMORTIER (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport de recherche financé par le GIP Mission de Recherche Droit et Justice (avec la participation du CTAD, CREDOF, CEDIN), 2016, 462 p.
- 202** M.-T. LANQUETIN, « Le principe de non-discrimination », *Droit ouvrier*, 2001, p. 186-193 ; N. FERRÉ, « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, p. 33-55 ; M.-T. LANQUETIN, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *Migrations Études*, n° 126, 2004, p. 1-14 ; ou aussi, s'agissant de montrer les difficultés d'appréhension de la discrimination raciale en droit interne du travail : A. GARDIN et A.-L. ZABEL, « Les discriminations raciales au travail », *RJS*, 2/2003, p. 87-98.
- 203** J. CHARRUAU, *op. cit.* (n. 197). Sur la reconnaissance du droit de la non-discrimination comme discipline : M. MERCAT-BRUNS, « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.*, février 2017, p. 224-230.

Une autre prise de position, plus courante, consiste à interpréter la non-discrimination comme une déclinaison particulière du principe d'égalité, sans lui reconnaître une quelconque spécificité normative²⁰⁴. Le dispositif de droit souple sur lequel repose la « discrimination positive » à la française est soigneusement dissocié de son éventuelle reconnaissance normative²⁰⁵. Enfin, une dernière prise de position recourt à la distinction classique entre égalité de droit *vs* égalité de fait pour reléguer l'usage du mot discrimination dans le domaine de l'égalité de fait ; le mot est aussi disqualifié au regard de la charge idéologique dont il serait porteur²⁰⁶. Une certaine interprétation du principe d'indivisibilité de la République tirée de l'article 1^{er} de la constitution est ici mobilisée à l'encontre de l'introduction de ce qui est perçu comme une politique de discrimination positive²⁰⁷.

- 204** G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, p. 29-40 ; G. CALVÈS, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 47-53 ; G. CALVÈS, « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 7-22 ; G. CALVÈS, « Discrimination et inégalités socio-économiques », in P. SAVIDAN (dir.), *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, Paris, PUF, 2018, p. 329-337 ; certains auteurs ont pu, lors du débat relatif à l'introduction du respect de la « diversité » dans le préambule de la Constitution, parler « d'objectif d'égalité » pour y inclure juridiquement la « discrimination positive » à la française : A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, p. 51-71 ; v. aussi dans le même sens, l'intervention de J.-M. SAUVÉ au colloque organisé par le Défenseur des droits : « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », in *10 ans de droit de la non-discrimination*, p. 11-14, <https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discri.pdf> (consulté le 22 janvier 2021) ; B. LASSERRE, « L'égalité des citoyens dans la République », Discours prononcé à l'ENM le 29 janvier 2018, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-egalite-des-citoyens-dans-la-republique-discours-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat> (consulté le 22 janvier 2021).
- 205** Il s'agit moins de reconnaître des différenciations que de construire à partir du principe d'égalité des politiques publiques correctrices fondées sur des critères impersonnels : G. CALVÈS, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », art. cit. (n. 204) ; G. CALVÈS, « La discrimination positive 'à la française' », in F. LEMAIRE et B. GAURIAU (dir.), *op. cit.* (n. 184), p. 35-45 ; L. CLUZEL-METAYER, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, mars-avril 2010, p. 309-322. Dans ce dernier travail comparatif, l'auteur montre que la Cour de cassation, notamment la chambre sociale, reconnaît une plus grande autonomie à la non-discrimination.
- 206** M.-A. LE POURHIET, « Égalité et discrimination », in F. LEMAIRE et B. GAURIAU (dir.), *op. cit.* (n. 184), p. 25-33. V. aussi : X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in F. SUDRE et H. SURREL (dir.), *op. cit.* (n. 184), p. 51-84.
- 207** A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, n° 3, p. 519-526. Sur le principe d'indivisibilité en général : F. LEMAIRE, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalité*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2010.

Les controverses qui se sont données à voir dans des revues généralistes sur la discrimination positive²⁰⁸ permettent de comprendre que, derrière la dichotomie principe d'égalité *vs* non-discrimination, se logent des perceptions sociétales concurrentes : la mobilisation d'un concept de discrimination quel qu'il soit ne peut faire l'économie de visions concurrentes de ce que doit être la société républicaine²⁰⁹. Sans surprise, ces perceptions ne sont pas toujours explicitées dans le discours des juristes et donnent l'impression d'un foisonnement de définitions et de controverses dogmatiques dans lequel il est parfois difficile de se retrouver.

Au risque de schématiser, il est tout de même possible de percevoir dans ces différents discours, plusieurs modèles implicites de société. Le premier que l'on pourrait qualifier de « *républicain inclusif* » essaie de concilier la perception juridique de l'égalité avec son correctif potentiel, à savoir la non-discrimination. Ce premier modèle comporte au moins deux déclinaisons : un républicanisme *largement inclusif* (ouvert à la possibilité de mesures de discrimination, y compris positives, inscrites dans la loi) et un républicanisme *inclusif sous conditions* (au sens où il admet *de facto* la possibilité limitée de mesures correctives, sans aller jusqu'à en reconnaître l'existence normative par la mise en œuvre discrète de mesures positives. La limite consistant ici à ne pas favoriser explicitement l'émergence de dispositifs considérés comme différentialistes, au nom de la cohérence qui s'attache à une certaine idée de l'unité de la Nation en lien avec la traduction juridique du principe d'égalité). Ce premier modèle coexiste avec un second, plus classique, que l'on pourrait qualifier de « *républicain traditionnel* ». Dans ce second modèle, l'indivisibilité de la République ne permet pas l'acceptation des différences, entendues ici comme dérogations explicites au principe plus général d'égalité. Indivisibilité s'entend ici au sens d'une transcendance des appartenances ethniques : de fait, le principe d'égalité – compris ici comme aveugle à toute reconnaissance de potentielles différences – ne serait que l'expression d'un tel système de valeurs.

Quoiqu'imparfaite, une telle systématisation permet de saisir les prises de position différentes liées à l'introduction du principe de non-discrimination en droit français. Une des traductions intellectuelles de ces différents modèles – excepté celui que l'on qualifie de *largement inclusif* – définit la Nation comme une forme politique moderne qui « [...] *intègre les populations en une communauté de citoyens, dont l'existence légitime l'action intérieure*

208 A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, 2001/2, n° 114, p. 166-177 et G. CALVÈS, « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, 2001/5, n° 117, p. 163-174.

209 Sur cette question : P. WEIL, *La République et sa diversité, Immigration, intégration, discrimination*, Paris, Seuil, coll. « La République des idées », 2005.

et extérieure de l'État »²¹⁰. L'accès à la citoyenneté constitue le processus d'intégration dans la Nation ; elle permet ce faisant de faire « corps ». Le « différentialisme » sous toutes ses formes – compris ici au sens large comme les moyens de reconnaissance des minorités –, ne peut, dans ce système de pensée, qu'être anecdotique. Il constitue même, à certains égards, une forme de régression intellectuelle, si l'on admet que la nation constitue l'aboutissement d'un progrès politique. Les controverses liées à l'affaiblissement du « modèle républicain », de « l'universalisme », *etc.* prennent donc racine dans des systèmes de valeurs plus larges qu'il convient de ne pas négliger. Il faut aussi prendre acte du réflexe consistant à croire qu'une telle interprétation de l'égalité serait propre à la forme républicaine de la France – ou du moins, cela reste-t-il encore à prouver²¹¹.

La transposition de la directive « race » n'a malheureusement pas été l'occasion d'une discussion plus large, tant en interne que dans les débats doctrinaux européens sur ce qu'un concept de « race » pourrait permettre (ou pas) de penser en droit français. Quelques travaux ont essayé de proposer une traduction juridique de la « diversité » à la lumière du droit comparé²¹². D'autres recherches antérieures ont aussi proposé une approche comparée, s'agissant de la lutte contre le racisme²¹³ ou, de manière encore plus poussée s'agissant des États-Unis, sur les liens entre racisme et fédéralisme²¹⁴. L'une des critiques adressées à l'emploi du concept de discrimination fait d'ailleurs écho à celle formulée par Marx dans la *Question juive*. Cette critique met l'accent sur le risque d'une fragmentation de la société, distincte de la communauté politique. Elle ne propose toutefois pas, à la manière des travaux d'un Lefort sur les droits de l'Homme²¹⁵, une alternative de substitution aux revendications considérées comme identitaires. Force est de

210 D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994, p. 28.

211 S'agissant des discriminations, plusieurs réflexions ont vu le jour dans la doctrine anglo-saxonne prenant en considération les effets pervers qui s'attachent à la multiplicité des critères de discrimination ainsi qu'aux usages identitaires qui peuvent en être issus. On renvoie sur ce point, au travail de I. Solanke dont le concept de stigmatisme inspiré des travaux de E. Goffman, essaye de proposer un critère unitaire des formes de discrimination (I. SOLANKE, *Discrimination as Stigma. A theory of Anti-Discrimination Law*, Oxford - London - Portland, Hart Publishing, 2017, p. 1-36). Pour une récente analyse des effets pervers du droit de la non-discrimination au sein des universités d'élite américaines : I. KHOLER-HAUSSMANN, « What's the Point of Parity ? Harvard Groupness, and the Equal Protection clause », *Northwestern University Law Review*, 2020, p. 1-23.

212 F. GUIOMARD et S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.* (n. 188).

213 C. HAGUENAU-MOIZARD, « La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni », *RIDC*, 1999, vol. 51, n° 2, p. 347-366.

214 L. ROBET et E. ZOLLER, *Les états des noirs : fédéralisme et question raciale aux États-Unis*, Paris, PUF, coll. « Béhémot », 2000.

215 C. LEFORT, *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1994, p. 45-83.

constater à ce sujet qu'il n'y a pas eu de réponse aux inspirations intellectuelles de la directive « race ».

Les débats autour de la discrimination raciale en France souffrent par conséquent de plusieurs handicaps importants. Le premier tient au poids que représente l'histoire dans l'inconscient collectif. Ce poids de l'histoire empêche d'examiner les héritages historiques liés à la « race » dans le discours juridique. Il y a surtout l'omniprésence d'un récit national fondé *a priori* sur une valeur abstraite de l'égalité lequel constitue une contrainte majeure des différentes prises de position autour de la non-discrimination. Ce poids historique et le récit national qui l'accompagne ne permettent pas d'appréhender le concept de « race » autrement que comme le cheval de Troie de revendications « identitaires ». S'y ajoute une conception largement partagée – même si, on insiste, elle est rarement explicitée d'un point de vue de philosophie politique – selon laquelle « l'égalité à la française » ne pourrait souffrir de dérogations sinon strictement encadrées au regard ce que l'on se représente comme étant un « modèle républicain » – en réalité il s'agit d'un système de valeurs.

Le poids de l'histoire et le récit national relèguent la signification du mot « race » dans le giron d'un sens commun biologique selon lequel elle ne serait que la résilience d'une absurdité historique, juridique et politique qu'il faudrait s'employer à combattre, ignorer ou simplement conserver prudemment à la manière d'un fétiche qui rappelle les horreurs liées au totalitarisme. Le cloisonnement disciplinaire entre droit et sciences sociales joue, s'agissant des difficultés liées à la construction d'un champ d'études consacré à la « race », un rôle prépondérant. On mesure dès lors les limites d'une lecture purement interne des discriminations raciales. Juges, législateur et doctrine partagent en commun l'idée selon laquelle la « race » n'existe pas ; plus encore, en faire usage reviendrait à affaiblir la signification profonde de l'égalité figurant à l'article 1^{er} de la Constitution. En se référant chacun à leurs discours respectifs, les acteurs mentionnés (doctrine, acteurs législatifs, juges) participent à construire un système autoréférentiel. De fait, le débat autour du concept de « race » demeure prisonnier d'une binarité entre deux pôles « universalisme » *vs* « communautarisme » qui ne laisse aucun espace à la production d'une pensée renvoyant dos à dos la fascination du modèle anglo-saxon et l'injonction à ne raisonner qu'à partir d'un « modèle républicain » simplifié à l'extrême²¹⁶. Sans doute convient-il de situer de plus près

216 Par exemple, la IV^e République marque bien la tension qui s'est attachée à ce modèle lorsqu'il fallut étendre la citoyenneté à l'ensemble de l'Empire : F. COOPER, *Français et africains ? Être citoyen au temps de la décolonisation*, Paris, Payot, 2014. Pour une approche de cette complexité, on renvoie aux travaux de Bruno Perreau (par ex., B. PERREAU, « L'invention républicaine. Éléments d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, p. 41-53).

l'analyse de ces discriminations au sein d'un cadre historique et théorique préalable²¹⁷.

III. DISCUSSION AUTOUR DE L'UTILITÉ D'UN CONCEPT DE « RACE » ET PERSPECTIVES DE RECHERCHE

Faire référence à un concept de « race » permettant de situer les spécificités des discriminations raciales dans leur contexte socio-historique apparaît utile à plusieurs titres (A). Non seulement parce qu'il renouvelle le regard sur l'objet « droit », couramment pratiqué par la discipline juridique, mais aussi en ce qu'il sert à rendre compte des particularismes inhérents au droit français (B). Parler de *colorblindness* en référence au droit américain n'apparaît, de ce point de vue, guère suffisant (C).

A. Utilité d'un concept critique de « race »

On évoquera en quoi il apparaît utile de recourir à un concept de « race » (1) avant d'en proposer une définition d'inspiration critique (2).

1. Justifications de l'utilité d'un concept de « race » pour le discours juridique

Les arguments présentés jusqu'ici n'ont pas eu besoin de recourir à un concept de « race ». Nous avons simplement tenté de faire état du droit positif et situé les espaces possibles de discussion autour de la « race ». La marginalité propre à la « race » ou au racisme n'est, dans ces conditions, guère étonnante. Faut-il s'en satisfaire, au motif que les maux susceptibles d'en résulter seraient encore plus grands que les remèdes²¹⁸ ? Tel n'est pas notre

217 Travail déjà entamé s'agissant du féminisme : G. FRAISSE et H. PÉRIVIER, « De l'exclusion à la discrimination. Une généalogie historique, philosophique et politique », in F. MILEWSKI *et al.*, *Les discriminations entre femmes et hommes*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 2011, p. 39-56 ; C. DELPHY, *Un universalisme si particulier : féminisme et exception française*, Éd. Syllepse, 2010 ; s'agissant du droit : E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, thèse Paris Nanterre, 2018.

218 Il convient d'être précis et de souligner sur ce point que la critique adressée à l'usage des travaux sur la « race » porte généralement sur leurs effets, notamment leur réutilisation (qualifiée « d'identitaires ») par certains milieux associatifs, que sur les travaux proprement dits. Sur ce point, S. BEAUD et G. NOIRIEL, *Race et sciences sociales*, Paris, Agone, 2021. On rappellera que ce débat consistant à dire que la dénonciation du racisme au nom de l'égalité dissimulerait une volonté de *statu quo*

choix épistémique qu'il convient de justifier. Loin de sacrifier à un quelconque fétichisme définitionnel, il est important d'évoquer l'utilité d'une définition socio-constructiviste de la « race » pour le discours juridique²¹⁹. Le concept permet, à notre avis, d'entamer une réflexion importante au sujet de l'injustice raciale. Pour le dire dans les mots de Sally Haslanger, le choix d'une définition socio-constructiviste de la « race » permet d'appréhender le processus de racisation d'un groupe social donné : c'est-à-dire si « *(par définition) ses membres sont (ou seraient) affectés à une position sociale subordonnée ou privilégiée dans certains domaines (économiques, politiques, juridiques, sociaux, etc.) et si le groupe est 'marqué' comme devant faire l'objet de ce traitement par des caractéristiques corporelles observables ou imaginaires censées témoigner de liens ancestraux avec une région géographique donnée* »²²⁰. Haslanger ajoute que les mesures correctives ciblées à l'encontre de certaines catégories défavorisées mobilisent en creux des termes raciaux, en sorte qu'il apparaît beaucoup plus avantageux de se référer à une définition socio-constructiviste de la « race » si l'on veut cerner de plus près les inégalités qui caractérisent lesdites catégories²²¹. La question ne peut être résolue en ne se référant qu'à la génétique :

social a déjà fait l'objet de travaux antérieurs bien plus approfondis : T. REED, *Towards Freedom. The Case Against Race Reductionism*, Verso Books, 2020 ; K. FIELDS et B. FIELDS, *Racecraft: The Soul of Inequality in American Life*, Verso, 2014. Du côté des *Critical Race Theory*, il faut citer entre autres, les travaux de A. D. MUTUA, « The Rise, Development and Future Directions of Critical Race Theory and Related Scholarship », *Denver University Law Review*, 2006, vol. 84, p. 330-393 ; R. DELGADO, « Blind Alley: Recent Writings About Race, Crossroads, Directions, and New Critical Race Theory », *Texas Law Review*, vol. 82, p. 121-152.

On a pu regretter que la discussion se concentre principalement sur cet aspect, au détriment de la *disputatio* académique traditionnelle. En effet, se focaliser sur les réappropriations militantes des travaux liés à la « race » n'est pas non plus sans conséquences sur les travaux académiques portant sur cette thématique. Au nombre de ces conséquences, l'assimilation de ces travaux au simple registre militant et, *in fine*, la disqualification globale des recherches menées sur le racisme en France. Sur cette question, on renvoie au dossier *Mouvements*, dirigé par A. HAJJAT et S. LARCHER, *Mouvements, Intersectionnalité*, 12 février 2019, <https://mouvements.info/intersectionnalite>.

- 219** On parle d'approche socio-constructiviste afin de désigner les interactions sociales produisant l'assignation raciale. Cette définition permet d'identifier les discours et comportements racistes sans y adhérer.
- 220** S. HASLANGER, « Une analyse socio-constructiviste de la race », in D. SABBAGH et M. BESSONE, *Race, racisme, discriminations. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, coll. « L'avocat du diable », 2015, p. 105-124 ; en anglais on renvoie à : J. GLASGOW, S. HASLANGER, C. JEFFERS, *et al.*, *What is Race? Four Philosophical Views*, Oxford University Press, 2019.
- 221** *Ibid.*, p. 13. Par exemple, l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations mentionne un ensemble de critères en apparence neutres, mais clairement ciblés à destination de certaines catégories de population : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son **apparence physique**, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son **patronyme**, de son **lieu de résidence** ou de sa **domiciliation bancaire**, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses **caractéristiques génétiques**, de ses **mœurs**, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités

la « race » constitue aussi un problème politique au sens où elle engendre des inégalités sociales dont le langage ordinaire (notamment juridique comme l'illustre l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 précitée) se fait l'écho.

Il apparaît nécessaire d'inscrire l'affirmation selon laquelle les « races » (au sens biologique) n'existent pas, dans les débats plus anciens sur les critiques liées à l'emploi du mot « race », dont l'espace académique hexagonal n'a ni l'exclusive ni l'antériorité. Les « races » n'existent pas ; elles ne constituent pas des catégories empiriquement valides et encore moins des évidences naturelles. Ce consensus est désormais bien établi scientifiquement (par les travaux de la génétique). C'est ce que les philosophes R. Mallon, et J. Glasgow qualifient de *consensus ontologique*²²². Le discrédit scientifique de la « race » a trouvé un retentissement très fort à partir des années 1950. Lévi-Strauss publie en 1952 son texte issu d'une conférence sur *Race et histoire* faisant écho aux travaux de l'anthropologue américain Franz Boas *The Mind of Primitive Man*. Ces travaux soutiennent la thèse selon laquelle les différences raciales tiennent moins de la biologie que de l'héritage socio-culturel. Ils trouvent un intérêt renouvelé lorsqu'à la demande de l'UNESCO, un groupe d'anthropologues et de généticiens rédige une « *déclaration sur la nature de la race et des différences raciales* ». L'usage du mot « race » est dans un premier temps strictement encadré pour, à partir de la fin des années 1960 et au début des années 1970, être considéré comme totalement illégitime. De là est né ce que l'on identifie dans le débat philosophique comme relevant de la position « éliminationniste » : la race ne serait qu'une pure illusion²²³. Y recourir serait vain et absurde, y compris en sciences sociales. Puisqu'il n'existe pas de « races » au sens biologique, le concept n'a aucune validité et, par conséquent, il convient de l'éliminer de nos discours. Aussi l'emploi du mot « race » souffre-t-il *a priori* d'une triple critique : scientifique (les « races » n'existent pas d'un point de vue génétique), idéologique (puisque'il est scientifiquement absurde de parler de la « race » au sens biologique, il convient de lutter contre l'emploi du mot) et historique, enfin (liée à son association avec l'héritage des totalitarismes, dont le nazisme au premier chef, qui ont émergé avant et durant la Seconde Guerre mondiale).

syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnique, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable » (nous soulignons).

222 M. BESSONE, *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et ses effets pratiques*, Paris, Vrin, coll. « Philosophie concrète », 2014, p. 57-81 ; S. GOULD, *The Mismeasure of Man*, W. W. Norton & Company, 1996.

223 K. A. APPIAH, art. cit. (n. 166), p. 21-37.

C'est dans le domaine philosophique²²⁴ qu'émerge l'un des points de vue les plus sophistiqués sur la critique de l'usage du mot « race » par W. E. B. Du Bois. Il prend sa source dans l'exégèse de ses travaux, notamment sa principale œuvre sociologique, *Les noirs de Philadelphie* publiée en 1899²²⁵. L'œuvre de Du Bois oscille un temps entre une interprétation ancrée dans la sociologie évolutionniste spencérienne²²⁶ et une signification plus sociologique d'inspiration critique. Les fortunes d'une telle ambiguïté ont été diverses. Utilisé dans un contexte de réforme sociale, le mot « race » a autant servi à réifier la minorité afro-américaine qu'à rendre compte du racisme comme croyance dans l'inégalité des « races ».

Une telle erreur participerait pour Appiah de la continuation du racisme, y compris de manière inconsciente. Recourir au mot « race » ou à toute autre terminologie différentialiste équivalente en sachant que les « races » n'existent pas d'un point de vue biologique constitue une erreur de jugement. À dire vrai, le débat apparaît plus complexe. Le sociologue américain L. Killian pointe aussi, dès 1981, le risque lié à un usage pervers des études sur la « race »²²⁷. Différemment de Appiah, le philosophe Paul C. Taylor montre de quelle manière il est possible d'aborder le mot « race » sans faire le jeu du racisme²²⁸. Ce regard prend au sérieux les désavantages matériels et symboliques de groupes sociaux spécifiques. En d'autres termes, plutôt que d'évoquer le danger inhérent à l'usage du terme « race », il faudrait pouvoir aborder le problème sous un autre angle : les croyances dans l'inégalité des « races » constitueraient un phénomène institutionnel problématique à combattre. Mais on ne peut les combattre qu'à la condition de comprendre comment ces croyances perpétuent un ensemble de pratiques à l'origine d'inégalités profondes : d'où l'utilité d'un concept de « race » permettant de désigner les groupes sociaux dominés. Le travail de Appiah a été discuté

224 Kwame Anthony Appiah (1954-) est un philosophe ghanéen spécialiste de philosophie du langage et de philosophie morale. Ses écrits interrogent l'identité, la race et le racisme, notamment à travers les textes de Du Bois.

225 W. E. B. DU BOIS, *Les noirs de Philadelphie : une étude sociale (1899), suivi de Enquête spéciale sur les Noirs employés dans le service domestique dans le 7^e district d'Isabel Eaton*, Paris, La Découverte, 2019 (trad. N. MARTIN-BRETEAU) ; v. la recension sur le sujet de Z. ZOUBIR, *Politix*, 2020/3, n° 131, p. 153-156.

226 W. E. B. DU BOIS, *Black Reconstruction. An Essay Toward History of the Past which Black Folk played in the Attempt to reconstruct Democracy in America (1860-1880)*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1935 ; W. E. B. DU BOIS, *Dusk of Dawn*, Oxford University Press, 2014. Entre la publication des noirs de Philadelphie et Black reconstruction, Du Bois passe de la « race » comprise comme un peuple à la « race » comme communauté d'expérience. Ce n'est plus l'élite noire qui est chargée d'élever les masses, mais la coopération économique issue de la communauté.

227 L. KILLIAN, « Black Power and White Reactions: The Revitalization of Race-Thinking in the United States », *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 1981, n° 454, p. 42-54.

228 P. C. TAYLOR, « Appiah's Uncompleted Argument: W. E. B. Du Bois and the reality of race », *Social Theory and Practice*, 2000, vol. 26, n° 1, p. 103-128.

en droit. La juriste Jayne Lee montre qu'en ne portant aucune attention aux significations du mot « race », certains arrêts antiracistes de la Cour suprême perpétuent le langage de la différentiation raciale. Elle suggère de réinvestir le terrain normatif de l'antiracisme au moyen d'un arsenal définitionnel plus complexe de la « race »²²⁹.

Ces différents risques liés à l'emploi du mot « race », aussi légitimes et fondés soient-ils, ne peuvent valablement suffire à faire abstraction d'une recherche scientifique sur la « race » et le racisme en droit et sciences sociales. Dire que parler du racisme serait faire le jeu du différentialisme reviendrait à nier purement et simplement l'expérience du racisme. Cela reviendrait aussi – comme c'est le cas en droit français – à proposer des dispositifs antiracistes sans même chercher à comprendre l'objet social auxquels ils sont censés s'appliquer. Il faut aller plus loin cependant dans la démonstration en revenant au terrain juridique.

En effet, l'affirmation d'un antiracisme de principe ne constitue nullement la garantie de sa perpétuation sous d'autres formes. Un exemple permettra de s'en convaincre. Depuis 1954, la Cour suprême des États-Unis s'est engagée dans la voie de la fin de la ségrégation²³⁰. Puis, trois décennies plus tard, sous la présidence du juge Rehnquist, la Cour a fermement critiqué l'usage de la notion de « race », procédant à sa disqualification dans l'arrêt *City Richmond v. JA Croson* de 1989²³¹. Ainsi a-t-elle pu affirmer dans son opinion majoritaire : « *The Dream of a Nation of equal citizens in a society where race is irrelevant to personal opportunity and achievement would be lost in a mosaic of shifting preferences based on inherently unmeasurable claims of past wrongs. [...] We think such a result would be contrary to both the letter and spirit of a constitutional provision whose central command is equality* ». L'affirmation n'a rien à envier à une conception de l'égalité à la « française ». Dans le même temps, les définitions de la « race » mobilisées par certains acteurs

229 J.-C. S. LEE, « Navigating The Topology of Race », *Stanford Law Review*, février 1994, n° 3, p. 747-780.

230 *Brown et al. v. Board Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

231 *City of Richmond v. JA Croson Co.*, 488 U.S. 469 505 (1989).

Afin d'endiguer l'héritage lié à la ségrégation raciale, le *Civil Rights Act* adopté en 1964 instaure la possibilité pour le gouvernement fédéral de réserver une part des marchés publics à des entreprises détenues par des minoritaires. D'autres mesures incitatives du même ordre furent adoptées par le Congrès après 1972. L'arrêt *Richmond* invalide un règlement municipal réservant 30 % des marchés publics de la ville aux PME. Le motif d'une telle illégalité tient dans le fait qu'une telle mesure constitue une discrimination raciale contraire à la clause d'égalité de protection des lois. Ainsi, « *le simple fait que la triste histoire de la discrimination publique et privée dans ce pays ait eu pour effet de priver les entrepreneurs noirs de nombreuses opportunités, ne suffit pas à lui seul à justifier l'établissement d'un quota racial rigide dans l'attribution des marchés de travaux de la ville de Richmond* » (L. ROBEL et E. ZOLLER, *op. cit.* [n. 213], p. 95).

constituant l'opinion majoritaire de la Cour dans cet arrêt interrogent quand on prend la peine de les analyser en détail²³².

Dans le cas de Scalia par exemple, les critiques adressées aux mesures de discrimination positive ne s'accompagnent nullement de propositions alternatives ou équivalentes. Ce rejet est motivé par le souci d'une restauration formelle de l'égalité : l'usage du mot « race » est disqualifié uniquement de ce point de vue. De fait, on ne peut déduire d'une condamnation formelle du racisme un antiracisme supposé cohérent. Il s'agit là de deux choses différentes qu'il est facile d'amalgamer. Or, l'interprétation d'un texte inséré au sein d'un système formellement antiraciste ne coïncide pas mécaniquement avec un certain nombre d'*habitus* antérieurement acquis. En France, l'ordonnance rétablissant la légalité républicaine n'a pu par exemple empêcher la Cour d'appel de Paris, le 26 mars 1952, de juger en matière de presse que : « l'auteur de l'article [...] qui conviait les lecteurs à une saine méfiance envers les Juifs [considérés comme des étrangers] et préconisait un antisémitisme mesuré et raisonnable, un antisémitisme 'à la française' [...] avec des lois justes et nécessaires » devait être relaxé²³³. L'affirmation selon laquelle les « races » n'existent pas ne veut rien dire en soi si elle n'est pas accompagnée d'une position antiraciste cohérente.

Un an après le prononcé de l'arrêt *City Richmond*, le juge Scalia formule une définition de la « race » équivalente à celle de la descendance biologique²³⁴. Trois ans plus tard, la Cour suprême est saisie d'un contentieux portant sur un redécoupage électoral²³⁵. Ce contentieux créait *de facto* un district d'électeurs exclusivement afro-américains. La Cour invalide un tel découpage jugé contraire à la clause d'égalité de protection. Rédigeant l'opinion majoritaire, le juge O'Connor estime : « *The Equal Protection Clause provides that '[n]o State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws'. Its central purpose is to prevent the States from purposefully discriminating between individuals on the basis of race. Laws that explicitly distinguish between individuals on racial grounds fall within the core of that prohibition* ». Plus loin dans l'arrêt, le juge évoque une définition biologique

232 Il faut renvoyer sur la décision *Richmond* à l'analyse critique de : P. J. WILLIAMS, « The Obliging Shell: An Informal Essay on Formal Equal Opportunity », *Michigan Law Review*, 1989, vol. 87, n° 8, p. 2128-2151.

233 On se réfère ici au texte de B. JOUANNEAU, art. cit. (n. 156).

234 Dans cet arrêt, l'Agence fédérale des communications instaure un quota attribué aux minorités. La Cour valide le dispositif. Les juges Scalia, Rehnquist, O'Connor et Kennedy ont exprimé une opinion dissidente : *Metro Broadcasting v FCC*, 497 U.S. 547 (1990). Les arguments oraux auxquels il est fait référence ont été rapportés par R. MARCUS (journaliste au Washington Post) : « FCC Defends Minority License Policies: Case before High Court Could Shape Future of Affirmative Action », *Washington post*, 29 mars 1990, A.8. Pour une critique générale du revirement de la Cour sur la discrimination positive : N. GONTANDA, « A Critique of 'Our Constitution is Color-Blind' », *Stanford Law Review*, vol. 44, n° 1, p. 1-68.

235 *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993).

de la « race » équivalente à celle de la couleur de peau²³⁶. Ces deux exemples jurisprudentiels illustrent combien il est difficile pour les juges de se prévaloir de valeurs antiracistes d'un côté et d'en revenir à une définition biologique de la « race » de l'autre. Soutenir l'inexistence des « races » ne prémunit aucunement de préjugés raciaux (biologiques, sociaux ou culturels). Dans l'arrêt *City Richmond* précité, le rejet des politiques d'« *affirmative Action* » au profit de l'égalité formelle n'implique nullement l'existence d'un antiracisme conséquent.

Derrière les différents arguments juridiques²³⁷ formulés par Scalia et O'Connor quant à la nécessité de mettre progressivement fin à l'usage du mot « race », certains ont pu déceler le maintien du *statu quo* racial sous d'autres formes²³⁸. La critique par ces juges d'une recherche d'égalité réelle par la Cour (au sens ici de mesures visant à rétablir l'égalité au profit de groupes sociaux jugés défavorisés) au détriment de l'égalité formelle a eu pour conséquence de fermer la porte à la prise en considération des différences de trajectoires historiques et sociales d'un certain nombre de minorités. Définir la « race » présuppose par conséquent d'être au clair sur une stratégie antiraciste. Pour y parvenir, cela implique aussi d'être au clair sur les formes possibles de racismes.

2. À quel concept critique de « race » fait-on référence ?

Si les « races » n'existent pas au sens biologique, le concept de « race » a été largement utilisé dans l'histoire, y compris par les juristes, comme outil de domination politique et sociale. Bien que dénuée de sens biologique, l'assignation raciale emporte des effets sociaux certains. Qu'est-ce à dire ? Tout d'abord, que la « race » a existé indépendamment de nos croyances à son sujet ; elle fut historiquement produite par toute une littérature de sciences sociales, dont la littérature juridique. Le référent de la « race » est par conséquent un référent social, non pas naturel, mais construit – au sens d'une création, humaine et sociale. Plus encore, si l'on admet que le droit est à la fois un système de coercition et une idéologie, il est possible d'en déduire plusieurs conséquences. La contrainte liée aux normes a aussi permis de justifier la création de dispositifs juridico-administratifs ayant recours à

236 « *Racial classifications of any sort pose the risk of lasting harm to our society. They reinforce the belief, held by too many for too much of our history, that individuals should be judged by the colour of their skin. Racial classifications with respect to voting carry particular dangers. Racial gerrymandering, even for remedial purposes, may balkanize us into competing racial factions; it threatens to carry us further from the goal of a political system in which race no longer matters—a goal that the Fourteenth and Fifteenth Amendments embody, and to which the Nation continues to aspire. It is for these reasons that race-based districting by our state legislatures demands close judicial scrutiny.* ».

237 Arguments qui aboutissent à réduire la « race » à son seul sens biologique.

238 On renvoie sur ce point, aux développements relatifs au concept de *colobindness*, v. *supra*.

l'arbitraire de la violence sur une base raciale. Le cas typique est le système de l'indigénat²³⁹. De ce point de vue, l'usage de la norme a pu être consubstantiel à un processus de violence. En tant qu'idéologie, le système juridique a aussi permis l'institution de différences raciales. Comme le montre Haney Lopez, le raisonnement par analogie, l'autorité du précédent ou encore la malléabilité des catégories juridiques (une catégorie apparemment neutre, mais interprétée selon des préjugés raciaux)²⁴⁰ ont fortement contribué à la perpétuation dans le temps de la domination raciale. Les juges eux-mêmes et la doctrine ont aussi été influencés par les idées de leur « temps », au nombre desquelles la naturalisation des différenciations raciales (biologiques, culturelles, etc.). Ainsi, des dispositions neutres en apparence ont pu être affectées dans leur interprétation par ce biais cognitif.

Partant de ces prémisses, il est possible d'affirmer que la catégorisation raciale a constitué en droit français un fait institutionnel important. Magali Bessone, reprenant la distinction opérée par Searle entre faits sociaux et faits institutionnels, approfondit ce que signifie faire référence à la « race » comme construction sociale. Ce qui distingue le fait social du fait institutionnel, c'est que « l'intention collective » liée à la constitution du fait social est contingente tandis que le fait institutionnel repose sur une institution collective²⁴¹. À titre d'illustration, le Président des États-Unis ne peut exercer son mandat indépendamment d'une forme de reconnaissance collective liée à son statut²⁴².

La « race » fut le produit, durant l'esclavage occidental, puis la colonisation – soit du XVII^e au XX^e siècle – d'une intention collective (au sens de la distinction fait social et fait institutionnel selon Searle). L'ordre racial fut institué par un ensemble de dispositifs administratifs, politiques, militaires et juridiques (et aussi de catégories juridiques au croisement du droit, de l'administratif et du social). Les interactions individuelles, les institutions et

239 S. THÉNAULT, *Violence ordinaire dans l'Algérie coloniale*, Paris, Odile Jacob, coll. « histoire », 2012, p. 153-213 ; I. MERLE et A. MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*, Paris, CNRS éditions, 2019, p. 27-72.

240 C'est parfois le cas des frontières poreuses entre indigénat, travail forcé et esclavage.

241 À vrai dire, « nombre de faits sociaux sont traversés par des ancrages institutionnels » (M. BESSONE, *op. cit.* [n. 221], p. 90).

242 C'est ce que Searle appelle fonctions-statut qui sont, selon lui, le « ciment de la société car elles sont en jeu dans toutes les pratiques sociales, des plus anodines (payer un café à la terrasse) aux plus massives [...] Corrélativement, l'assignation de fonctions statut ne crée pas seulement des contraintes, mais ce sont de nouveaux pouvoirs, caractérisés par leur tendance à la stabilité, à la perdurance de leur propre fonction, qui sont créés : pouvoir symbolique, qui crée la signification, pouvoir déontique qui crée les devoirs positifs ou négatifs, pouvoir honorifique, qui valorise les statuts pour eux-mêmes, ou pouvoirs procéduraux qui assignent les procédures sur le chemin des droits et responsabilités ou de l'honneur [...] Se plaçant du point de vue de la constitution de l'idée même de pouvoir, Searle montre que les fonctions statuts permettent de rendre compte de l'idée foucauldienne d'un pouvoir omniprésent et multidirectionnel, un 'biopouvoir' qui s'exerce en contrôle et normalisation de la société » (*ibid.*, p. 92).

les croyances nées durant cette période ont permis à la « race » d'exister socialement. C'est un tel système de croyances qui permet par exemple à Arthur Girault d'affirmer s'agissant du droit privé colonial : « *Les relations entre races différentes ont fait surgir aux colonies toute une série de questions nouvelles que le législateur n'avait point prévues. Ces questions sont des questions de droit privé. Des enfants sont nés des relations irrégulières ou illégitimes, entre personnes de race différentes. Ces enfants ont grandi et il a bien fallu leur attribuer une condition juridique [...]. Ajoutez à cela qu'aux colonies les étrangers sont relativement beaucoup plus nombreux qu'en France par rapport à l'ensemble de la population européenne et que, parmi ces étrangers, les uns doivent être assimilés aux indigènes en raison de leur couleur ou de leur religion, alors que les autres doivent être traités plutôt comme des Français* »²⁴³.

Dire que la « race » constitue une construction sociale ne suffit pas. Encore faut-il pouvoir rendre compte, à l'instar des autres faits sociaux, du processus de construction de celui-ci en particulier. L'angle du droit apparaît ici intéressant à plusieurs points de vue. La mobilisation des catégories juridiques (citoyens/indigènes, droit coutumier ou ultra-marin/droit métropolitain) participe précisément d'une telle construction. À l'idée selon laquelle la « race » est socialement construite, il faut rajouter la proposition : la « race » a pris et prend encore des formes historiquement contingentes²⁴⁴. S'agissant de l'Europe, le « moment 1945 » a joué et joue encore un rôle central dans la « disparition » formelle de l'emploi du terme « race ». David Theo Golderg, propose à cet effet de déconstruire les bases de ce « moment 1945 ». En faisant de l'Holocauste le paradigme du racisme, l'Europe a paradoxalement mis dans l'ombre les autres formes de domination et d'expériences raciales qui lui sont liées²⁴⁵. Or seules ces expériences appréhendées dans leur diversité permettent de saisir pleinement les enjeux liés aux discriminations raciales contemporaines.

En partant de ces deux prérequis épistémologiques – la « race » comme construction sociale et la « race » comme fait social contingent –, il est possible de délimiter un champ d'études prenant pour objet la manière dont le discours juridique s'est imprégné de la domination raciale. En premier lieu, la « race » – entendue comme le produit d'une forme de domination fondée sur l'assignation sociale phénotypique, religieuse ou culturelle,

243 A. GIRAULT, « Préface », in H. SOLUS, *Traité de la condition indigène*, Paris, Sirey, 1927, p. X.

244 S. HALL, « Race, Articulation and Societies structured in dominance », in *Sociological Theories : Race and Colonialism*, Paris, UNESCO, 1980, p. 305-345.

245 D. T. GOLDBERG, « Racial Europeanization », *Ethnic and Racial Studies*, vol. 29, n° 2, p. 331-364. Quant aux États-Unis, il faut attendre la fin de la guerre et l'Holocauste pour que s'opère une prise de conscience des conséquences néfastes liées aux hiérarchies raciales : G. M. FREDRICKSON, *Racism: A Short History*, Princeton University Press, 2016. Sur les gens du voyage notamment, on renvoie à : M. MÖSCHEL, « Race in French 'republican' law: The case of gens du voyage and Roma », *ICON*, 2017, vol. 15, n° 4, p. 1206-1225.

etc. – constitue un fait social spécifique. Durant plusieurs siècles, elle a alimenté un dispositif de pouvoir dont le système juridique²⁴⁶ ; la « race » a pris et prend encore des formes historiques et sociales contingentes. Ces formes peuvent résulter d'un processus de lutte politique ayant des effets dans le quotidien des acteurs sociaux. Le concept de « race » ainsi présenté (à la fois empirique du point de vue social et théorique) permet de saisir la manière dont s'est exercée et mise en place la domination raciale dans le système juridique français. La « race », entendue, pour reprendre Collette Guillaumin, comme un *signifiant*²⁴⁷, alimente les dispositifs juridiques qui la rendent objective (ce qui ne veut certainement pas dire qu'elle est légitime). Par conséquent, il convient d'analyser la part prise par le système juridique français dans la construction sociale d'un système fondé en partie sur la différenciation raciale. Dire cela ne veut certainement pas réduire « l'intention globale » du système juridique français à la légitimation d'une hiérarchisation raciale univoque. Le terme « construit », lorsque nous parlons spécifiquement du droit, réfère à un processus social complexe, sans but prédéfini²⁴⁸. Autrement dit, la construction juridique de l'assignation raciale ne s'est pas faite dans une seule direction (elle s'est faite aussi par à-coups et tâtonnements successifs). Le système juridique français a doublement contribué à instituer une hiérarchie raciale. D'abord par la coercition inhérente à l'effet performatif du discours juridique et des pratiques administratives²⁴⁹ ; ensuite, par les discours et raisonnements juridiques qui se sont attachés à rendre légitime la domination raciale. Il est donc possible d'identifier des phases historiques où le système juridique a participé à perpétuer la différenciation raciale, à la

246 On ne peut prendre le mot droit employé ici comme univoque. Il comprend un ensemble d'institutions, d'acteurs, d'idéologies interdépendantes.

247 Cette définition de C. Guillaumin peut apparaître en porte-à-faux avec la définition empirique précédente. Il faut entendre par empirie non pas un fait directement perceptible immédiatement, mais plutôt des interactions qui prennent, par exemple, la forme de l'assignation fondée sur des critères liés au rôle social, à la religion ou au phénotype.

248 I. HANEY LOPEZ, « The Social Construction of Race: Some observations on Illusion, Fabrication, and Choice », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 29, n° 1, p. 80. La « race » selon Lopez n'est ni une essence, ni une illusion, mais plutôt un processus continu, contradictoire sujet à des forces macro, sociales et politiques et micro au sens où elle affecte notre vie quotidienne.

249 Sur cette idée de coercition du système juridique, il convient de se référer à la philosophie du droit développée par Robert Cover (1943-1986) qui fut l'un des juristes à s'être le plus penché sur les rapports entre droit et violence. Cover montre de quelle manière l'interprétation juridique est, dans certains cas, constitutive d'un processus de violence au sens où l'interprétation des juges permet de justifier les formes extrêmes de violence et d'arbitraire mis en œuvre par l'administration. L'esclavage aux États-Unis ou la peine de mort constituent, pour Cover, des formes paradigmatiques de cette intrication entre interprétation juridique et violence (R. COVER, « Violence and the Word », *Yale Law Journal*, 1986, vol. 95, p. 1601-1629 ; R. COVER, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1975). La traduction des travaux de Robert Cover a été proposée par Françoise Michaut (F. MICHAUT, *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2001).

fois en lui donnant une légitimité, mais aussi en la naturalisant à travers la production de catégories juridiques.

En France, les principaux travaux qui se sont intéressés au traitement du racisme ne se sont que peu souciés du discours juridique, que ce soit celui des juristes ou celui des interprètes. Le concept de « race » reste encore largement lié à la tradition marxiste. Il est aussi tributaire du discours des sciences humaines et sociales qui ont contribué à son essor. Comme l'affirme Didier Fassin : « [...] *on analyse la théorie savante ou spontanée dans sa relation au nationalisme, tout en considérant les rapports sociaux qui la sous-tendent. Mais il s'agit moins d'en évaluer les effets que d'en saisir les ressorts. La lutte contre le racisme est avant tout un combat politique sans les moyens juridiques de sa mise en œuvre* »²⁵⁰. Convoquer les travaux juridiques menés à l'étranger sur le concept de « race » permet de compléter l'approche du concept de « race » proposée. En plus d'être une construction sociale, la « race » constitue un fait social spécifique. Haney Lopez la qualifie de processus de *formation de la différenciation raciale*²⁵¹. La mise en œuvre de ce processus résulte de la réification de certains groupes au sein du corps social. H. Lopez déduit de ce prérequis quatre propositions. En premier lieu, la « race » est le produit d'activités humaines et non de forces sociales abstraites ; fruit d'interactions humaines, la « race » doit, en second lieu, être comprise comme faisant partie de rapports sociaux plus généraux de genre et de classes. En troisième lieu, les mécanismes d'assignation raciale sont particulièrement évolutifs ; enfin, la différenciation raciale est construite au moyen de rapports intersubjectifs et non de manière isolée. Cette approche socio-constructiviste de la « race » mérite d'être affinée.

B. Spécificités du traitement juridique de la « race » en droit français

Il est périlleux de chercher à évoquer dans leur ensemble les spécificités liées aux processus de différenciation raciale en droit français. Le sujet requiert un travail de recherche en soi. L'analyse de ces processus ne peut être mise sur le même plan que le concept de « race » sus-évoqué. L'intérêt d'une démarche analytique à savoir une approche de clarification et critique de la

²⁵⁰ D. FASSIN, art. cit. (n. 181), p. 411.

²⁵¹ La formation raciale se réfère à la fois à la transformation de la variation phénotypique en systèmes concrets de différenciation basés sur la race et la couleur et aux appels à la théorie biologique fallacieuse qui ont été une caractéristique de l'histoire de la race (I. HANEY LOPEZ, art. cit. [n. 247], p. 28-30).

langue juridico-administrative prend ici tout son sens²⁵². Parce que la domination raciale s'est généralement appuyée en droit français sur des catégories en apparence neutres, il est important de les soumettre à un examen critique susceptible d'en clarifier le sens, en d'autres termes, parvenir à décomposer et recomposer lesdites catégories en partant des régimes qu'elles définissent²⁵³. On retrouve très peu, comme on va le voir, l'emploi du mot « race » dans les principaux textes législatifs du droit métropolitain. C'est ici une différence notable : aux États-Unis, la différenciation raciale a longtemps été déduite de la Constitution là où elle semble avoir été « cantonnée » aux textes coloniaux en France. Dans les paragraphes qui suivent, nous voudrions réinvestir le récit juridique en insistant sur l'histoire des colonies pour montrer de quelle manière il prendrait une forme nouvelle à la lumière du concept de « race » proposé. L'intérêt de cette expérience de pensée prend pour acquis l'influence de l'éducation juridique dans la manière de se représenter ce qu'est communément le « droit ». Elle permet aussi de mieux cerner l'exotisme qui s'attache au traitement du fait colonial dans le langage juridique ordinaire.

La différenciation raciale introduit une tension importante au sein de la Révolution française qui est aussi une révolution des droits de l'Homme²⁵⁴ reposant sur une certaine idée du droit naturel. La question qui se joue de 1789 à 1802 est celle de l'appartenance ou non des esclaves au genre humain²⁵⁵. Elle se soldera par un échec. Le rétablissement de l'esclavage en 1802 (après son abolition en 1794²⁵⁶) marquera la séparation définitive de l'éthique et du politique dans la manière de se représenter les droits de l'Homme. Entre 1789 et 1794, la question de l'esclavage occupe une place certes réduite, mais tout de même significative dans les débats révolutionnaires. Les principes posés par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen vont bien au-delà des attentes révolutionnaires. Ils charrient de nombreuses revendications contradictoires. Condorcet, Mirabeau, et plus généralement, la « société des amis des noirs », réclament l'égalité découlant de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, en vain. Les représentants

252 R. FRANCK, « Philosophie analytique, pourquoi donc analytique ? », *Cahiers de philosophie de l'université de Caen*, 1997-1998, n° 31-32, p. 11-23.

253 S'agissant par exemple du caractère « exceptionnel » d'un procès tenu sur le sol métropolitain dont le fait générateur prend sa source sur le territoire colonial : L. BLÉVIS, « Un procès colonial en métropole ? Réflexions sur la forme 'procès' et ses effets en situation coloniale », *Droit et Société*, 2015/1, n° 89, p. 55-72.

254 M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard/NRF, coll. « Bibliothèque des histoires », 1989.

255 F. GAUTHIER, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution, 1789-1795-1802*, Paris, PUF, coll. « Pratiques théoriques », 1992.

256 Sur le vote sans enthousiasme du décret de 1794 : Y. BÉNOT, « Comment la Convention a-t-elle voté la fin de l'esclavage en l'An II ? », in *Annales historiques de la révolution française*, Paris, SER, 1993, n° 293-294, p. 349-361.

des Antilles françaises (Martinique, Guadeloupe, Saint-Domingue) sont constitués de planteurs ; les liens économiques entretenus avec les principales villes esclavagistes sont étroits (Nantes, Bordeaux, La Rochelle, *etc.*). Barnave, député du Dauphiné, rapporteur du Comité des colonies est réputé proche du « Club de Massiac » rassemblant les intérêts des grands propriétaires coloniaux. Ce club plaide la non-extension des pouvoirs du Parlement dans les colonies en les dotant d'une constitution spécifique (futurs assemblées coloniales).

Un premier décret publié le 8 mars 1790 place les colonies en dehors du champ d'application de la Constitution française. Deux autres décrets sont pris respectivement en 1791, les 13 et 15 mai. Le premier dispose qu'il ne peut être légiféré sur le cas des personnes non libres (donc les esclaves), que sur demande expresse des assemblées coloniales ; le décret du 15 mai 1791 accorde les droits de citoyens actifs aux « *gens de couleur nés de père et mère libres* »²⁵⁷. La Constitution des 3-14 septembre 1791 dispose en son article 8 : « *les colonies et possessions françaises dans l'Asie, l'Afrique et l'Amérique, quoiqu'elles fissent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution* ». Ainsi, dès la Révolution, un débat s'instaure sur le sort devant être réservé aux esclaves des colonies. Dans ce débat, planteurs et libres de couleurs obtiennent une forme de « dérogation » aux principes égalitaires ; quant aux révolutionnaires, ils obtiennent que jamais aucune mention du mot esclave ne figure dans le texte de la Constitution de 1791 (Robespierre va s'y attacher)²⁵⁸. Le 28 septembre 1791, un décret reconnaît que : « *Tout individu est libre aussitôt qu'il est entré en France* » ; le second article comporte une disposition héritière de l'Ancien Régime : « *Tout homme, de quelque couleur que ce soit, jouit en France de tous les droits du citoyen, s'il a les qualités prescrites par la Constitution pour les exercer* ». Ce décret laisse dans l'ombre les 685 000 esclaves des colonies françaises.

La révolution haïtienne (du 14 août 1791 au 1^{er} janvier 1804) marque un tournant à cet égard. Elle remet profondément en cause l'ordre juridique ancien dans la mesure où certains esclaves s'approprient les principes issus de la Déclaration des droits de l'Homme²⁵⁹. Car c'est bien la circulation,

257 Il faudra attendre un rapport de force parlementaire plus favorable au combat des libres de couleur pour que, par décret du 24 mars 1792, « *l'Assemblée nationale reconna [isse] et déclare que les hommes de couleur et nègres libres doivent jouir, ainsi que les colons blancs, de l'égalité des droits politiques [...]* ». On renvoie sur cette question à : F. GAUTHIER, *L'aristocratie de l'épiderme. Le combat de la Société des citoyens de couleur (1789-1791)*, Paris, CNRS éditions, 2007, p. 32-40.

258 Contrairement à la Convention de Philadelphie durant laquelle la Caroline du Sud et la Géorgie avaient clairement exprimé leur souhait de ne pas rejoindre l'Union si celle-ci abolissait l'esclavage ; sur les liens entre esclavage et Constitution américaine : D. WALSTREICHER, *Slavery's Constitution. From Revolution to ratification*, New York, NHill & Wang Inc., 2011.

259 Sur la circulation des idées révolutionnaires : J. SCOTT, *The Common Wind. Afro-American Currents in the age of Haitian Revolution*, London - New York, Verso, 2020.

dans les Caraïbes des idées progressistes figurant dans cette Déclaration qui contraint les représentants locaux de la République, Sonthonax et Polverel à abolir l'esclavage dans les colonies le 29 et 31 octobre 1793 en attribuant une citoyenneté pleine et entière aux esclaves libérés²⁶⁰. La Convention officialise la mesure le 4 février 1794²⁶¹. Pour des raisons impériales de rivalités face à l'Angleterre, la Constitution du 5 Fructidor An III rattache les colonies au droit constitutionnel métropolitain. Il ne s'agissait là que d'une mesure purement circonstancielle. Le décret consulaire du 20 mai 1802 rétablit l'esclavage dans les colonies.

S'ouvre dès lors une période de ségrégation raciale justifiée par le maintien du « *bon ordre colonial* » : les mélanges interracialisés (libres de couleurs et blancs) sont clairement proscrits²⁶². L'avènement de la monarchie parlementaire (1814-1848) ne change fondamentalement pas grand-chose à cet état de fait. Renouant avec la tradition révolutionnaire et monarchique, les chartes constitutionnelles (1814 et 1830) disposent que « *les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers* » (respectivement articles 73 et 64)²⁶³. La II^e République met officiellement fin à l'esclavage par décret du 5 mars 1848, elle renvoie aussi le régime des colonies à une loi particulière²⁶⁴. Le second empire renoue avec la vieille tradition selon laquelle les colonies sont gouvernées par des lois « particulières ». On retrouve peu ou prou ce même *continuum* juridique tout au long de la III^e République et de Vichy²⁶⁵. Si la IV^e République paraît rompre avec cet état de fait, la situation ne change pas fondamentalement : la hiérarchisation des « races »

260 F. RÉGENT, J.-F. NIORT et P. SERNA (dir.), *Les colonies, la Révolution française, la loi*, Rennes, PUR, coll. « Histoire », 2014.

261 Les choses sont en réalité plus complexes puisque certains territoires de Saint-Domingue ne bénéficiaient pas d'une mesure de la jouissance pleine et entière de leur liberté et de leur droit de vote. Il en est de même de la Guadeloupe. Sur l'analyse constitutionnelle de cette période : M. F. SPIELER, « The Legal Structure of Colonial rule during the French Revolution », *The William and Mary Quarterly*, avril 2009, vol. 66, n° 2, p. 365-408.

262 J.-F. NIORT, « Les libres de couleurs dans la société coloniale ou la ségrégation à l'œuvre (XVIII^e-XIX^e siècles) », *Bulletin de la société d'histoire de la Guadeloupe*, n° 131, janvier-avril 2002, p. 61-112, spéc. 67-73.

263 Une loi publiée le 24 avril 1833 reconnaît aux indigènes des droits politiques similaires à ceux des français métropolitains ; cette loi est sans grande conséquence dans la mesure où les hommes de couleur libres sont encore très peu nombreux : P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, coll. « folio histoire », 1992, p. 562-563.

264 Sur les difficultés d'appliquer l'égalité entre citoyens après 1848 : S. LARCHER, « L'égalité divisée. La race au cœur de la ségrégation juridique entre citoyens de la métropole et citoyens des 'vieilles colonies' après 1848 », *Le Mouvement Social*, n° 252, 2015/3, 137-158.

265 Les indigènes du second empire colonial sont dénués de droits politiques, ils sont sujets français (sénatus-consulte du 14 juillet 1865, art. 1). Cette situation ne prend pratiquement fin qu'à partir de 1955. Sur cette question : Y. URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, Institut universitaire Varenne - LGDJ, 2010. En revanche, ce qui, d'un point de vue juridique apparaît constituer une rupture s'agissant de Vichy, c'est que, sur le territoire métropolitain même, des différenciations raciales, instituées par le droit dans des textes législatifs ont vu le jour.

cède la place à l'humanisme colonial²⁶⁶. Outre un régime de citoyenneté à deux vitesses (citoyenneté française *vs* citoyenneté de l'Union française), le débat constitutionnel sur la réforme de l'outre-mer est très vif²⁶⁷. Certains députés d'Afrique subsaharienne évoquent l'idée d'un fédéralisme ou d'une « communauté », tournant le dos au titre VIII de la Constitution et au projet de loi-cadre de 1956²⁶⁸ faisant de l'Union française une union « fédérale ». Réclamer l'égalité entre citoyens métropolitains et ultramarins revenait à ce que la politique française soit désormais dominée par les électeurs de ces derniers territoires. L'interrogation traverse aussi les débuts de la V^e République. Comme le perçut François Luchaire président le groupe d'experts sur la Constitution : « *le ministre de la Justice estime qu'une participation trop importante de l'outre-mer à l'élection du chef de l'État détruirait l'autorité de celui-ci dans la métropole, car cette dernière dirait qu'il est l'élu des Noirs* »²⁶⁹. Le cabinet de De Gaulle s'opposa au projet de fédération. La proposition de préambule disant : « *La République offre aux peuples des territoires d'outre-mer qui manifestent leur volonté d'y adhérer des institutions nouvelles de nature fédérale ou confédérale fondées sur l'idéal de liberté, d'égalité, et de fraternité* » fut remplacée par : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* »²⁷⁰. Derrière ces questions juridiques et institutionnelles émerge la revendication, par les territoires qui étaient restés dans la communauté française, d'une plus grande égalité entre citoyens, non seulement dans le domaine politique, mais aussi dans le domaine économique et social.

Il ressort de ce récit qui constitue en quelque sorte le négatif du premier que la discontinuité des régimes politiques contraste avec la stabilité de la différenciation raciale dans les colonies. Tout se passe *comme si* un consensus

266 Par exemple, le Conseil d'État, dans un avis du 27 février 1947, estime que le régime transitoire des territoires d'outre-mer doit être le même que celui du sénatus-consulte de 1954 (art. 18) disposant que les colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion sont régies par décret.

L'humanisme colonial rend compte de la redéfinition politique et idéologique de la domination impérialiste qui s'opère entre les deux guerres mondiales, à la faveur des mouvements d'émancipation antillais, africains et indochinois. Cette redéfinition ne modifie qu'à la marge les différenciations raciales antérieures ; elle aboutit à plusieurs paradoxes dont celui de la dissociation entre nationalité et citoyenneté (G. WILDER, *The French Imperial Nation-State. Negritude & Colonial Humanism between the Two World Wars*, The University of Chicago Press, 2005, p. 43-117).

267 F. BORELLA, *L'évolution juridique et politique de l'Union française depuis 1946*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 15, 1958.

268 Elle vise à réformer l'Union française, en particulier les anciennes colonies en leur donnant plus d'indépendance dans la gestion de leurs affaires domestiques. P.-H. Teigten, alors ministre de la Justice, en fut l'un des principaux artisans, ce qui lui permit d'éviter une révision de la Constitution. La loi-cadre est aussi votée dans un contexte où la Tunisie et le Maroc exprimèrent leur refus de continuer à être des territoires associés et où la guerre d'Algérie battait son plein (F. COOPER, *Français et Africains ? Être citoyen au temps de la décolonisation*, Paris, Payot, 2014 [trad. C. JEAN-MOUGIN], p. 230).

269 *Ibid.*, p. 305.

270 *Ibid.*, p. 306-307.

implicite s'opère pour définir une frontière intérieure au sein de l'ordre juridique français, entre la métropole et ses colonies. Cette frontière systématisée *a posteriori* par la doctrine repose sur des considérations d'ordre « civilisationnel ». Naturellement, ces considérations ne sont pas toujours explicitées comme telles : les légistes du second empire colonial justifient l'existence du droit colonial par le principe de spécialité²⁷¹. Il faut déconstruire cette affirmation pour remonter, lorsque les auteurs s'attachent à justifier l'entreprise coloniale, aux dites considérations civilisationnelles. Celles-ci font appel à certaines conceptions du droit naturel²⁷². L'exceptionnalisme constitue la raison d'être du droit colonial : il y règne « *une force de loi sans loi* »²⁷³, un régime d'exception permanent où droit, pouvoir discrétionnaire et violence participent d'un même *continuum*²⁷⁴.

La domination raciale constitue un fait qui n'est pas propre à la République américaine. Elle traverse, on vient de le voir, l'histoire républicaine française dans son ensemble. Une fois que l'on a dit cela, encore faut-il pouvoir souligner les différences entre les formes juridiques de domination propres à ces deux systèmes républicains. Ici, la forme des deux États (unitaire dans un cas, fédérale de l'autre) constitue une hypothèse juridique d'explication intéressante. Le sort de l'esclavage a constitué aux États-Unis une pomme de discorde lors de la Convention de Philadelphie. Il s'est soldé par la reconnaissance implicite de l'esclavage (art. IV régissant la fuite des esclaves et art. 1, section 2 (3) concernant la répartition des sièges à la Chambre des représentants). Garante de la distribution des compétences entre États fédérés et État fédéral, la Cour suprême a très tôt été saisie de recours ayant trait à ce type de contentieux²⁷⁵. Quant aux États fédérés, ils ont pu disposer du pouvoir nécessaire pour inscrire dans leurs législations respectives la différenciation raciale²⁷⁶.

271 Par ex. L. ROLLAND et P. LAMPUÉ, *Précis de législation coloniale (colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 1936, 2^e éd., p. 48-51.

272 Rolland et Lampué convoquent par exemple le principe de *ius communicationis* ou droit des peuples à entrer en relation avec les autres (*ibid.*, p. 6, nbp n° 2). Sur la question des arguments de type civilisationnels pour justifier la colonisation en droit international : A. ANGHIE, *op. cit.* (n. 47).

273 Selon l'expression de L. NUZZO, « La colonia come eccezione. Un'ipotesi di transfer », *Rechtsgeschichte*, 2006, vol. 8, p. 52-58.

274 Pour un exemple paradigmatique : I. MERLE, « De la 'légalisation' de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, 2004/2, n° 66, p. 137-162 ; E. GOJOSSO, « Le droit de punir outre-mer : l'exemple de la Cochinchine française (1861-1904) », in F. CHAUAUD (dir.), *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, PUR, 2012, p. 41-55 ; S. THÉNAULT, « L'indigénat dans l'Empire français Algérie/Cochinchine, une double matrice », *Monde (s)*, 2017, n° 12, p. 21-40.

275 L. ROBEL et E. ZOLLER, *op. cit.* (n. 214), p. 10-23.

276 L'Alabama et l'Arkansas adoptent la loi du « one drop rule », la Floride celle du 1/8^e de sang noir, la Géorgie parle d'une dose « vérifiable » de sang non-blanc, l'Oklahoma qualifie de noir toute

Rien de tel en France où l'esclavage et l'interdiction des mariages interraciaux s'étaient juridiquement sur une période moins longue²⁷⁷. Les révolutionnaires de 1791 trop attachés qu'ils furent à la symbolique de la langue juridique et à la cohérence formelle de la Déclaration des droits de l'Homme, ont pris soin de ne pas inscrire la différenciation raciale dans le texte constitutionnel. De plus, l'indivisibilité et l'égalité républicaines ont constitué un puissant facteur incitatif à ne pas faire figurer l'inégalité raciale dans les textes symboliquement importants. Cela ne veut pas dire que cette inégalité n'a pu être mise en œuvre²⁷⁸. Simplement, elle a été instituée par des voies détournées ; elle a été rendue possible dans le domaine des interstices laissés au pouvoir réglementaire (décrets, arrêtés) et à l'infra-droit lié au pouvoir discrétionnaire de l'administration coloniale (circulaires, notes de service, pratiques administratives). Les textes symboliquement importants ont pour leur part eu recours – sauf pour Vichy – à des catégories d'apparence neutre : on parle de « d'exception » ou de « dérogation » (le droit colonial serait une « exception » du droit républicain ordinaire), d'opposition géographique : métropole *vs* colonies ; très rarement, quand il s'agit de citoyenneté, on recourt dans les textes juridiques savants à la naturalisation de la « race », comme moyen de justification d'un régime dérogatoire de l'indigène ; parfois enfin, la référence à la « mission civilisatrice » permet de construire un récit messianique du rapport hiérarchique entre métropole et colonies (on attend que les colonisés s'élèvent à la hauteur de la civilisation française). Ainsi, le cordon sanitaire établi par la doctrine publiciste²⁷⁹ tout au long du second empire colonial entre « métropole » et « colonies » permet de réduire l'universalisme lié à la citoyenneté à un universalisme de type civilisationnel : la citoyenneté est pensée à partir du territoire métropolitain.

Le mécanisme de « l'exception » mis en œuvre au moyen de « lois particulières » ou de « dérogations réglementaires » (régime des décrets coloniaux) permet implicitement d'asseoir la domination raciale au moyen de l'assignation catégorielle (indigènes). L'usage généralisé du mot « race » dans la langue juridique est en partie éludé simplement pour des raisons de cohérence

personne d'origine afro-descendante, etc.

277 Il ne s'agit pas ici de dire que le racisme français aurait été plus doux que celui outre-Atlantique ; on constate simplement que, d'un strict point de vue juridique, l'esclavage s'étend aux États-Unis de 1787 à 1865 ; en France (si l'on excepte l'Ancien Régime) de 1792 à 1794 et de 1802 à 1848. Cela ne veut certainement pas dire, dans le cas français, que l'abolition formelle de l'esclavage se soit accompagnée mécaniquement d'un processus de normalisation égalitaire. Il s'agit simplement de souligner une des spécificités liées à la différence entre les deux systèmes. Sur cette question dans les Antilles françaises après 1848 (S. LARCHER, art. cit. [n. 263]).

278 En témoigne, la difficulté de la doctrine publiciste sous la III^e République à penser la forme impériale à partir de l'arrière-plan de l'État unitaire : O. BEAUD, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la III^e République », *Jus Politicum*, Revue de droit politique, n° 14, 2015 : « Peut-on juridiquement penser l'Empire comme forme politique ? ».

279 On vise ici la littérature pratique, celle des manuels principalement.

formelle avec les textes et principes de portée plus générale²⁸⁰. Pour autant, le droit colonial français participe à définir les conditions d'un dispositif de différenciation et de domination raciale par la production de catégories *a priori* neutres, mais dont l'application du régime juridique demeure tributaire d'intérêts économiques et politiques dominants. C'est dans ce pouvoir attribué à l'administration que se logent les interstices volontairement créés par les acteurs juridictionnels et législatifs de l'exercice de la domination raciale. Différemment de l'État fédéral aux États-Unis, l'administration française occupe une position centrale dans les colonies, y compris dans le domaine judiciaire²⁸¹. Il procède de régimes dérogatoires résultant, selon les territoires, d'arrangements et de rapports de force locaux. Toute la question est de savoir dans quelle mesure il est possible d'identifier, en métropole, des formes de survivance de traitements différenciés appliqués dans les colonies.

Ainsi, le droit métropolitain modèle de civilisation s'oppose à celui appliqué à l'outre-mer. L'universalité et l'égalité supposées de la norme cèdent la place aux particularismes d'ordre géographique et culturel. Cette différenciation se donne parfois à voir aussi dans le discours de la doctrine ou dans les conclusions de commissaires du gouvernement. Un exemple parmi de multiples, néanmoins significatif : la décision tant commentée dite « *Bac d'Eloka* » du Tribunal des conflits reconnaissant la gestion privée des services publics. Le commissaire du gouvernement Matter pose le froid constat selon lequel : « *un indigène fut noyé, les automobiles allèrent à fond et ne furent retirées que gravement endommagées* ». Il ne vient à l'idée de personne, en premier lieu la Société commerciale de l'Ouest africain, de rechercher une possible responsabilité de l'État pour le préjudice résultant de la mort dudit indigène. Ce sont les automobiles coulées par l'accident qui sont principalement et exclusivement à la source du litige ; quant à l'indigène qui conduisait le bac, il semble qu'il ne soit pas juridiquement appréhendé comme un sujet doté d'un minimum de droits subjectifs, mais simplement comme un individu rendu invisible²⁸². La matrice juridique de la production de la différenciation raciale sous la III^e République se donne à voir dans les modes de raisonnement des acteurs de la production juridique. Les conclusions des commissaires du gouvernement en témoignent : elles opposent la « civilisation » au

280 Pour un contre-exemple faisant juridiquement référence à la « race » : E. SAADA, *op. cit.* (n. 54).

281 B. DURAND et P. VIELFAURE, *Les justices en monde colonial XVI^e-XX^e siècles*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et sciences politiques de Montpellier, 2016, p. 479-570.

282 L'invisibilisation qui ressort des conclusions du commissaire du gouvernement s'apparente à ce qu'Orlando Paterson qualifie de « mort sociale » : O. PATERSON, *Slavery and Social: A Comparative history*, Harvard University Press, 2018.

« primitivisme », l'arabe « belliqueux », l'hindou « spirituel », le noir « imprudent » et « imprévoyant »²⁸³.

On retrouve à quelques mots près la même différenciation dans un autre « grand » arrêt, *Syndicat général des ingénieurs-conseils* de 1959²⁸⁴. Le syndicat requérant contestait la validité d'un décret destiné à la colonie de Saint-Pierre-et-Miquelon ; ce dernier décret pris le 25 juin 1947 réglementait de manière différente les conditions d'exercice de la profession d'architecte par rapport à la loi métropolitaine du 31 décembre 1940²⁸⁵. La question était donc de savoir quelles étaient les limites du pouvoir réglementaire colonial dont on connaît, au regard des compétences attribuées aux gouverneurs, l'étendue. La question suscite précisément l'intérêt du juge parce qu'elle emporte des effets directement sur la métropole, en particulier quant à l'économie de la Constitution de la V^e République. L'article 37 en effet introduisait, sur le modèle colonial, la possibilité d'un pouvoir réglementaire autonome. Le commissaire du gouvernement Fournier prend soin de distinguer les deux types de pouvoirs réglementaires ; pour ce faire, il convoque la « *tradition constitutionnelle républicaine* »²⁸⁶ afin de justifier l'introduction de principes généraux du droit qui s'imposeraient au pouvoir réglementaire autonome s'exerçant sur le seul territoire métropolitain²⁸⁷. Le débat doctrinal qui s'en suit au début de la V^e République est connu²⁸⁸. Pour ce qui nous intéresse, contentons-nous de remarquer la césure déjà mentionnée, entre métropole/colonies qui justifie la mise en œuvre de systèmes juridiques différenciés²⁸⁹.

Appréhendée sur le temps long, la production juridique de la différenciation raciale permet de mieux cerner les enjeux liés à ce qui se joue dans l'analyse contemporaine des discriminations raciales. Que l'on nous comprenne bien : il ne s'agit pas de laisser penser à une continuité mécanique. Simplement, il est question en se livrant à une lecture historicisée, de relever les discontinuités, continuités, ruptures liées au traitement juridique

283 L. WAUQUIEZ-MOTTE, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'État », in J. MASSOT (dir.), *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français du XVIII^e siècle à 1962*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 78-79.

284 CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, concl. FOURNIER, RDP, 1959, p. 1004-1017.

285 Le décret définit la profession d'architecte de manière plus large que la loi métropolitaine.

286 Conclusions FOURNIER, préc. (n. 284), p. 1012-1013.

287 Il était plus difficile de les étendre aux territoires ultra-marins où les compétences législatives et exécutives étaient exercées par le même organe.

288 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t. 1, 1997, 11^e éd., n° 106.

289 Différenciation qui n'a pas manqué d'être notée par un des commentateurs de l'arrêt : J. GEORGEL, « Les principes généraux du droit et l'autorité réglementaire », *La Revue administrative*, juillet - août, 1959, n° 70, p. 381-395. L'auteur interroge l'application des principes généraux du droit dans les colonies. Sur la nature des décrets coloniaux en colonie : B. DURAND, « Les décrets coloniaux sont-ils des Lois ou des Règlements ? », *Cahiers aixois d'histoire du droit de l'Outre-mer français*, n° 3, 2007, p. 11-54.

de la « race » en droit français. La compréhension de ce traitement ne peut faire non plus l'économie d'une lecture pluridisciplinaire, seule capable de rendre compte des multiples dimensions conduisant au processus de discrimination raciale. Pour être pertinente, cette lecture ne peut parvenir à échaufauder des hypothèses générales valables sans recourir à une pensée par cas²⁹⁰. La singularité et l'expérience propres aux discriminations raciales permettent précisément de rompre avec la représentation ordinaire de l'égalité abstraite. Elles interrogent plus profondément les valeurs sur lesquelles repose la démocratie républicaine, moins pour en dénoncer le bien-fondé que pour rendre observable ce qui échappe à l'ordinaire du quotidien juridique et de l'institution judiciaire.

C. En guise de conclusion : le piège du colorblindness

Dans le prolongement des travaux de E. Bleich, plusieurs travaux en sciences sociales ont repris l'idée selon laquelle le droit français serait aveugle à la « race ». L'expression est séduisante, car fortement intuitive. Elle suggère que le droit français ne tiendrait pas suffisamment compte des inégalités raciales. Les choses sont sensiblement différentes dans la pensée des *Critical Race Theories* (CRT) : *colorblindness* vise clairement à dénoncer l'idéologie postracialiste tournant le dos aux politiques d'« *affirmative Action* » nées après la ségrégation raciale. *Colorblindness* désigne le consensus partagé par plusieurs acteurs politiques et judiciaires souhaitant dépasser l'omniprésence de la différenciation raciale dans la société américaine. À l'origine, l'expression *colorblindness* est employée par le juge Harlan dans l'opinion dissidente qu'il formule à l'encontre de la décision majoritaire de l'arrêt *Plessy c./ Ferguson* (1896) instituant la ségrégation raciale²⁹¹. Se fondant sur le

290 J.-C. PASSERON et J. REVEL (dir.), *Penser par cas*, Paris, Éd. de l'EHESS, coll. « Enquête », 2005, p. 9-44.

291 « *In respect of civil rights common to all citizens, the Constitution of the United States does not, I think, permit any public authority to know the race of those entitled to be protected in the enjoyment of such rights. Every true man has pride of race, and, under appropriate circumstances, when the rights of others, his equals before the law, are not to be affected, it is his privilege to express such pride and to take such action based upon it as to him seems proper. But I deny that any legislative body or judicial tribunal may have regard to the race of citizens when the civil rights of those citizens are involved. Indeed, such legislation as that here in question is inconsistent not only with that equality of rights which pertains to citizenship, National and State, but with the personal liberty enjoyed by everyone within the United States [...] The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is in prestige, in achievements, in education, in wealth and in power. So, I doubt not, it will continue to be for all time if it remains true to its great heritage and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is colour-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law* ».

14^e amendement, le juge Harlan estime la législation prise par l'État de Louisiane dans le but de réglementer l'accès aux wagons selon les « races », contraire à la Constitution. Afin de souligner l'égalité des citoyens devant la loi, il utilise l'expression *color-blind* pour démontrer que la Constitution américaine est censée s'appliquer sans distinction de « race ». L'usage de l'expression *colorblindness* va connaître diverses fortunes²⁹². Sous la plume du juge Harlan, elle a pu signifier moins la fin de préjugés racistes que la contestation d'une forme radicale de domination raciale visant à expulser de l'espace public et économique les minorités afro-américaines²⁹³. C'est bien cette exclusion radicale de la vie civile que condamne le juge Harlan dans l'arrêt *Plessy*. Durant la ségrégation raciale, les avocats du mouvement des droits civiques (NAACP) n'auront de cesse de réinvestir l'expression du juge Harlan afin de contester la légalité des lois mettant en œuvre la ségrégation raciale. L'arrêt *Brown v. Board of Education* on le sait, n'a pas résolu les problèmes liés à la ségrégation de fait. Treize années s'écoulaient entre cet arrêt et celui qui met officiellement fin à l'interdiction des mariages mixtes en 1967, *Loving v. Virginia*²⁹⁴. Cette difficulté à endiguer la ségrégation raciale entraîne une modification de stratégie de la part des mouvements pour les droits civiques.

L'argument du *Colorblindness* cède dès lors la place à celui d'une plus grande demande d'égalité raciale et sociale. Mettre fin formellement à la ségrégation n'est pas suffisant comme l'a montré l'arrêt *Brown* : encore faut-il pouvoir parvenir à mettre fin aux inégalités générées par les préjugés raciaux au fil de l'histoire (*Race-conscious*). *A contrario* de ce mouvement en émerge un autre d'inspiration conservatrice. Initiée par Georges Wallace et Barry Goldwater, cette « stratégie du Sud » ou *dog whistle politics*²⁹⁵ entend réinvestir le concept de *colorblindness* afin de disqualifier toute référence explicite à la

292 Je me fonde ici sur les travaux de H. LOPEZ, *Dog Whistle Politics: How Coded Racial Appeals have Reinvented Racism and Wrecked the Middle class*, Oxford University Press, 2015, spéc. chap. 4.

293 Le juge Harlan fut aussi celui qui conforta la majorité de la Cour dans l'interdiction de mariages mixtes, en particulier en Alabama, État qui mit en place sur le sujet la législation dite du « *one drop rule* ».

294 *Richard Perry Loving, Mildred Jeter Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

295 Le concept de *dog whistle politics* rend compte de la pratique consistant, par le moyen d'idiome et de mots clés, à s'adresser à un type d'électorat spécifique sans s'attirer l'opposition des autres électeurs (l'un des exemples utilisés pour illustrer cette stratégie tient dans le propos de Reagan durant la campagne présidentielle de 1980, stigmatisant la paresse des femmes afro-américaines profitant du système d'aide sociale pour rouler en Cadillac).

Georges Wallace (1918-1988) ancien gouverneur de l'Alabama est l'un des premiers à mettre en œuvre cette stratégie populiste. Elle sera reprise plus tard par le parti républicain sous les mandats de Nixon puis Reagan sur les conseils de Barry Goldwater, ancien gouverneur de l'Arizona et fervent opposant à l'adoption du *Civil Rights Act* de 1964. Le parti républicain a recours à la « stratégie du Sud » mise en œuvre par Georges Wallace au moyen du calcul politique suivant : « 1) les républicains peuvent gagner s'ils parviennent à briser la coalition du New Deal composée des membres blancs de la classe ouvrière, les élites du Nord-Est et des noirs, et 2) ils peuvent le faire grâce à des appels raciaux ».

« race » et aux luttes antiracistes réclamant une plus grande égalité en fait. L'objectif est aussi cynique qu'efficace : disqualifier le recours à la « race » dans les politiques publiques antiracistes afin de maintenir le *statu quo* social existant au nom de l'égalité formelle. Le nouveau sens post-ségrégationniste et conservateur de l'expression *colorblindness* est né ; il est promu dans l'arène juridique par Lewis Powell et William Rehnquist, tous deux proches de Goldwater. Rehnquist est d'ailleurs nommé président de la Cour suprême à partir de 1986 par Ronald Reagan. Dès l'arrêt *University of California v. Bakke*²⁹⁶, la Cour amorce progressivement un recul sensible dans le contrôle d'éventuelles motivations racistes. L'infléchissement ne va pas se démentir. Elle va consister à délégitimer les politiques antiracistes en réduisant la « race » à son sens exclusivement biologique, distinct des conséquences sociales qui lui sont attachées²⁹⁷. Un pas supplémentaire sera franchi en soutenant que les politiques d'« *affirmative Action* » participeraient d'une forme de racisme inversé à l'encontre des blancs.

L'analogie du terme de *colorblindness* avec le système juridique français nous apparaît personnellement douteuse, voire discutable, d'un strict point de vue juridique. Comme on a cherché à le montrer, le système juridique français n'est pas aveugle à la « race »²⁹⁸ au sens où des dispositifs législatifs, judiciaires auraient été explicitement déployés afin d'endiguer les revendications liées à une meilleure justice raciale. Hormis Vichy, il est difficile de voir figurer dans les principaux textes législatifs, la différenciation raciale à l'instar de certains États du sud des États-Unis durant la ségrégation. Si le système juridique français n'est pas aveugle à la « race » – au sens où il s'agirait de solder un passé ayant reposé sur une domination de type suprématiste –, il s'emploie à en neutraliser les implications socio-historiques. Cela ne veut pas dire qu'il n'existerait pas, au sein de l'appareil administratif, de « discours caché » susceptible d'intérioriser les différenciations raciales²⁹⁹. Au « *moment post-45* » vient s'ajouter l'idée selon laquelle le droit métropolitain aurait été relativement épargné par la « souillure » raciale, différemment des États-Unis.

codés adressés aux électeurs blancs. Ils n'ont donc pas besoin des votes des Noirs pour être élus, il n'y a aucun par conséquent coût à aller chercher ces votes ».

296 *Regents of the University of California v. Bakke*, 348 U.S. 265 401 (1978).

297 H. LOPEZ, *op. cit.* (n. 292), p. 88-89.

298 Comprise ici on le rappelle, comme processus spécifique de domination politique, sociale et économique à l'égard de populations minoritaires.

299 Je reprends ici la distinction mise en œuvre par A. Hajjat de J. Scott entre discours public et discours caché appliqué à l'administration (texte public et texte caché). Ce « texte caché » de l'administration est reconstitué à partir de l'infra-droit à la source de l'action administrative (A. HAJJAT, « Des discours aveugles à la race ? La question raciale entre texte public et texte caché » [à paraître à la revue *Sociologie*]. Je remercie l'auteur de m'avoir fait part de son texte). La distinction initiale de James Scott peut être trouvée ici (J. SCOTT, *La domination et les arts de la résistance. Fragments du discours subalterne*, Paris, Éd. Amsterdam, 2008 [trad. O. RUCHET]).

La frontière, droit de la métropole *vs* droit colonial entretenue tout au long du XIX^e et début du XX^e siècle par la doctrine et les acteurs juridiques vient renforcer ce point de vue. Dans cette configuration intellectuelle, la « race » est perçue comme un accident au sein d'un ordre juridique reposant sur des valeurs républicaines par excellence³⁰⁰.

Utilisée comme un miroir grossissant, cette lecture ignore tout simplement l'espace colonial et les multiples régimes dérogatoires auxquels il a été soumis. La frontière métropole *vs* colonies – savamment imaginée par les légistes dès la III^e République – sert de repoussoir aux expériences et luttes antiracistes menées sur le terrain judiciaire colonial. Ces luttes-là sont d'emblée écartées au motif qu'elles appartiendraient à un passé révolu. Leur examen permettrait pourtant d'alimenter un langage juridico-politique mieux à même de correspondre aux particularismes des expériences subies par les anciennes populations colonisées qui se trouvent sur le sol métropolitain. Pour le dire encore autrement, comment est-il possible de prendre à bras le corps les expériences racistes sans avoir les outils conceptuels et l'arrière-plan historique adéquats ? Le sens commun appréhende l'histoire juridique américaine ou sud-africaine comme des modèles « paradigmatiques » qui suscitent d'emblée la méfiance des acteurs juridiques. L'analyse des discours juridiques qui alimentent le processus de racialisation permet de souligner à la fois les différences de systèmes juridiques, sans dénier le fait que la « race » n'a pas été historiquement absente de l'histoire du droit français.

Il importe en conséquence d'éclairer les mécanismes spécifiquement nationaux qui aboutissent à taire la « race » avant de recourir au terme de *colorblindness*. Derrière les querelles d'ordre terminologique, il convient de prendre au sérieux les singularités de production juridique de la « race » en droit français et européen. Pour ce faire, il importe de comprendre de quelle manière le droit français a historiquement participé et participe encore dans une certaine mesure à la production de la différenciation raciale. Notre propos s'est attaché à formuler trois propositions théoriques à cet égard : 1) aborder doctrinalement les discriminations raciales de manière anhistorique ne peut mener qu'à une impasse conceptuelle, voire un réductionnisme infructueux. Le racisme n'est perçu que comme un phénomène accidentel, anecdotique. Et, parce qu'il n'existe aucune autre manière de penser la « race » (faute d'articuler racismes et antiracismes), cette lecture anhistorique et faiblement renseignée empiriquement aboutit à entretenir un raisonnement circulaire. Elle ne permet pas de situer plus finement les différentes expériences d'assignation raciale au regard de leur trajectoire historique et sociale ; 2) l'analyse de ces différentes expériences permettrait de se faire une idée plus précise de

300 La lecture dominante de l'ordonnance du 9 août 1944 signée à Alger rétablissant la légalité républicaine est elle aussi tributaire du réductionnisme rendant équivalent le droit républicain à celui de la métropole.

la manière dont l'institution judiciaire parvient à traduire (ou pas) lesdites expériences dans le langage juridique ; 3) D'un point de vue méthodologique, une telle analyse ne peut être limitée au matériau du droit positif et à un discours exclusivement dogmatique. Elle nécessite d'être enrichie par une lecture pluridisciplinaire susceptible d'éclairer les tenants et les aboutissants des rapports sociaux qui entourent la reconnaissance des discriminations raciales. Ce discours pluridisciplinaire a pour but de proposer à la science du droit un ensemble de concepts et de données (statistiques judiciaires, analyse des recours, *etc.*)³⁰¹ qui se rapprocheraient au plus près des spécificités inhérentes au traitement juridique du racisme en France et en Europe.

301 La méthodologie à laquelle il est fait allusion ici n'est pas différente de celle développée par certains auteurs des *CRT* depuis 2007 : I. H. LOPEZ (ed.), *Race, Law and Society*, Ashgate - Aldershot - Burlington, Routledge, 2017, mais aussi à certains courants du mouvement *Law and Society* : M. FELDMAN, J. BELL, M. T. BERGER *et al.*, *Gaining Acces. A pratical and Theoretical Guide for Qualitative Researchers*, Oxford, AltaMira Press, 2003.