

UNIVERSITE DE ROUEN

FACULTE DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET GESTION

Département de DROIT

Master II Recherche, spécialité DROIT PUBLIC, Mention DROIT PUBLIC APPROFONDI, Parcours DROIT PUBLIC INTERNE.

Mémoire de Recherche, sous la direction de M. LECOUSTUMER.

SUJET :

LA DEFINITION JURIDIQUE DE LA « RACE ».

Exemples français et américain.

Sylvia-Lise BADA

Année universitaire 2008/2009

« L'universel, oui. Mais il y a belle lurette que Hegel nous en a montré le chemin : l'universel, bien sûr, mais non par négation, mais comme approfondissement de notre propre singularité.

Maintenir le cap sur l'identité – je vous en donne l'assurance –, ce n'est ni tourner le dos au monde, ni faire sécession au monde, ni boudier l'avenir, ni s'enliser dans une sorte de solipsisme communautaire ou dans le ressentiment.

Notre engagement n'a de sens que s'il s'agit d'un ré-enracinement certes, mais aussi d'un épanouissement, d'un dépassement et de la conquête d'une nouvelle et plus large fraternité. »

Aimé Césaire, Discours sur la Négritude, 1987.

LISTE DES ABREVIATIONS

- **AFIP** : Association pour Favoriser l'Intégration Professionnelle
- **CRAN** : Conseil Représentatif des Associations Noires
- **OMB** : Office of Management and Budget (Bureau de la Gestion et du Budget)
- **INSEE** : Institut National de la Statistique et des Études Économiques
- **CNIL** : Commission National de l'Informatique et des Libertés

SOMMAIRE

Liste des abréviations

Sommaire

Introduction

Chapitre I- Les aspects de l'opération de définition juridique de la « race »

I- L'identification positive ou négative de l'objet

A- La définition positive de la « race » (le paradigme constitutionnel *Race-conscious*).

B- La définition négative de la « race » (le paradigme constitutionnel *Colorblind*).

II- Une définition souple ou rigide

A- Le caractère modulable de la définition juridique de la « race » dans le système fédéral américain.

B- La rigidité de la définition juridique de la « race » dans le système unitaire français.

Chapitre II- L'objectif de la définition juridique de la « race » : l'aménagement d'un régime juridique. *La question de légitimité de la prise en compte du facteur racial par les autorités normatives.*

I- La prise en compte du facteur racial dans la distribution des ressources

A- La légitimité de la prise en compte du facteur racial dans la distribution des ressources : l'exemple de l'*Affirmative Action* aux États-Unis.

B- L'illégitimité de la prise en compte du facteur racial dans la distribution des ressources : l'interdiction de la discrimination positive fondée sur la « race » en France.

II- La prise en compte du facteur racial dans le processus démocratique

A- La légitimité de la prise en compte de la « race » comme critère de représentativité dans le système juridique américain : l'exemple du *racial redistricting*.

- B- L'illégitimité de la prise en compte de la « race » comme critère de représentativité dans le système juridique français.

Conclusion

Annexes

Bibliographie

INTRODUCTION

La difficulté de ce sujet - « *La définition juridique de la ' race' »* - tient à la charge émotionnelle dont est porteuse cette notion de « race ». En effet, celle-ci n'est pas exempte d'affect¹, ainsi que le reflète l'actualité récente.

Le 15 janvier 2009, lors de la présentation des secrétaires d'État rattachés à son ministère, le nouveau ministre aux affaires sociales, Brice HORTEFEUX, déclarait à propos du secrétaire d'État chargée de la politique de la ville, Fadela AMARA : « *C'est une compatriote, comme ce n'est pas forcément évident, je le précise* ». Prononcés par un

¹ Entendu au sens de « charge émotive ».

représentant de l'État français, ces propos ont suscité la polémique. Ils semblaient, en effet, légitimer l'idée selon laquelle il existerait au sein du peuple français des critères de distinction entre les citoyens. Également, les récents mouvements sociaux en Guadeloupe² ont mis l'État français face aux revendications de citoyens dénonçant les survivances économiques et sociales d'une société construite sur des rapports de races³, nourrissant le débat autour de la citoyenneté française et du principe constitutionnel d'égalité. De même, le discours prononcé à Dakar par le Président de la République française, Nicolas SARKOZY, suscite toujours la polémique, plusieurs auteurs⁴ soulignant l'inquiétante proximité de ce discours avec les thèses racistes développées par Friedrich HEGEL dans la partie consacrée à l'Afrique de son ouvrage *La Raison dans l'histoire. Introduction à la philosophie de l'histoire*⁵. Les réactions émotionnelles suscitées à l'échelle mondiale par l'élection de Barack OBAMA à la présidence des États-Unis⁶ sont également révélatrices de la place qu'occupe cette notion idéologique de « race » dans la société. En effet, au lendemain de l'élection, la presse mettait l'accent sur le caractère historique de l'accession du premier président « noir » à la Maison Blanche, ravivant ainsi le débat autour de la question de la « race » et de ses implications social, politique et juridique⁷. Sur le plan juridique, l'observation de la législation de cette dernière décennie révèle l'importance de l'enjeu que représente la thématique de la « race » au législateur : on constate en effet une multiplication des lois tendant à réprimer les actes racistes et plus généralement

² Quarante-quatre jours de grève générale de Janvier à Mars 2009.

³ Voir l'article reporté en Annexe I.

⁴ Notamment Olivier PIRONET, « Les sources hégéliennes du discours de Nicolas Sarkozy à Dakar. Le philosophe et le président : une certaine vision de l'Afrique », *Le Monde diplomatique*, novembre 2007. Article reporté en Annexe II.

⁵ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831), *La Raison dans l'histoire. Introduction à la philosophie de l'histoire*, 10/18, Paris, 2007, rééd., pp. 245-269.

⁶ Élu le 4 novembre 2008 et entré en fonctions le 20 janvier 2009.

⁷ « 4 novembre 2008 : 'le changement est arrivé' lance le vainqueur démocrate, premier **Noir** à accéder à la Maison Blanche » ; « Président **post-racial** ? Oui et surtout légitime pour se faire entendre sur les deux berges de cette cicatrice mal refermée entre **Noirs** et **Blancs** [...] », Éric FOTTORINO, *Le Monde* du Jeudi 6 novembre 2008, p.1 ; « L'élection du premier président noir a bouleversé tout le pays [...] Il faudra du temps aux Américains pour se reconnaître dans le nouveau reflet d'eux-mêmes que leur tend l'élection du premier **Noir** à la Maison Blanche [...] », Philippe GELIE, *Le Figaro* du Jeudi 6 novembre 2008, p.2 ; « Un président **noir** à la Maison Blanche : la puissance symbolique de l'évènement n'échappe à personne. », Nicolas BOURCIER, *Le Monde* du Mercredi 21 janvier 2009, p.20.

les discriminations.⁸ Par suite, la réflexion constituante de 2008 a de nouveau fait apparaître le malaise du constituant face à la notion de « race », à travers les propositions d'amendements visant à la suppression de ce mot du texte de la Constitution⁹. Le malaise est compréhensible lorsque l'on considère la charge émotionnelle et idéologique de cette notion.

La « race »¹⁰ se définit comme une subdivision de l'espèce humaine selon des critères biologiques héréditaires, le plus souvent apparents : la couleur de la peau, la morphologie et la physionomie¹¹. La « race » a été utilisée comme concept de base pour le développement de théories scientifiques établissant une hiérarchie des « races », qui repose sur l'idée de la supériorité de certaines sur d'autres, justifiant ainsi des traitements inégaux entre les différents groupes d'êtres humains.

Le malaise que suscite cette notion de « race » est donc lié à sa genèse. En effet, la notion de « race » est apparue à la fin du XV^{ème} siècle, comme fondement de la traite transatlantique et de l'esclavage des Africains pratiqués jusqu'à la moitié du XIX^{ème}. Sa théorisation a connu son essor entre le XVII^{ème} et le XVIII^{ème} siècle. En effet, si l'esclavage existait déjà en Europe et en Afrique, avant le XV^{ème} siècle, il n'était pas fondé sur une théorie raciale particulière mais sur des critères d'ordre économique, social, ou politique. Ainsi, les personnes endettées, condamnées, les prisonniers de guerre, pouvaient être soumis à la condition d'esclave. L'esclavage était alors conçu comme une condition sociale. Mais à partir du XV^{ème} siècle, début de la traite

⁸ A titre d'exemple : loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations ; loi n° 2003-88 du 23 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe ; loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ; loi n°2006-784 du 5 juillet 2006 relative à la prévention des violences lors des manifestations sportives. Voir l'annexe III.

⁹ A titre d'exemples, les amendements 275 et 372 visant à la suppression du mot « race » de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, proposés par des députés lors des travaux en séance de l'Assemblée nationale (2^{ème} séance du jeudi 22 mai 2008). Les travaux sont consultables en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/cra/2007-2008/165.asp#P27_207

¹⁰ Le terme « race » revêt une pluralité de sens qui n'ont pas tous un intérêt dans le cadre de cette étude. Ainsi, la « race » au sens littéraire, désigne l'ensemble des personnes appartenant à une même lignée familiale d'où l'expression « être de bonne race ». Ainsi, le théoricien de la « race noble », Henri DE BOULAINVILLIERS (1658-1722), définissait le noble comme celui appartenant à une lignée généalogique d'hommes de gloire et d'honneur. La « race » peut également désigner un ensemble de personnes présentant des caractères communs et que l'on réunit dans une même catégorie : « la race des poètes » ou « la race des capétiens » par exemple. Ici, l'objet d'étude porte sur la « race » au sens biologique. La « race » biologique est aujourd'hui remise en cause par les scientifiques et a une connotation péjorative, d'où l'utilisation de guillemets.

¹¹ Le Petit Larousse Compact, 2006.

négrière, l'esclavage devient une condition sociale inhérente à la nature même des Noirs: ainsi que l'affirmaient Julien-Joseph VIREY et George CUVIER, « *le nègre est et sera toujours esclave ; l'intérêt l'exige, la politique le demande, et sa propre condition l'y soumet presque sans peine* »¹² ; « *le caractère de cette race [blanche] est sa domination absolue sur toute les autres. Elle a fait des esclaves de la race noire, et pour elle, le nègre est devenu une bête de somme ne se regimbant contre le joug tyrannique qu'on lui impose que comme l'animal irrité d'un mauvais traitement, mais sans conscience de ses droits.* ».¹³ La « race noire » devient ainsi synonyme de « *race esclave* ».¹⁴ Au cœur de la notion de « race » se trouvait donc la « race noire », dont il fallait établir scientifiquement l'inhumanité¹⁵ pour justifier un système économique basé sur la réification¹⁶ d'êtres humains, cette justification scientifique se nourrissant de justifications d'ordres philosophique, moral et religieux.¹⁷ La traite négrière et l'esclavage des « Nègres », le régime juridique qui leur était appliqué¹⁸, trouvaient leur justification dans l'établissement de l'inhumanité de ces derniers. Comme le soulignait Friedrich HEGEL, « *le nègre représente l'homme naturel dans toute sa sauvagerie et sa pétulance...on ne peut rien trouver dans ce caractère qui rappelle l'Homme* ». L'historien Pap N'DIAYE¹⁹ décrit ce phénomène en ces termes : « *S'il fallait le dire de manière très lapidaire : à partir*

¹² VIREY, Julien-Joseph, « Nègre », Nouveau dictionnaire d'Histoire naturelle, Déterville, Paris, 1803.

¹³ CUVIER, Georges, *Recherches sur les ossements fossiles de quadrupèdes*, Tome I, Déterville, Paris, 1812.

¹⁴ DIOP, Cheikh Anta, *Nations nègres et cultures*, Présence Africaine, 4^{ème} édition, Paris, 1979, p.53-54 : « ' Nègre ' devient désormais synonyme d'être primitif, inférieur, doué d'une mentalité pré-logique ».

¹⁵ Caractère de ce « *qui ne semble pas appartenir à la nature ou à l'espèce humaine* », le Petit Larousse, 1998.

¹⁶ Les théories des « races » furent développées au service de la traite négrière. L'un de ces théoriciens, Friedrich HEGEL affirmait que « *le nègre représente l'homme naturel dans toute sa sauvagerie et sa pétulance...on ne peut rien trouver dans ce caractère qui rappelle l'Homme* ». C'est pourquoi l'esclave était considéré comme un bien meuble sur lequel son maître exerçait librement son droit de propriété. A titre d'exemple, l'article 44 du Code Noir de Mars 1685 disposait « *Déclarons les esclaves être meubles et comme tels entrer dans la communauté, n'avoir point de suite par hypothèque, se partager également entre les cohéritiers, sans préciput et droit d'aînesse [...]* ».

¹⁷ N'DIAYE, Pap, « Pour une histoire des populations noires en France : préalables théoriques », *Le Mouvement Social*, 2005-4 (n°213), p.95 : « *Quoiqu'il en soit, il est clair que les catégories raciales furent inventées parce qu'elles étaient utiles au maintien de structures de pouvoir et de systèmes socio-économiques généralement fondés sur l'exploitation de la force de travail, en particulier l'esclavage. Au cœur des distinctions raciales se situait bien la « race noire », qui fit l'objet de toutes les attentions théoriciennes, de manière ô combien plus insistante que la « race blanche » ou la « race jaune », non seulement parce qu'elle était placée tout en limite de l'humanité (privilège qu'elle n'était pas seule à partager) mais parce qu'elle était le « standard » permettant de mesurer les autres races, d'en évaluer les éventuelles dégénérescence (par contamination raciale, l'obsession de Gobineau), et parce que cette race était considérée comme servile. Il est à noter que l'antisémitisme moderne emprunta des éléments important au racisme anti-noir, par association des Juifs aux Noirs dans des généalogies raciales courantes jusqu'à la Seconde Guerre mondiale.* ».

¹⁸ A titre d'exemple, le régime juridique applicable aux esclaves noirs des colonies françaises était organisé par les Codes noirs de mars 1685 « édit du Roi sur les esclaves des îles de l'Amérique » signé par Louis XIV, et de décembre 1723 « édit du Roi sur les esclaves pour les îles de France et de Bourbon » signé par Louis XV.

¹⁹ Maître de conférences à l'École des Hautes Études en Sciences sociales (Centre d'Études Nord-américaines).

de la fin du XV^{ème} siècle, il arriva le malheur historique que la race noire devint synonyme de race esclave. ». Il ajoute qu' « au XVIII^{ème} siècle, les mots de « Noir », « nègre » et « esclave » étaient pratiquement synonyme dans la langue française ». ²⁰ Des théoriciens tels que François BERNIER (1620-1680), Joseph Arthur de GOBINEAU (1816-1882), Carl VON LINNE (1707-1778), Johann Friedrich BLUMENBACH (1752-1840), ou encore Emmanuel KANT (1724-1804), ont apporté les justifications scientifiques nécessaires à l'entreprise de déshumanisation de la « race » noire à des fins économiques. Le médecin français François BERNIER, dans une édition du *Journal des savants* de 1684 distinguait quatre « races » selon leurs caractéristiques physiques : les Européens, les Africains, les Asiatiques et les Samoans. Même s'il n'établissait aucune hiérarchie explicite entre ces différentes « races », il distinguait la « race » des Européens des autres êtres humains qu'il décrivait comme « laids », et posait ainsi les fondements des théories de la hiérarchie des « races » intervenues par la suite. Carl VON LINNE est l'un des premiers à diviser l'humanité en catégories nommées « races ». En 1758, dans son *Systema naturae*, il rend compte de quatre « races » : la race blanche (les Européens), la race rouge (les Américains), la race jaune (les Asiatiques) et la race noire (les Africains). La couleur de la peau n'est pas l'unique critère de distinction entre ces quatre groupes raciaux, bien qu'elle soit déterminante. En effet, selon VON LINNE, ces différentes « races » se distinguent par un état d'esprit différent. Ainsi, les personnes de « race » blanche se caractérisent par leur vivacité d'esprit, les Noirs par leur paresse et les Jaunes par leur orgueil. Dans le cadre de ses travaux en craniométrie, BLUMENBACH avait, quant à lui, introduit une cinquième catégorie raciale, la « race marron » ou « brune » (les Malais). Les différentes théories des « races » du XVIII^{ème} siècle avaient pour point commun de réserver à la « race » noire la dernière place dans l'échelle hiérarchique, celle-ci se trouvant en limite de l'humanité. Emmanuel KANT, contemporain de Blumenbach, tenait la noirceur de leur peau pour le signe de leur faiblesse intellectuelle et affirmait que « les nègres d'Afrique n'ont reçu de la nature aucun sentiment qui s'élève au dessus de la niaiserie ». Le XIX^{ème} siècle fut marqué par ce que l'on désigne sous le terme de « racisme biologique », fondée sur une définition

²⁰ A ce sujet, l'article de Pap N'DIAYE précité, pp.91-108 et *Codes Noirs, de l'esclavage aux abolitions*, Introduction de Christiane TAUBIRA, pp. IX-XXXIX et Présentation de André CASTALDO, pp. 1-35.

biologique de la « race », avec des auteurs tels que le comte Arthur de GOBINEAU, à l'origine de la thèse sur la dégénérescence des races supérieures développée dans son *Discours sur l'inégalité des races*.²¹ Le concept de « race » a été de nouveau utilisé au XX^{ème} siècle en Europe, à des fins économiques et politiques, justifiant l'infliction de traitements discriminatoires ainsi que l'extermination des personnes de confession juive. En France, la législation antisémite du Régime de Vichy organisait le statut juridique de la catégorie juridique des personnes dites de « race juive ».²²

Ce bref passage en revue de l'origine de la « race » montre d'une part qu'il s'agit bien d'une notion - c'est-à-dire d'une représentation de l'esprit dont la construction implique une démarche volontariste voire idéologique - qui sert des intérêts politiques et économiques, et d'autre part que son utilisation a toujours tendu à la justification de la déshumanisation de personnes physiques. C'est la raison pour laquelle, face au bilan humain de la Seconde guerre mondiale, la Communauté internationale, toujours à l'appui de justifications scientifiques, a invalidé la notion de « race » par plusieurs déclarations et conventions internationales²³, posant pour principe que « toute doctrine fondée sur la différenciation entre les races ou sur la supériorité raciale est scientifiquement fausse, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse et que rien ne saurait justifier la discrimination raciale, ni en théorie ni en pratique ».²⁴ C'est en effet à partir des années soixante que les thèses de réfutation de l'existence scientifique de la « race », émanant de généticiens, anthropologues, ethnologues, se sont développées²⁵ et ont posé le principe de l'unicité de l'Humanité.

²¹ J. A. DE GOBINEAU, *Discours sur l'inégalité des races*, in Œuvres, t. I, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1983, p.343.

Selon J. A. DE GOBINEAU, la dégénérescence de l'humanité réside dans le métissage des populations. Il s'agit d'une dégénérescence pour « l'humanité » c'est-à-dire pour les « races supérieures ». En revanche, pour la « race noire », il s'agit d'une ascension car « le mulâtre, dont on peut faire un avocat, un médecin, un commerçant, vaut mieux que son grand père nègre, entièrement inculte et propre à rien. »

²² Loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs, remplacée par la loi du 2 juin 1940.

²³ *Déclaration sur la « race » et les préjugés raciaux* adoptée par la conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, à Paris, lors de la vingtième session du 27 novembre 1978; *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1963 (Résolution 1904-XVIII) ; *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales*, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'assemblée générale des Nations Unies du 21 décembre 1965 (Résolution 2106 A XX) et entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

²⁴ *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1963 (Résolution 1904-XVIII).

²⁵ Par exemple, selon François JACOB (prix nobel de médecine), « la distance biologique entre deux personnes d'un même groupe, d'un même village, est si grande qu'elle rend insignifiante la distance entre les moyennes de deux groupes, ce qui enlève tout au concept de race », in *La force du préjugé. Essai sur le racisme*, Gallimard,

La mention « *socialement condamnable et moralement injuste et dangereuse* » illustre le fait que l'approche juridique de la notion de « race » relève d'un choix axiologique c'est-à-dire porteur de valeurs morales. En effet, la condamnation de la discrimination raciale dans cette formule paraît presque relever du droit naturel.

Toutefois, si la communauté scientifique s'accorde aujourd'hui à dire que la « race biologique » n'a pas d'existence – et qu'il s'agit, sur le plan juridique, d'un « *non-concept* »²⁶, il n'en demeure pas moins qu'elle reste « *une catégorie valide d'analyse sociale* »²⁷. Autrement dit, la « race » est une pure construction intellectuelle, mais son existence en tant que fait social est indéniable. Envisagée en ce sens, la « race » continue à rendre compte, dans l'imaginaire commun, non seulement de différences physiques entre des personnes, mais aussi et surtout, elle apparaît comme un facteur explicatif d'un certain nombre de phénomènes sociaux qui tendent à être encadrés par le droit. En effet, le phénomène social qu'est le racisme est perceptible. Il repose sur la conviction de « *différences de valeur entre les groupes humains qui s'accompagnent d'une représentation stéréotypée des particularités physiques visibles ou des caractéristiques culturelles, linguistiques ou religieuses attribuées aux membres d'un même groupe* »²⁸. Désormais, « *le terme de 'race' ne dénote plus l'hérédité bio-somatique, mais la perception des différences physiques, en ce qu'elles ont une incidence sur les statuts des groupes et des individus et les relations sociales* »²⁹. Autrement dit, la « race » est un facteur potentiel d'exclusion et plus généralement de violation des droits

1987. Dans le même sens, Ricky LEWIS affirme que « *le projet du génome humain a révélé que ce que les gens considèrent comme des différences raciales ne constitue que 0,01% des 35000 gènes estimés qui constituent le corps* », in « Race et clinique : bonne science ? La découverte du génome humain efface pratiquement l'idée de la 'race' comme étant un facteur biologique », *The Scientist*, 18 février 2002.

²⁶ Expression employée par M. Blaise TCHIKAYA, Maître de conférences en Droit public à l'Université de la Martinique, Chargé de mission et d'études au Haut Conseil à l'intégration, lors de notre entretien du 20 février 2009.

²⁷ P. N'DIAYE, *ibidem*, p.96. L'auteur ajoute que « *les races n'existent pas en elles-mêmes mais en tant que catégories imaginaires historiquement construites. Les circonstances sociopolitiques donnent sens aux délimitations raciales. Le facteur mélanique est un fait de nature mais, mais son interprétation a été un fait de culture. Les catégories raciales ont varié selon les moments et les lieux, en fonction de différents besoins politiques et sociaux. Il ne va pas de soi que la couleur de peau puisse être un marqueur social. Ce fait est le produit de circonstances historiques particulières et réversibles. Il est d'ailleurs souhaitable qu'un jour, la couleur de peau n'ait pas plus de signification sociale que la couleur des yeux ou des cheveux. On n'en est pas là tant il est vrai que les distinctions raciales sont très profondément ancrées dans les imaginaires des hommes, et qu'elles ont fondé, en proportions variées mais sans jamais être absentes, les rapports qu'ils entretiennent entre eux* ». Voir également l'article de Gregory SCOTT PARKS, "Toward a Critical Race Realism". Selon l'auteur, "The concept of 'race' is a social construction, a product of people's thoughts and relations", p.13.

²⁸ B. FAVREAU, « Racisme et xénophobie », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008, p.825.

²⁹ P. POUTIGNAT et J. STREIFF-FENART, *Théories de l'ethnicité*, Paris, PUF, 1995, p.43.

fondamentaux. A ce titre, le droit s'en trouve saisi. Il s'agit d'ailleurs d'une question que les États sont invités, par les instruments internationaux, à traiter en aménageant au niveau national un régime juridique de lutte contre les discriminations. Or, tout régime juridique repose sur une définition de l'objet à encadrer.

L'opération de définition en général, consiste en l'« *énonciation de ce qu'est un être ou une chose, de ses caractères essentiels, de ses qualités propres* »³⁰. Définir une notion suppose donc d'en dégager les caractéristiques, de manière à pouvoir en délimiter les contours et en préciser le contenu. Le travail de définition s'avère donc être une tâche importante pour le juriste : compris comme un « *ensemble de règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique* »³¹, le droit repose sur l'élaboration de définitions juridiques, consistant à intégrer dans la sphère du droit des éléments relevant de la sphère sociale. En ce sens, définir juridiquement une notion relève d'une démarche volontariste. En effet, cela passe nécessairement par son introduction dans un texte juridique. Or, l'introduction d'un terme dans une norme suffit à l'ériger en *catégorie juridique* et ne constitue pas une opération neutre. Elle procède d'un choix axiologique. Comme le soulève Danièle LOCHAK, « *tout terme autre que purement fonctionnel utilisé dans l'énoncé d'une norme acquiert de ce fait même le caractère d'une catégorie juridique. [...] Si l'on revient à la race, on considérera qu'il s'agit d'une catégorie juridique dès lors que le droit l'intègre à son lexique et lui attache des conséquences juridiques. [...] La transformation d'une notion en catégorie juridique n'est pas neutre. D'abord parce que cette transformation, qui se réalise par l'introduction de cette notion dans un texte ou une norme juridique, résulte toujours d'un choix, fondé soit sur des considérations pratiques, soit sur des valeurs, soit sur les deux à la fois. Ensuite parce que [...] qualifier juridiquement une situation ou une conduite [...] revient nécessairement à lui conférer un minimum de reconnaissance officielle, admettre la légitimité de son existence [...]* ».³² A ce titre, la présence du mot « race » dans la Constitution française de 1958 et dans les textes juridiques infra-constitutionnels, avec toute sa charge idéologique, fait couler beaucoup d'encre et suscite même de l'indignation, perceptible dans les

³⁰ *Le Petit Larousse Compact*, 2006, p.340.

³¹ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14^e édition, p.223

³² D. LOCHAK, « La 'race' : une catégorie juridique ? », In Actes du colloque *Sans distinction de ...race* (27 et 28 mars 1992), publiés par les Presses de la FNSP, revue *Mots* n°33.

propos tenus par l'un des organisateurs d'un colloque organisé au Sénat sur le thème de la suppression du mot « race » de la Constitution : « *Quekcexa, les 'origines raciales' ?* »³³.

La cécité à la « race »³⁴ qui caractérise le système juridique français, au nom des principes d'indivisibilité de la République, de souveraineté nationale et d'égalité devant la loi, suffirait à décourager une tentative de comparaison de la définition juridique de la « race » en France avec celle en vigueur aux États-Unis, où prévaut le modèle « *race-conscious* »³⁵. Il permettrait même de réfuter l'existence d'une définition de la « race » en droit français. Cependant, un autre point de vue sera développé ici, selon lequel l'utilisation du terme « race » dans la Constitution française de 1958, même sur le mode de la dénégarion, est une forme de définition. En outre, il conviendra de démontrer en quoi le choix d'une forme de définition résulte des spécificités du système juridique, c'est-à-dire de l'ensemble organisé de normes et d'institutions juridiques³⁶, dans lequel elle s'inscrit.

L'étude de la définition juridique de la « race », basée sur les exemples français et américain, fera l'objet de deux chapitres, l'un portant sur les aspects de l'opération de définition (Chapitre I), l'autre sur l'objectif de la définition (Chapitre II).

³³ Question posée par l'un des organisateurs d'un colloque au Sénat organisé sur le thème de la suppression du mot « race » de la Constitution. Ce colloque s'était réuni à la suite de la publication de deux décrets en février 1990 autorisant la collecte, sous certaines conditions, de données relatives aux « origines raciales des personnes ».

³⁴ Traduction française de la notion américaine de « Colorblindness » ou « Race-neutral ».

³⁵ Notion américaine qui signifie « Conscient de/Prenant en compte la race ».

³⁶ Selon la théorie de l'ordre juridique de Hans Kelsen.

CHAPITRE I

Les aspects de l'opération de définition juridique de la « race »

L'opération de définition juridique de la « race » revêt deux aspects, le premier ayant trait à la méthode d'identification de l'objet qui peut s'effectuer de manière positive ou négative (I) et le second, au caractère modulable de la définition retenue (II).

I- L'identification positive ou négative de l'objet

A- La définition positive de la « race » (le paradigme constitutionnel *Race-conscious*) :

Une définition « positive » de la « race » par le droit consiste à reconnaître son existence et à dégager les critères permettant de l'identifier. Elle repose donc sur une double opération de la part de l'auteur. La première consiste en **une énonciation** : il s'agit d'introduire le mot « race » dans un texte juridique. La seconde consiste en **une caractérisation**, c'est-à-dire en l'énumération de critères qui délimitent la notion de « race » et permettent ainsi de la distinguer de notions voisines, et d'en déterminer le contenu.

1- Une énonciation :

Ainsi, aux États-Unis, le mot « race » fait l'objet d'une énonciation dans la Constitution. Il y apparaît une seule fois, dans le XV^{ème} amendement reconnaissant le droit de vote aux Noirs. Adopté en 1870 après la guerre de Sécession, l'amendement dispose que « *le droit de suffrage appartenant aux citoyens des États-Unis ne pourra être refusé ou restreint ni par les États-Unis, ni par aucun État, pour des motifs tirés de la **race**, de la couleur ou d'un état de servitude antérieur* »³⁷.

L'introduction du mot « race » dans la Constitution américaine traduit la volonté du constituant d'appliquer aux Noirs des États-Unis un régime juridique nouveau dans le contexte particulier de la Reconstruction. En effet, la question de la

³⁷ The Constitution of the United States, Amendment XV, Section 1: "*The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of **race**, color, or previous condition of servitude.*"

« race » est apparue bien avant 1870 dans l'Histoire des États-Unis. Elle est même au cœur de l'histoire constitutionnelle du pays³⁸. L'adoption du XVème amendement s'inscrit dans le contexte de l'abolition de l'esclavage, proclamée par le XIIIème amendement de 1865³⁹, et aboutissant à un changement du statut juridique des Noirs. La Constitution leur reconnaît désormais dans le XIVème amendement de 1868⁴⁰, la citoyenneté qui leur était refusée par la Cour Suprême dans la décision *Dred SCOTT v. SANDFORD* de 1857⁴¹. L'exercice du droit de suffrage étant l'expression la plus directe de la citoyenneté, l'utilisation du mot « race » dans le XVème amendement vient donner une portée juridique plus forte aux XIIIème et XIVème amendements.

2- Une caractérisation :

Outre son énonciation dans la Constitution, la notion de « race » fait l'objet d'une caractérisation. La « race » est définie selon des critères d'ordre sociopolitique et culturel. Le droit l'envisage comme « *une donnée reposant sur l'auto-identification des individus à une ou plusieurs races à laquelle ils se rattachent le mieux* », ces catégories raciales constituant « *des constructions sociopolitiques qui ne doivent pas être interprétées*

³⁸ Avant son adoption, le 17 septembre 1787, le texte de la Constitution des États-Unis ne satisfaisait pas les États sudistes de la Confédération en raison de la clause d'abolition de l'esclavage qui y figurait (les États du Nord étaient opposés à l'institution de l'esclavage sur laquelle reposait l'économie des États du Sud) La Convention chargée de la rédaction du texte a finalement abandonné cette clause, privilégiant la création de l'Union à la libération des esclaves noirs.

³⁹ The Constitution of the United States, Amendment XIII, Section 1: "*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*"

⁴⁰ The Constitution of the United States, Amendment XIV, Section 1: "*All person born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall made or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*"

⁴¹ *Dred SCOTT v. SANDFORD*, 60 U.S (19 How.) 393 (1857). Dans cette jurisprudence, la Cour Suprême des États-Unis avait décidé que le plaignant, Dred SCOTT, n'était pas un citoyen des États-Unis car il était noir et esclave.

comme étant de nature scientifique ou anthropologique »⁴². Cette caractérisation appelle trois remarques :

D'abord, sur le plan méthodologique, une définition qui contient l'objet qu'elle est censée définir paraît insatisfaisante⁴³. Mais ce qui pourrait paraître comme un manque de rigueur est ici justifié par le fait que la définition juridique de la « race » aux États-Unis consiste en un processus faisant intervenir plusieurs acteurs, dont le principal est l'individu. Par l'instauration du mécanisme d'auto-identification, qui consiste, pour l'administration fédérale dans le cadre du recensement décennal, à demander aux individus de se rattacher à telle ou telle « race », le droit renvoie aux critères d'identification posés par ces derniers. Il s'agit donc de critères subjectifs, mêlés toutefois à des critères objectifs puisque les catégories raciales entre lesquelles l'individu doit choisir sont établies par l'État⁴⁴.

En outre, le renvoi à des critères subjectifs de définition et la réfutation de fondement scientifique ou anthropologique traduit un mécanisme de déconstruction par le droit de la « race biologique » pour entériner une reconstruction socioculturelle de la « race ». Cette acception de la notion retenue par le droit positif est également celle utilisée par la doctrine, notamment par les juristes réunis au sein du mouvement de la *Critical Race Theory*⁴⁵. La définition juridique de la « race » aux États-Unis traduit donc un souci de pragmatisme : la « race » est « *partie intégrante du*

⁴²U.S. Census Bureau, 2000 Census of Population, Public Law 94-171: “The concept of race as used by the Census Bureau reflects self-identification by people according to the race or races with which they most closely identify. These categories are sociopolitical constructs and should not be interpreted as being scientific or anthropological in nature. Furthermore, the race categories include both racial and national-origin groups”; Federal Register Notice, October 30, 1997, “Revisions to the standards for the classification of federal data on Race and Ethnicity”: “The racial and ethnic categories set forth in the standards should not be interpreted as being primarily biological or genetic in reference. Race and ethnicity may be thought of in terms of social and cultural characteristics as well as ancestry”; “The categories represent a social-political construct designed for collecting data on the race and ethnicity of broad population groups in this country, and are not anthropologically or scientifically based”.

⁴³ Cependant cela caractérise les énoncés performatifs (John Austin).

⁴⁴ La révision des standards de classification des données fédérales sur la Race et l’Ethnie du 30 octobre 1997, publiée par l’Office of Management and Budget (OMB), prévoit ainsi cinq catégories raciales minimum : « American Indian or Alaska Native » ; « Asian » ; « Black or African American » ; « Native Hawaiian or Other Pacific Islander » ; « White ».

⁴⁵ Voir l’article de Jean-François GOUDREAU-DESBIENS, « La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », *Droit et Société* 48-2001, p.590 : « les ‘Race-Crits’ ne restreignent pas leur analyse aux seuls rapports de domination fondés sur la race biologique. Donnant au contraire une acception large au mot ‘race’, ils s’intéressent d’abord et avant tout à la dimension culturelle de la problématique raciale [...] ».

monde dans lequel nous vivons tous »⁴⁶. Dans le même sens, C. COLLOMP note que les catégories « raciales » proposées par l'État fédéral aux citoyens (donc les critères objectifs) « n'ont rien de scientifiques, elles reposent sur des notions exclusives qui tiennent à la couleur (on est blanc ou noir), à la langue (hispanique), à l'origine géographique (asiatique) ou à la nationalité (japonais, coréen, etc. ; [...]). L'important est qu'elles sont auto-décernées. Ce sont les individus qui s'auto-désignent et demandent à être reconnus comme tels afin d'être comptés dans le grand partage de l'égalité des représentations ».⁴⁷

Enfin, la caractérisation de la notion juridique de « race » passe par sa distinction vis-à-vis d'une notion voisine : l'ethnie. Les deux notions sont considérées comme renvoyant à deux identités séparées. Les « Hispano-américains » ou « Latino-américains » sont ainsi catégorisés en ethnie entendue comme « une population composée de personnes ayant en commun l'ascendance, la langue et les coutumes ».⁴⁸ Ces derniers doivent en outre choisir une catégorie « raciale » puisqu'il existe plusieurs « races » parmi les Hispano-américains. On peut donc, par exemple être d'« ethnie Hispanique » et de « race Blanche » ou d'« ethnie Hispanique » et de « race Noire ». Cela révèle que la « race », bien qu'elle revête une dimension culturelle, renvoie surtout aux différences physiques.

B- La définition négative de la « race » (le paradigme constitutionnel Color-Blind ou Race-neutral⁴⁹) :

⁴⁶ Opinion du juge BLACKMUN exprimée dans la décision *University of California Regents v. Bakke* rendue par la Cour Suprême en 1978.

⁴⁷ C. COLLOMP, « Débat » (sur l'interprétation du mot « race » dans l'article 2 de la Constitution française de 1958), *Mots*, 1992, vol.33, n°1, p. 110.

⁴⁸ La différence entre les deux notions semble pourtant floue. A ce sujet, voir: **American Anthropological Association Response to OMB Directive 15, "Race and Ethnic Standards for Federal Statistics and Administrative Reporting (Sept 1997)"**: "Race and ethnicity both represent social or cultural constructs for categorizing people based on perceived differences in biology (physical appearance) and behavior. Although popular connotations of race tend to be associated with biology and those of ethnicity with culture, the two concepts are not clearly distinct from one another. While diverse definitions exist, ethnicity may be defined as the identification with population groups characterized by common ancestry, language and custom. Because of common origins and intermarriage, ethnic groups often share physical characteristics which also then become a part of their identification--by themselves and/or by others. However, populations with similar physical appearance may have different ethnic identities, and populations with different physical appearances may have a common ethnic identity".

⁴⁹ Termes utilisés aux États-Unis et qui signifient « Aveugle à la couleur » ou « Neutre à l'égard de la race ». La couleur de peau est en effet l'un des critères auxquels la « race » renvoie le plus souvent, notamment aux États-

1- Une énonciation sans caractérisation :

Dans les textes juridiques français, la « race » fait l'objet **d'une énonciation sans caractérisation**. Ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 dispose en son article premier que : « [la France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de *race* ou de religion ». Aucune des lois adoptées par le législateur pour appliquer le principe de non-discrimination consacré par cet article n'énumère de critères d'identification de la « race ». La législation anti-raciste⁵⁰, tout comme le juge constitutionnel⁵¹, se contentent tout au plus d'énoncer la notion, comme le fait le constituant, mais ne s'aventurent pas à essayer d'en déterminer le contenu. Le législateur a recours à des euphémismes qui présentent l'utilité d'offrir des substituts à la notion de « race » en atténuant sa dimension idéologique : « couleur de peau », « origine », « ethnie », « origine ethnique », *etc.* L'article premier de la Constitution de 1958 prohibe en effet, non seulement les discriminations, mais également « toute distinction » entre les citoyens, ce qui exclut la possibilité d'établir juridiquement des catégories raciales.

L'article premier de la Constitution de 1958 reprend la formule du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, premier texte constitutionnel dans lequel le

Unis où le problème racial s'est longtemps posé en termes de régulation des relations entre les « Blancs » et les « Noirs » ou « personnes de couleur (*Coloured*) ». Toutefois, l'expression « *Race-neutral* » semble plus appropriée dans la mesure où aux États-Unis, la couleur de peau n'est qu'un indice de l'appartenance à une « race ». Le critère déterminant semble en effet être l'héritage génétique, survivance de la règle qui avait été mise en vigueur par les législations ségrégationnistes des États du Sud, en vertu de laquelle est noire toute personne ayant au moins « une goutte de sang noir » (*One Drop Rule*). En vertu de cette règle, une personne à la peau blanche est légalement « noire » à partir du moment où il est établi officiellement qu'elle a un ancêtre noir. La couleur de la peau et la race sont donc deux notions distinctes.

⁵⁰ A titre d'exemples : Loi du 1er juillet 1972 n° 72-546 *relative à la lutte contre le racisme* dite « loi Pléven » ; Loi du 6 janvier 1978 n° 78-17 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, interdisant la conservation de données nominatives faisant apparaître les « origines raciales » ; Loi du 13 juillet 1990 n° 90-615 *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, dite « loi Gayssot », *etc.*

⁵¹ Conseil constitutionnel, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, §13 : « *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* ».

mot « race » a été introduit⁵². La première phrase du Préambule de la Constitution de 1946 dispose qu'« *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de **race**, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». En effet, les constituants de 1946 et de 1958 s'inscrivent dans une démarche de rupture avec les régimes juridiques racistes aménagés avant 1945. Ici s'impose l'exemple de la législation antisémite du régime de Vichy. Pour la première fois en France, la « race » a été érigée expressément en catégorie juridique. Il convient également de mentionner les régimes aménagés par le Code Noir (1685) et le Code de l'indigénat (1881), établissant des catégories juridiques dont la « race » constituait le référent implicite.⁵³

L'énonciation du mot « race » dans l'article premier de la Constitution de 1958, en l'absence de toute caractérisation de la notion, suscite deux réactions opposées. La première consiste à voir une carence dans cette disposition et dans toute la législation antiraciste qui en découle, et à en conclure à l'inexistence d'une définition juridique de la « race » en France, qui constitue pourtant le préalable nécessaire à l'incrimination pénale des actes racistes et de la discrimination raciale.⁵⁴ Cette carence juridique rend alors impossible la garantie de l'effectivité du principe constitutionnel d'égalité. La seconde réaction consiste au contraire à souligner l'incohérence de l'utilisation du mot « race » dans un texte qui se veut poser le principe d'égalité devant la loi de tous les citoyens. C'est l'argument en faveur de sa suppression de la Constitution. Le terme n'aurait pas sa place dans les instruments juridiques de lutte contre les discriminations : dire la « race » serait déjà un acte raciste⁵⁵.

⁵² Mais si l'on s'intéresse à la première apparition du mot dans la législation française en générale, c'est un décret-loi « Marchandeu » datant du 21 avril 1939 qui utilise explicitement la notion pour la première fois. Ce texte portait sur la répression de la diffamation par voie de presse lorsque « *la diffamation ou l'injure, commise envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une **race** ou à une religion déterminée, aura pour but d'exciter à la haine entre les citoyens ou les habitants* » (Abrogé par la loi du gouvernement de Vichy du 16 août 1940).

⁵³ LOCHAK, Danièle, *ibidem*.

⁵⁴ C. WILLMANN, « Définir la 'race' et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 2007, p. 936-950.

⁵⁵ B. HERSZBERG, « Quescexa, les *origines raciales* ? Propos sur la législation anti-raciste : le ver est dans le fruit », *Mots*, 1992, vol. 33, n°1, p. 284 : « Le spectre de la purification *ethnique* hante l'Europe. Et oui, le mot

2- Interprétation de la définition négative de la « race » :

Il nous semble qu'une autre interprétation de l'approche juridique de la notion de « race » par le constituant français est possible. En effet, il existe une définition juridique de la « race » en droit français, qui peut être qualifiée de « négative » au sens littéral, en ce qu'elle « *se borne à nier, refuser, contredire* »⁵⁶ le référent⁵⁷ auquel la notion de « race » renvoie. Autrement dit, la notion de « race » a un sens juridique mais ne renvoie à aucun référent reconnu par le droit. Cela soulève deux interrogations, l'une portant sur les raisons d'une telle définition, l'autre portant sur la distinction entre sens et référent.

- a) Le contexte historique d'avant 1945 nous permet de soutenir que les raisons de l'introduction du mot « race » dans la Constitution en 1946 puis en 1958, sont politiques et idéologiques. Il faut rappeler que la définition juridique d'une notion n'est pas neutre, elle relève d'un choix axiologique de son auteur en fonction des objectifs qu'il veut atteindre. Ainsi, l'on remarquera que le choix de la définition « positive » de la « race » en droit français, sous le régime de Vichy, se justifiait par un objectif poursuivi par le législateur de l'époque : priver une partie des citoyens français de leurs droits les plus fondamentaux. Sous les IV^{ème} et V^{ème} République, le constituant poursuit un objectif totalement inverse : il effectue un choix de définition en réaction aux approches juridiques antérieures du concept de « race », qui avaient servi de support à la violation des droits de l'Homme. Le recours à une définition « négative » a pour but d'exclure toute possibilité pour le droit d'aménager les conditions qui permettraient de reproduire les actes du passé, aujourd'hui socialement, politiquement et juridiquement condamnés (l'esclavage, la

race est de trop dans la Constitution française. Que la France, la République française – au moins elle -, dise et garantisse l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'*origines* ».

⁵⁶ « Négatif,ve » in *Le Petit Larousse Compact*, 2006, p.727.

⁵⁷ « Être ou objet, réel ou imaginaire, auquel renvoie un signe linguistique », Ibidem, p.910.

ségrégation, le génocide, etc.). Ainsi envisagée, l'utilisation du mot « race » dans le texte de la Constitution apparaît alors parfaitement cohérente.

b) La définition « négative » de la race par le droit consiste à donner un sens juridique à la notion tout en réfutant la juridicité des référents auxquels elle renvoie. Pour comprendre cette logique, il faut sortir du domaine du droit pour s'intéresser à la linguistique. Selon Simone BONNAFOUS et Pierre FIALA, « la question du 'référént', c'est-à-dire de l'objet réel auquel renvoie un signe, ne relève pas de la linguistique, contrairement au 'sens'. Il n'y a aucune aberration à formuler un signe sans référent pourvu qu'il ait un sens. C'est l'exemple fameux de l'énoncé 'Dieu n'existe pas' qui conjoint l'énonciation du concept de 'Dieu' et la réfutation d'un référent à ce concept. L'idée de Dieu a un sens même pour un incroyant ». Il en va de même pour la formule négative « sans distinction de race ». La « race » renvoie à des référents, variables dans le temps et selon le contexte socio-politique, qui sont autant de caractéristiques rendant leur champ difficile à circonscrire : référents scientifiques (génétique, biologie...), référents sociaux (couleur de peau, culture, langue...). Le droit, tout en donnant un *sens* au concept de « race » (la « race », c'est l'idée de l'existence de différences entre des groupes humains), dénie toute consistance juridique à ses référents qui ne relèvent pas de la sphère du droit mais de la sphère sociale. Par conséquent, dans la sphère sociale, les individus peuvent se rattacher à des catégories « raciales » selon les référents auxquels ils estiment que la « race » renvoie, mais cela n'a aucune conséquence en droit. Le fait pour des citoyens français de se définir comme « Blancs » ou « Noirs » a bien un *sens* pour le droit : qu'une association reconnue d'intérêt général prenne la dénomination de « Conseil représentatif des associations **noires** de France (CRAN) » et utilise l'expression « *populations noires* » dans ses statuts en est révélateur.⁵⁸

⁵⁸ Les articles 1 et 2 du Titre I des Statuts du CRAN, disposent, d'une part, qu' « Il est fondé entre les adhérents aux présents statuts une fédération régie par la loi du 1er juillet 1901 sur les associations et le décret du 16 août 1991, ayant pour dénomination Conseil Représentatif des Associations **Noires** (CRAN) » et d'autre part, que ses buts sont les suivants : « 1/ Lutter contre les discriminations dont sont victimes les **populations noires** et de Contribuer à

Cependant, les référentiels sur lesquels se fondent ces citoyens pour se définir comme tel (la couleur de la peau pour le cas du CRAN) ne sont pas pris en compte par le droit. En effet, celui-ci ne permet pas l'établissement de « *statistiques de la diversité* » (comme le réclame le CRAN) qui consisterait à recenser les individus en fonction de leur couleur de peau dans le but de mesurer les discriminations.

Les deux choix de définition juridique de la « race » que nous venons d'évoquer permettent de considérer que la « race » est un concept vide. Seuls les référents auxquels ils renvoient lui donnent une consistance. Nous avons vu que ces derniers peuvent relever du domaine scientifique ou sociologique. Ces référents sont donc *a priori* hors de la sphère du droit. Selon les objectifs qu'il poursuit, le droit peut intégrer ces référents dans la sphère juridique (définition *positive*) ou les laisser en dehors (définition *négative*), l'une ou l'autre option procédant d'un choix axiologique. Un autre aspect de la définition juridique de la « race » a trait à son caractère plus ou moins fluctuant selon l'organisation institutionnelle du système juridique dans lequel elle s'inscrit.

II- Une définition souple ou rigide

*l'épanouissement économique, social et culturel des **populations noires de France.***
2/ *Promouvoir la solidarité au sein des **populations noires de France.***
3/ *Promouvoir l'image des **populations noires** et œuvrer pour le développement et la dignité de ces populations.*
4/ *Coopérer avec toutes les forces qui luttent pour la défense des droits de l'homme et contre le racisme, la xénophobie et toutes les formes d'intolérance.*
5/ *Assurer la promotion des cultures des mondes **noirs.***
6/ *Favoriser le dialogue et les échanges culturels entre les différentes composantes de la société française.*
7/ *Constituer un interlocuteur face aux représentants politiques, aux acteurs économiques et aux autorités publiques nationales et européennes.*
Le CRAN pourra se constituer partie civile chaque fois qu'il l'estimera nécessaire, pour des délits avérés dans son champ d'action, notamment dans le domaine de la lutte contre le racisme et les discriminations raciales ».

La définition juridique de la « race » est plus ou moins fluctuante selon la forme de l'État. Si elle apparaît particulièrement souple dans le système fédéral américain (A), la forme unitaire de l'État français favorise une définition rigide (B).

A- Le caractère modulable de la définition juridique de la « race » dans le système fédéral américain :

Ce caractère résulte de la pluralité des auteurs de la définition (1), dont découle le caractère variable et évolutif du contenu de la notion juridique de la « race » (2).⁵⁹

1- La pluralité des auteurs de la définition :

La forme fédérale de l'État se caractérise par une superposition d'ordres juridiques. Par conséquent, outre la définition juridique de la « race » émanant de l'État fédéral (a), il en existe autant qu'il y a d'États fédérés (b).

a. Une définition émanant de l'État fédéral :

La définition juridique de la « race » émane, au niveau fédéral, de l'*Office of Management and Budget* (OMB) ou « *Bureau de la Gestion et du Budget* », c'est-à-dire un organe dépendant du *Bureau exécutif du Président des États-Unis*. C'est en effet à travers l'OMB que le Bureau exécutif supervise les activités des nombreuses agences fédérales placées sous son autorité, et s'assure notamment qu'elles exercent leurs missions en conformité avec la politique fixée par l'exécutif fédéral. Dans le cadre de

⁵⁹ A ce sujet, l'article d'O. P. RICHOMME, « La classification 'ethno- raciale' des statistiques démographiques aux États-Unis », *Annales de démographie historique*, 2007, n°1, p. 177-202.

cette mission, l'OMB établit une définition juridique de la « race » utilisée par le *Bureau de recensement des États-Unis (US Census Bureau)*⁶⁰ pour effectuer le recensement décennal de la population et pour l'établissement de statistiques démographiques nationales.

En premier lieu, la Constitution des États-Unis⁶¹ prévoit qu'un recensement de la population doit être organisé tous les dix ans. Les données collectées servent en effet de base à la répartition, entre les États fédérés, d'un nombre de sièges à la Chambre des représentants qui soit proportionnel à leurs populations. La prise en compte de la composition raciale de la population américaine entre ainsi en ligne de compte, afin de garantir une représentation fidèle des citoyens.

En second lieu, le Bureau de recensement établit régulièrement des statistiques démographiques nationales, prenant en compte l'identité « ethno-raciale » des citoyens. Tout l'édifice légal des droits civiques repose sur ces statistiques. En effet, elles permettent de mesurer les disparités de conditions de vie entre les différents groupes « raciaux ». Les données recueillies servent ensuite à orienter et améliorer la législation et les politiques anti-discriminatoires, ainsi que les programmes fédéraux à caractère social (notamment les programmes de santé).

Dans le cadre de ces deux missions, le Bureau de recensement utilise la classification « ethno-raciale » établie par l'OMB. Ainsi, lors du dernier recensement national de 2000 (*Census 2000*), les données « raciales » et ethniques ont été collectées conformément à la *Federal Register Notice* du 30 octobre 1997, émanant de l'OMB. Cette directive fédérale définit cinq catégories « raciales » de base : « *Amérindien ou Autochtone Alaskan* » (*American Indian or Alaska Native*) ; « *Asiatique* » (*Asian*) ; « *Noir ou Afro-américain* » (*Black or African-American*)⁶², « *Hawaïen de souche ou*

⁶⁰ Le Bureau de recensement est une agence de l'Administration fédérale, dépendant du Département du Commerce.

⁶¹ Article I, Section II, clause III: "*The actual Enumeration shall be made within three Years after the first Meeting of the Congress of the United States, and within every subsequent Term of ten Years, in such Manner as they shall by Law direct*".

⁶² Les revendications de la communauté noire aux États-Unis dans les années 1970 à l'issue du mouvement pour les droits civiques, ont fait abandonner le terme « Negro » au profit du terme « Black ». Dans les années 1990, les Noirs ont demandé à être désigné sous le terme « African-american », pour trois raisons essentielles : cette désignation ne les réduit pas à leur couleur de peau ; le terme « american » insiste sur leur citoyenneté qui leur a longtemps été refusée ou niée ; le terme « african » souligne leur identité culturelle. Le terme « Negro » revêt

autre Océanien » (*Native Hawaiian or other Pacific Islander*); « **Blanc** » (*White*). Les notions de « race » et d' « ethnie », renvoyant à deux identités distinctes sont traitées séparément. En effet, la première est considérée comme renvoyant à des critères d'ordre biologique (apparence physique), comportemental et culturel, tandis que l' « ethnie » revêt une dimension uniquement culturelle. La directive fédérale prévoit donc une catégorie « **Hispanique ou Latino** » (*Hispanic or Latino*).⁶³

Il existe donc une définition juridique de la « race » au niveau fédéral, mais celle-ci se superpose aux multiples définitions émanant des États fédérés.

b. Une définition émanant de chaque État fédéré :

Les États fédérés sont conduits à définir la « race » dans le cadre de l'établissement des actes d'état civil d'une part, et dans celui de l'élaboration de statistiques démographiques d'autre part. Il apparaît que les deux sont intimement liés. En effet, les informations prises en considération par le droit dans l'état civil, dont l'identité « ethno- raciale »⁶⁴, servent de base à l'élaboration de statistiques

deux dimensions : il peut avoir une connotation péjorative ou alors, revêtir une dimension neutre lorsqu'il est employé dans le contexte scientifique (il fait partie du lexique utilisé en sciences sociales, surtout par les historiens). Son emploi est toujours accepté pour des raisons historiques, notamment parce qu'il figure dans le nom de grandes institutions et organisations Afro-américaines : « The United Negro College Fund », « The Negro league », « Journal of Negro education », etc. Un article à ce sujet: SMITH, Tom W. (1992) "Changing racial labels: from 'Colored' to 'Negro' to 'Black' to 'African American'." *Public Opinion Quarterly* 56(4), 496-514.

⁶³ « **Amérindien** ou **Autochtone alaskan** (American Indian or Alaska Native) » : « personne ayant des origines parmi un ou plusieurs des peuples autochtones d'Amérique du Nord ou du Sud (incluant l'Amérique centrale) et qui maintient une affiliation tribale ou des liens communautaires » ; « **Asiatique** (Asian) » : « personne ayant des origines parmi un ou plusieurs des peuples autochtones de l'Extrême-Orient, de l'Asie du Sud-Est ou du sous-continent Indien, incluant par exemple le Cambodge, la Chine, l'Inde, le Japon, la Corée, la Malaisie, le Pakistan, les îles des Philippines, la Thaïlande et le Viêt Nam » ; « **Noir** ou **Afro-américain** (Black or African American) » : « personne ayant des origines parmi un ou plusieurs des groupes raciaux noirs d'Afrique. Des termes tels que 'Haïtien' (Haitian) ou 'Noir' (Negro) peuvent être utilisés en conjonction avec celui de 'Noir ou 'Afro-américain ' » ; « **Hawaïen de souche** ou **autre Océanien** (Native Hawaiian or Other Pacific Islander) » : « personne ayant des origines parmi un ou plusieurs des peuples autochtones d'Hawaï, de Guam, de Samoa ou d'autres îles océaniques » ; « **Blanc** (white) » : « personne ayant des origines parmi l'un des peuples autochtones d'Europe, du Moyen Orient ou d'Afrique du Nord » ; « **Hispanique** ou **Latino** (Hispanic or Latino) » : « personne d'origine cubaine, mexicaine, porto-ricaine, sud ou latino-américaine, ou d'une autre culture ou origine espagnole, sans considération raciale. Le terme d' « origine espagnole » (Spanish origin) peut être utilisé en conjonction de 'Hispanique ou Latino' ».

⁶⁴ Il s'agit des actes de naissance, des certificats de décès et de mariage. Concernant les actes de naissance, depuis la révision des statuts fédéraux de 1989, ils ne sont plus censés indiquer la « race » des nouveau-nés. En

relatives à la naissance et à la mort des Américains, suivant leur identité ethno-raciale. Sur ces statistiques reposent l'orientation des politiques anti-discriminatoires et le financement des programmes à caractère social, dont les programmes de santé.

En vertu du principe d'autonomie des États fédérés, ces derniers ont une compétence exclusive en ce qui concerne la tenue de l'état civil. Cette prérogative confère aux États un rôle extrêmement important dans la définition juridique de la « race », puisqu'ils ne sont pas tenus par la définition émanant de l'État fédéral. Chaque État dispose d'un *Service des Statistiques démographiques (Vital Statistics Office)*, chargé de la conception des déclarations d'état civil et de l'établissement des statistiques ethno-raciales, selon la définition juridique de la « race » émanant du droit étatique.

L'État fédéral, outre le recensement décennal national, tente d'établir un système national de statistiques démographiques réunissant l'ensemble des données fournies par chaque État fédéré. Une collaboration est par conséquent nécessaire entre l'État fédéral et les États fédérés. En effet, l'autonomie de ces derniers en matière de définition de la « race » aboutit à l'existence de multiples définitions qui varient d'un État à un autre. A des fins d'uniformisation et pour établir des statistiques nationales, l'État fédéral, qui n'a pas autorité pour imposer aux États sa classification « raciale », a pour seul moyen de publier à leur intention des *modèles standards* de classification tels que *la Federal Register Notice* de l'OMB datant de 1997⁶⁵. Autrement dit, il s'agit pour l'État fédéral d'organiser « *la diversité dans l'unité* »⁶⁶. Il en ressort l'instauration d'un véritable rapport de force entre les deux niveaux étatiques. En effet, d'un côté, l'État fédéral qui verse une rémunération aux États fédérés en contrepartie de la transmission de leurs statistiques, exerce une pression politique sur eux par le biais du financement des programmes publics, pour les inciter à adhérer à sa classification « raciale ». De l'autre côté, les modèles standards fédéraux ne lient pas juridiquement les États, qui souvent, affirment leur

pratique, la plupart des États ont continué à faire figurer cette donnée, notamment la Californie qui jusqu'en 1998 indiquait l'identité « ethno-raciale » des enfants sur leur acte de naissance. En revanche, c'est une information obligatoire sur les certificats de décès et de mariage.

⁶⁵ Annexe IV.

⁶⁶ M. CROISAT, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^e éd°, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 1999, p.89.

indépendance en adoptant une classification propre à leurs spécificités culturelles, sociales et politiques. Ils peuvent par exemple créer des catégories supplémentaires⁶⁷, définir les catégories différemment, ou encore procéder à des questions ouvertes au lieu d'une série de choix multiples telle que le préconise l'État fédéral. Ils collectent donc des données selon leurs propres classifications « ethno-raciales », puis les modifient pour les transmettre au niveau fédéral, en effectuant une refonte au sein des cinq catégories minimales définies par la directive de l'OMB. Cette re-classification affecte considérablement la précision des données recueillies au niveau fédéral puisqu'elles ne reposent pas sur une définition juridique de la « race » commune: *« le problème est celui de la cohérence d'un système qui ne possède pas les mêmes critères de classification, mais compare les données de ces populations, ce qui implique que la même méthode classificatoire soit en place. Or ce n'est pas le cas. Ceci revient, en quelque sorte, à comparer les données statistiques 'ethno-raciales' entre plusieurs pays »*⁶⁸.

Il apparaît donc que le caractère décentralisé du système juridique américain, résultant de la forme fédérale de l'État, affecte considérablement la précision de la définition juridique de la « race ». Les tentatives d'uniformisation de la définition par l'État fédéral, au moyen de directives établissant des modèles standards, ne changent rien, en pratique, à la souplesse de la définition. Selon Olivier P. RICHOMME, *« le rôle du gouvernement fédéral semble [...] de limiter cet écart entre les deux systèmes [fédéral et étatique] en exerçant une pression constante sur les États pour qu'ils suivent la même classification 'ethno-raciale'. En d'autres termes, le but inavoué est d'éviter que l'identité 'ethno-raciale' n'apparaisse pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un phénomène variable contextuellement (suivant le lieu, l'époque, la volonté du législateur...). Car cette apparente rigidité [...] des catégories est nécessaire à la légitimité du processus »*⁶⁹

2- La variabilité des critères d'identification « raciale » :

⁶⁷ « Additional categories should be permitted provided they can be aggregated to the standard categories », Federal Register Notice, October 30, 1997 (OMB).

⁶⁸ O.P. RICHOMME, *ibidem*, p.186-187.

⁶⁹ O. P. RICHOMME, *ibidem*, p.183.

Cette variabilité résulte de trois éléments : les changements de standards fédéraux, la relativité de la technique de l'auto-identification « raciale » et l'évolution des objectifs politiques du législateur.

a. Les changements de standards fédéraux⁷⁰ :

Si l'État fédéral tente d'uniformiser les critères d'identification « raciale » par la publication de modèles standards, cette tentative demeure limitée par le changement régulier des standards fédéraux. En effet, les standards doivent non seulement s'adapter à l'évolution de la société américaine, mais également être suffisamment modulables pour que les États fédérés, soucieux de préserver leur compétence, acceptent de s'y conformer. A titre d'exemple, les standards fédéraux de 1978⁷¹ définissaient quatre catégories raciales officielles – « *Amérindien et Autochtone alaskan (American Indian and Alaska Native)* », « *Asiatique/Océanien (Asian/Pacific islander)* », « *Noir (Black)* », « *Blanc (White)* » - et prévoyaient pour la première fois une catégorie « ethnique » distincte de la « race » (« *Hispanique ou Latino* »). Source de critiques à la suite du recensement décennal de 1990, ces standards fédéraux furent remplacés par la *Federal Register Notice* de 1997 établissant les cinq catégories raciales minimales mentionnées précédemment, et utilisées lors du dernier recensement national, en 2000. Par conséquent, la définition juridique de la « race » retenue au niveau fédéral dans un souci d'uniformisation, présente elle-même un caractère modulable.

b. La relativité du mécanisme d'auto-identification raciale :

L'observation des catégories « raciales » établies par l'État fédéral, fait apparaître que les critères de rattachement à ces catégories sont assez flous : ils sont à

⁷⁰ Pour un passage en revue de l'évolution de la définition de la « race » au niveau fédéral : J. S. SIEGEL, D. SWANSON, H. S. SHRYOCK, *The methods and materials of demography*, Elsevier Academic Press, 2004, p. 176-177.

⁷¹ Statistical Policy Directive 15 "Race and Ethnic Standards for Federal Statistics and Administrative Reporting", Office of Management and Budget, 1978.

la fois de l'ordre de la couleur de la peau, de l'ascendance et de l'origine géographique. L'OMB a précisé dans sa directive de 1997 que les catégories « raciales » définies étaient entendues, par l'État fédéral, comme la représentation d'une construction socio-politique, et n'étaient en aucun cas basées sur des considérations d'ordre anthropologique ou scientifique. Dans le sens d'entériner une définition « sociale » et « culturelle » de la « race », le gouvernement fédéral préconise la technique de l'auto-identification qui fait reposer l'identification raciale sur la volonté individuelle. De cette manière, il rompt avec la pratique arbitraire de l'identification des individus par une autorité administrative sur la base de critères contestables. Toutefois, la notion d'auto-identification est très relative. Cette relativité s'explique par des raisons pratiques : dans certains cas, il est impossible à l'individu de s'auto-identifier. Tel est le cas des nouveaux nés et des défunts. Cette limite pourrait être palliée par l'identification de ces derniers par leurs proches, mais la pratique montre que c'est souvent le personnel chargé de remplir les certificats de naissance et de décès qui s'acquittent de cette tâche.

Concernant les nouveaux nés, depuis une révision des statuts fédéraux datant de 1989, l'identité « raciale » n'est plus censée figurer sur les certificats de naissance. En pratique, beaucoup d'États se sont affranchis de cette règle. Ainsi, dans l'État de Californie, les certificats de naissance ont porté la mention de la « race » des nouveaux nés jusqu'en 1998. En outre, avant 1989, l'identification « raciale » des enfants résultait en pratique d'une observation visuelle de la part du personnel de l'hôpital chargé de remplir les certificats, selon des critères arbitraires et contestables. Par exemple, si l'un des parents de l'enfant était « non-blanc », alors l'enfant était de la « race » de ce dernier. Cette règle est l'héritage de la « *One-drop rule* » ou « Règle d'une goutte de sang noir » sur laquelle reposait les régimes ségrégationnistes des États du Sud après l'abolition de l'Esclavage, et selon laquelle toute personne ayant au moins une goutte de sang noire est légalement noire, chaque État fixant le pourcentage de sang correspondant à « une goutte »⁷². Mais après 1989, l'identité « raciale » sur l'acte de naissance de l'enfant disparut au profit de celle de la mère.

⁷² Pour une étude détaillée de la définition sociale et juridique des Noirs aux États-Unis, et notamment sur l'influence, toujours actuelle, de la « One Drop Rule » sur cette définition, voir l'ouvrage de F. James DAVIS, *Who is black? One nation's definition*, 10^e éd°, 2001, 216 pp.

Donc, au sein d'une même famille avec un père afro-américain et une mère « blanche » par exemple, leurs deux enfants pouvaient avoir une identité « raciale » différente, l'un « afro-américain » et l'autre « blanc », selon leur date de naissance.

L'établissement des certificats de décès illustre les mêmes limites de l'auto-identification qui aboutissent aux mêmes incohérences. En effet, ces certificats sont remplis par le directeur des pompes funèbres (*Funeral Director*), ou par les employés des morgues et instituts médico-légaux. Ces derniers, même s'ils sont censés interroger les proches du défunt, procèdent le plus souvent à une observation visuelle pour juger de l'identité « raciale » qui sera inscrite sur le certificat de décès. Dans ce genre de circonstances « *les stéréotypes de tout genre (apparence physique du défunt, de la famille, leur langue, leur nom de famille...)* sont autant de raisons pour l'employé de ne pas déranger la famille en deuil »⁷³.

Les critères d'identifications « raciales » peuvent faire l'objet de contestations devant le juge. Ainsi, dans une célèbre affaire *Susie PHIPPS* de 1985⁷⁴, qui fit l'objet de nombreuses critiques, la Cour Suprême a refusé de remettre en question les critères d'identification « raciale » de l'État de la Louisiane. Susie PHIPPS, de couleur de peau blanche, avait découvert qu'elle était légalement « *de couleur* » (« *Coloured* ») en se voyant refuser la délivrance d'un passeport au motif qu'elle avait coché la case « *Blanche* » sur le formulaire de demande (ce nonobstant sa bonne foi). En effet, plusieurs années auparavant, la sage-femme chargée de remplir son certificat de naissance avait coché la case « *Coloured* » pour l'un de ses parents, qui comptait parmi ses ancêtres un planteur français « blanc » marié à une esclave noire affranchie, installés en Louisiane au XVIII^{ème} siècle. Susie PHIPPS était donc légalement « noire » en ce qu'elle avait « *plus d'une goutte de sang noir* » (plus d'1/32^{ème} de sang noir selon la législation de la Louisiane datant de 1970). La plaignante avait demandé la modification de son acte de naissance, affirmant que cette identification « raciale » était pour elle « *un choc* » dans la mesure où elle s'était toujours « *pensée blanche* », et qu'elle avait toujours « *vécue comme une blanche* ».

⁷³ O. P. RICHOMME, *ibidem*, p.193.

⁷⁴ US Supreme Court, *Susie PHIPPS v. Louisiana*, 479 U.S 1002 (1985).

Malgré sa décision antérieure *LOVING v. Virginia* de 1967⁷⁵, à l'occasion de laquelle elle avait déclarée la « *One-drop Rule* » inconstitutionnelle, la Cour Suprême décida que la détermination des critères de classification « raciale » ne constituait pas une matière fédérale mais relevait de la compétence des États, refusant ainsi à Susie PHIPPS la possibilité de s'auto-identifier « racialement ». Le juge apparaît ainsi comme un autre acteur ayant un impact sur la définition juridique de la « race ».

c. L'évolution des objectifs politiques du législateur :

Il ressort des éléments développés que la variabilité des critères d'identification « raciale » résulte d'une évolution des objectifs du législateur. Si à partir des années 1970, les classifications ethno-raciales devinrent un enjeu politique majeur permettant d'évaluer les disparités entre groupes minoritaires et groupe majoritaire, afin d'aménager un régime juridique anti-discriminatoire, elle a longtemps été utilisée à des fins ségrégationnistes, en particulier par les États sudistes. Ainsi, ces derniers s'étaient dotés de législations visant à interdire les « mélanges » « raciaux » (*Anti-miscegenation Statutes*). Celles-ci nécessitaient donc la distinction entre « race blanche » et « race noire », cette dernière étant définie selon la « *One-drop Rule* ». A titre d'exemple, il est possible de citer la loi de Virginie de 1924 intitulée « *loi pour préserver l'intégrité raciale* »⁷⁶ ou encore la loi de Virginie de 1927 intitulée « *loi ayant pour objet de définir quelles sont les personnes de couleur et les personnes blanches, de prohiber et prévenir les mariages entre ces deux groupes de personnes, et de garantir un système d'autorisation et de déclaration des mariages comme moyen d'atteindre l'objectif principal de la loi, et de punir la violation des dispositions de cette loi* »⁷⁷.

Cette variabilité de la définition juridique de la « race » aux États-Unis contraste avec la rigidité qui caractérise la définition française.

⁷⁵ US Supreme Court, *LOVING v. Virginia*, 388 U.S 1 (1967).

⁷⁶ *Racial Integrity Act* (Virginia, 1924)

⁷⁷ Ga. Acts n° 317 *An act to define who are persons of color and who are white persons, to prohibit and prevent the intermarriage of such persons, and to provide a system of registration and marriage licensing as a means of accomplishing the principal purpose, and to provide punishment for violation of the provisions of this Act and for other purposes* (1927)

B- La rigidité de la définition juridique de la « race » dans l'État unitaire français :

La définition juridique de la « race » en France, que nous avons qualifiée de « négative », ne permet pas les modulations autorisées par la structure et le fonctionnement du système fédéral américain. Elle présente au contraire un caractère rigide, lié à la forme unitaire de l'État : « *L'État unitaire est celui qui sur son territoire et pour la population qui y vit ne comporte qu'une seule organisation politique et juridique – un seul appareil d'État – dotée, et elle seule, de la plénitude de sa souveraineté-indépendance [...]»⁷⁸. Cette stabilité de la définition juridique de la « race » repose sur les deux aspects fondamentaux de la forme républicaine de l'État que sont d'une part, le caractère unitaire de l'ordre juridique (1) et d'autre part le caractère unitaire du peuple français (2).*

1- Le caractère unitaire de l'ordre juridique :

Le système fédéral américain se caractérise par une superposition d'ordres juridiques. Il en compte cinquante et un : l'ordre juridique fédéral se superposant aux cinquante ordres juridiques des États fédérés⁷⁹. Nous entendons par ordre juridique un ordre de contrainte immanent, composé d'un ensemble organisé d'institutions et de normes juridiques. La pluralité des ordres juridiques dans le système fédéral américain permet en grande partie le caractère fluctuant de la définition juridique de la « race ». Au contraire, il existe en France un seul ordre juridique, constitué de normes hiérarchisées fondées les unes sur les autres selon le système d'imputation défini par Hans KELSEN. La Constitution étant la norme placée au sommet de la

⁷⁸ P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 23^{ème} édition, 2004, p.41.

⁷⁹ Les trois lois du fédéralisme dégagées par Georges Scelle sont : la superposition des ordres juridiques, l'autonomie et la participation.

« pyramide » des normes⁸⁰, la définition « négative » de la « race » qu'elle pose s'impose aux normes infra constitutionnelles en raison du caractère statique de l'ordre juridique qui résulte du rapport de conformité matérielle entre les normes. Par conséquent, le système juridique français ne connaît pas le problème de la variabilité de la définition juridique de la « race » qui se pose aux États-Unis.

La décentralisation - qui est le principe d'organisation de la France selon l'article premier de la Constitution de 1958 depuis sa révision en 2003⁸¹ - ne porte pas atteinte à la rigidité de la définition juridique de la « race ». En effet, telle qu'organisée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, elle « *ne modifie pas la structure de l'État, bien au contraire elle réaffirme une fois de plus le caractère unitaire de la République dans la mesure où la décentralisation ne touche que l'organisation administrative de l'État et non son organisation politique qui conserve son caractère unitaire* ». ⁸²

La définition juridique de la « race », définition négative émanant de l'article premier de la Constitution de 1958, relève ainsi uniquement du domaine du constituant et lie les autres autorités qui produisent des normes de niveau inférieur dans la hiérarchie normative. La distinction entre les notions de « peuple » et de « population » opérée dans la loi constitutionnelle de 2003, illustre parfaitement la primauté des définitions posées par le constituant.

2- Le caractère unitaire du peuple français :

La notion de « peuple français » avait été reconnue comme un « *concept juridique à valeur constitutionnelle* » par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 mai 1991 relative à la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse⁸³. A

⁸⁰ Théorie de la pyramide des normes développée par Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*.

⁸¹ « *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. Son organisation est décentralisée* ».

⁸² D. MENGEOT, « Quand unité rime avec diversité. A propos du principe d'unicité du peuple français et de la loi constitutionnelle portant organisation décentralisée de la République du 28 mars 2003 ».

⁸³ Décision n°91-290, JO du 14 mai 1991, p.6350 et s.

l'occasion de cette décision, le Conseil avait rejeté la notion de « peuple corse » estimant qu'un « *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* »⁸⁴. Il affirmait ainsi, par cette décision, le principe d'unicité du peuple français. Toutefois, la juridiction constitutionnelle distinguait le « *peuple français* » des « *peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination* »⁸⁵. Cette distinction aurait pu être interprétée comme une exception au principe d'unicité, permettant la reconnaissance d'une minorité, entendue comme un groupe de personnes distinctes de la majorité nationale et ayant en commun une identité revêtant diverses dimensions, culturelle, ethnique, religieuse, ou encore « raciale » comme tel est le cas aux États-Unis où il existe des « minorités raciales » : en l'espèce, les « peuples d'outre-mer ».

Toutefois, le constituant a écarté cette possibilité à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2003, par l'introduction d'un nouvel article 72-3 disposant que « *la République reconnaît, au sein du peuple français, les **populations** d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ». Ainsi, sans nier les spécificités propres à l'outre-mer, le constituant renforce le principe d'unicité du peuple français en distinguant les notions de « peuple » et de « population ». En effet, « *la notion de peuple est une notion abstraite qui ne correspond à aucune réalité physique. Ce qui existe concrètement, c'est la population. Mais la population n'est pas le peuple au sens politique du terme. Le peuple n'existe que juridiquement défini* »⁸⁶. Si donc le « peuple » est une notion juridique qui renvoie à la communauté des citoyens, la « population » renvoie plutôt à une réalité démographique. Cette distinction entre les deux notions permet de comprendre pourquoi les termes de « populations noires » peuvent figurer dans les statuts du CRAN, association d'intérêt général.

⁸⁴ Considérant n°11.

⁸⁵ Distinction reprise dans la décision du 4 mai 2000 relative à la loi organisant une consultation des électeurs de Mayotte, DC n° 99-412, JO du 10 mai 2000, p.6976 et s.

⁸⁶ S. CALMES-BRUNET, Cours de droit de la responsabilité publique, Master II Droit public, Faculté de droit de Rouen, 2008/2009.

Une fois dégagées les spécificités de l'opération de définition juridique de la notion de « race » en France et aux États-Unis, il reste à appréhender son objectif.

CHAPITRE II

L'objectif de la définition juridique de la « race » : l'aménagement d'un régime juridique.

La question de la légitimité de la prise en compte du facteur racial par les autorités normatives

L'opération de définition juridique d'une notion a pour effet de l'ériger en catégorie juridique et pour objet de permettre l'aménagement d'un régime juridique qui lui soit applicable. En ce qui concerne la notion de « race », sa définition positive qui repose sur l'établissement d'une classification raciale, vise à l'aménagement de régimes juridiques applicables aux différentes catégories raciales établies. Autrement dit, la définition positive de la « race » a pour objet l'instauration de traitements différentiels entre les individus selon leur appartenance raciale. Au contraire, sa définition négative aboutit à une égalité de traitement juridique entre les individus, sans prise en compte de leur identité raciale.

Si la définition positive de la « race » aux États-Unis et la définition négative de la « race » en France poursuivent le même objectif, à savoir la garantie du principe d'égalité posé par les Constitutions des deux États⁸⁷, elles diffèrent quant à la légitimité reconnue à la « race » en tant que critère de distinction, ainsi que le souligne Daniel SABBAGH en affirmant que « *si l'on prend la situation française comme point de référence, il semble bien que le États-Unis se distinguent par la légitimité reconnue à la prise en compte du facteur racial par les pouvoirs publics* »⁸⁸.

En effet, l'opération de définition de la « race » implique, pour chaque système juridique, de déterminer si les distinctions raciales, entendues en tant que distinctions sociales, méritent d'être consacrées juridiquement ou au contraire

⁸⁷ Le XIV^{ème} amendement à la Constitution des États-Unis contient une clause d'égalité de protection des lois et l'article premier de la Constitution française de 1958 pose le principe de l'égalité devant la loi.

⁸⁸ D. SABBAGH, « Discrimination positive et déségrégation. Les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, 2004, n° 53, p. 86.

occultées. En ce sens, le choix entre une définition positive et une définition négative repose sur un jugement de valeur qui consiste à décider si la « race » peut être considérée comme un critère distinctif légitime ou illégitime (nous reprendrons la terminologie utilisée par Anne-Marie LE POURHIET en qualifiant la distinction raciale légitime de « différenciation raciale » et la distinction raciale illégitime de « discrimination raciale »⁸⁹). Par « légitimité », il faut entendre « la qualité de ce qui est juste, fondé en équité, conforme à la morale »⁹⁰. La question de la légitimité de la prise en compte, par les autorités normatives, du facteur racial dans la distribution des ressources d'une part (I), et dans le processus démocratique d'autre part (II), illustre cette différence entre les systèmes français et américain.

I- La prise en compte du facteur racial dans la distribution des ressources :

Cette prise en compte du facteur racial dans la distribution des ressources est légitime aux États-Unis lorsqu'elle vise à la correction des inégalités de fait entre les différents groupes raciaux et trouve concrétisation dans les mesures d'*Affirmative Action* (A). En revanche, si le droit français a également recouru à des différenciations (au sens de distinctions légitimes) correctives, ces dernières ne peuvent en aucun cas reposer sur des critères raciaux, intrinsèquement illégitimes selon l'article premier de la Constitution de 1958 (B).

A- La légitimité de la prise en compte du facteur racial dans la distribution des ressources : l'exemple de l'*Affirmative Action* aux États-Unis.

⁸⁹ Terminologie utilisée par Anne-Marie LE POURHIET, « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du post-modernisme », in N. ROULAND (Dir.), *Le droit à la différence*, PUF d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 2002, p. 251-261.

⁹⁰ Le Petit Larousse Compact, 2006.

Dans sa *Théorie de la justice*⁹¹ publiée dans les années soixante-dix, John RAWLS avait développé l'idée d'un principe de différence reposant sur l'admission de l'existence d'inégalités économiques et sociales justes, organisées de manière à ce qu'elles profitent à tous et particulièrement aux plus défavorisés, dans des conditions d'égalité des chances, c'est-à-dire d'égal accès des individus aux situations procurant des avantages. Selon le principe de différence, la société juste est celle dans laquelle d'une part, les individus sont distingués les uns des autres afin de cibler ceux d'entre eux qui sont les moins avantagés, et d'autre part, un traitement préférentiel est accordé à ces derniers afin de les placer dans des conditions d'égalité des chances avec les autres. Les politiques d'Affirmative Action procèdent de cette conception équitable de la justice. La déségrégation raciale de la société américaine et l'établissement d'une égalité formelle entre Noirs et Blancs⁹² aurait pu aboutir à l'adoption d'un paradigme normatif « Color-Blindness » comme l'avait revendiqué soixante ans plus tôt le Juge HARLAN dans la célèbre opinion dissidente exprimée à l'occasion de la décision PLESSY v. FERGUSON : « *Il n'y a pas de caste ici. Notre Constitution est aveugle à la couleur de peau, et ne connaît ni ne tolère de classes parmi les citoyens* ». Cependant, un tel choix revenait à priver les minorités raciales des conditions d'égalité des chances auquel tout membre d'une communauté politique - selon la conception libérale de l'égalité - doit pouvoir prétendre, ainsi que l'illustre cette image utilisée en 1965 par le Président L. B. JOHNSON pour expliquer les motivations de l'adoption de mesures d'Affirmative Action : « *on n'efface pas les cicatrices laissées par les siècles en disant : 'maintenant tu es libre d'aller où tu veux, de faire ce que tu désires, de choisir les dirigeants qui te conviennent'. On ne prend pas quelqu'un qui, pendant des années, a été entravé par des chaînes pour le libérer, l'amener sur la ligne de départ d'une course, lui dire 'tu es libre de concourir avec tous les autres' et croire qu'ainsi on a été complètement loyal* »⁹³. Le pragmatisme de l'approche « race-conscious » l'a

⁹¹ J. RAWLS, *Une théorie de la justice* (1971), trad. Fr. Seuil, 1987 ; cet ouvrage a été corrigé et complété par la *Théorie de la justice comme équité* (1985).

⁹² La décision BROWN v. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA de 1954 de la Cour Suprême met fin à la ségrégation raciale dans les écoles publiques ; la loi sur les droits civiques du 2 juillet 1964 (Civil Rights Act) met fin à la ségrégation raciale dans les lieux publics et prohibe les discriminations raciales ; le Voting Rights Act de 1965 (loi sur le droit de vote) met fin aux limitations au droit de vote (examens, impôts) ; ces deux lois permettent le développement de politiques d'Affirmative Action.

⁹³ Discours du Président L. B. JOHNSON, Université d'Howard, 4 juin 1965.

finalement emporté sur l'idéalisme « Color-blind ». L'*Affirmative Action* est donc une politique qui repose sur des distinctions raciales (1) légitimes (2).

1- Définition de l'*Affirmative Action* :

Utilisée pour la première fois en 1961 par le Président John Fitzgerald KENNEDY⁹⁴ et reprise par son successeur Lyndon B. Johnson⁹⁵, l'expression « *Affirmative Action* » ou « *Action positive* » selon sa traduction littérale, désigne d'après une définition fournie par Ronald DWORKIN à la fin des années quatre-vingt, un ensemble de mesures visant à « à accroître la place et le nombre des Noirs et autres minorités dans l'industrie, le commerce et les différentes professions, en leur accordant une forme de préférence s'agissant du recrutement, de la promotion et de l'admission dans les collèges et écoles professionnelles »⁹⁶. Plus précisément, l'*Affirmative Action*, mis en place dès 1964 avec l'adoption du Civil Rights Act, est un dispositif d'octroi de traitements préférentiels aux minorités ayant été soumis à un régime discriminatoire dans le passé. En effet, elle repose sur une classification raciale visant à cibler les populations « ayant fait l'expérience de la discrimination et de traitements différentiels dans le passé en raison de leur « race » ou de leur ethnie »⁹⁷. L'*Affirmative Action* est applicable aux trois domaines que sont l'emploi, l'attribution des marchés publics et l'admission dans les universités, et visent cinq groupes : les Noirs, les Hispaniques, les Autochtones américains (Native Americans), les Asiatiques et les femmes. Concrètement le traitement préférentiel qu'établit l'*Affirmative Action* renvoie, selon Daniel SABBAGH, à la situation dans laquelle « si l'on s'en tient au cas de figure simplifié de l'opposition binaire entre deux groupes raciaux préalablement délimités, un candidat noir N1 se trouve sélectionné pour occuper une position donnée alors qu'il existait au moins un candidat blanc

⁹⁴ Il adopte en 1961 un décret présidentiel (Executive order 10 925) subordonnant le financement de certains programmes publics à l'adoption et la mise en œuvre de mesures d'*Affirmative Action* dans le domaine de l'emploi.

⁹⁵ Il adopte un décret présidentiel en 1965 (Executive order 11 246) lançant un programme d'« égalité des chances dans l'emploi » (« Equal opportunity Employment »).

⁹⁶ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.393.

⁹⁷ "Data were needed to monitor equal access in housing, education, employment, and other areas, for populations that historically had experienced discrimination and differential treatment because of their race or ethnicity", Federal Register Notice, October 30, 1997.

B dont le niveau de qualification était 'supérieur', c'est-à-dire tel que si un autre candidat noir, N2, avait présenté ce même niveau de qualification, c'est sa candidature qui aurait été retenue, de préférence à celle de N1. En d'autres termes, c'est l'identification raciale qui, pour les acteurs en présence, constitue le facteur de l'obtention ou de la non-obtention d'un bien valorisé ».

2- L'Affirmative Action, une politique fondée sur une « différenciation raciale » :

Les différences de traitement que constituent les mesures d'Affirmative Action sont légitimes (considérées comme conformes à l'équité) à deux titres.

D'une part, la Constitution américaine, contrairement à la norme constitutionnelle française, ne prohibe aucun critère de distinction de façon expresse. Ainsi, la clause d'égalité de protection des lois, résultant du XIV^{ème} Amendement de la Constitution américaine, ne comprend aucune disposition conférant un caractère *a priori* illégitime à la « race » en tant que critère distinctif. Elle se distingue du principe d'égalité posé à l'article premier de la Constitution française de 1958 qui rend impossible toute classification raciale. En ce sens, Daniel SABBAGH souligne que « l'adoption du Quatorzième Amendement en 1868, qui proclame notamment l'obligation pour tout État fédéré de garantir à l'ensemble des personnes soumises à sa juridiction l'égale protection des lois' (Equal Protection Clause), s'est accompagnée d'un rejet délibéré de l'inscription dans la Constitution d'une norme de non-prise en compte des catégories raciales (color-blindness), rejet qui apparaît de manière on ne peut plus claire à la lecture des débats parlementaires ».⁹⁸ La conception américaine du principe d'égalité écarte donc toute idée de distinctions prohibées⁹⁹.

⁹⁸ D. SABBAGH, « Discrimination positive et déségrégation. Les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés Contemporaines*, 2004, n° 53, p.87.

⁹⁹ Il faut toutefois préciser que si les classifications « raciales » ne sont pas a priori illégitimes selon le texte constitutionnel, il ressort de la jurisprudence de la Cour Suprême qu'elles sont tout au plus « suspectes », et par conséquent soumises au contrôle strict du juge (« strict scrutiny »). Il s'agit de la doctrine des « classifications suspectes » élaborée par la Cour Suprême. A titre d'exemple, voir la décision *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* 411 U.S. 1 (1973).

D'autre part, la légitimité des distinctions raciales sur lesquelles repose l'*Affirmative Action* s'apprécie par rapport à l'objectif qu'elles poursuivent : la correction des inégalités de fait. C'est cet objectif qui permet de distinguer la « différenciation raciale » de la « discrimination raciale ». En effet, si elles consistent toutes deux à distinguer les individus sur la base de leur « race » afin de leur appliquer un traitement différentiel, elles diffèrent néanmoins l'une de l'autre par leur but : l'une visant à rétablir une égalité réelle, l'autre au contraire à créer et entretenir les inégalités. Selon le Juge STEVENS, mettre toutes les distinctions raciales sur le même plan reviendrait à « assimiler à des ségrégationnistes et à des fanatiques ces nombreux élus intelligents et bien intentionnés, ainsi que leurs électeurs de toutes races, qui depuis des années, soutiennent l'affirmative action. [...] L'expression 'affirmative action' est d'usage courant, et chacun en comprend le sens. Sa présence dans la langue de tous les jours montre que les gens comprennent la différence entre les bonnes et les mauvaises intentions »¹⁰⁰. De même, le juriste et philosophe américain Ronald DWORKIN, défendant l'idée d'un droit des citoyens à l'égal respect et à l'égale protection de la part de l'État, affirmait dans son ouvrage « *Prendre les droits au sérieux* » paru à la fin des années soixante-dix, que « nous sommes tous à juste titre soupçonneux à l'encontre des classifications raciales. Elles ont été utilisées pour nier plutôt que pour faire respecter l'égalité, et nous sommes tous conscients de l'injustice qui en a résulté. Mais si nous nous méprenons sur la nature de cette injustice parce que nous ne faisons pas les distinctions simples qui sont nécessaires pour la comprendre, nous risquerons alors davantage d'injustice »¹⁰¹. S'interrogeant sur les critères de la légitimité de la différenciation raciale aux États-Unis, Gwénaëlle CALVEZ, au terme d'une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour Suprême relative à l'*Affirmative Action*, en est arrivée à la conclusion selon laquelle la distinction entre différenciation raciale et discrimination raciale ne repose sur aucun principe juridique, mais sur des considérations extérieures au droit, puisqu'elle résulte de l'appréciation par le juge de l'intention de l'auteur de la discrimination¹⁰².

¹⁰⁰ City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S 432 (1985), op. diss. du juge Marshall, p.466.

¹⁰¹ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan PUF, 1995, p.347 (traduction française de *Taking rights seriously*, 1977).

¹⁰² G. CALVEZ, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis (Le problème de la discrimination positive)*, LGDJ, 1998, 380 pp. L'auteure oppose la « discrimination raciale » à la

B- L'illégitimité de la prise en compte du facteur racial dans la distribution des ressources : l'interdiction de la « discrimination positive » fondée sur la « race ».

L'expression « discrimination positive » utilisée en France, constitue moins une traduction de l'expression « Affirmative Action » (dont la traduction littérale est « Action positive ») qu'une transcription de la perception française de ces mesures dérogatoires au principe d'égalité de traitement. La définition de la discrimination positive doit donc être distinguée de celle de l'Affirmative Action car elle ne repose pas sur les mêmes présupposés (1). En outre, le cas français se distingue du cas américain par l'illégitimité du critère racial comme fondement de la discrimination positive (2).

1- Définition de la « discrimination positive » :

Utilisée par le Conseil d'État dans son rapport de 1996 consacré au principe d'égalité, l'expression « discrimination positive » doit être entendue, selon le professeur MELIN-SOUCRAMANIEN comme « *une différenciation juridique de*

« discrimination raciste » ou reprend la terminologie utilisée par les juges américains : « discrimination raciale bienveillante » et « discrimination raciale odieuse ».

traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de *favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles* »¹⁰³. Cette définition de la discrimination positive, propre au système juridique français, se distingue de l'*Affirmative Action* quant aux critères de différenciation juridique de traitement utilisés.

2- La discrimination positive fondée sur la « race », une « discrimination raciale » :

Contrairement au droit américain, le droit français ne connaît pas la distinction entre « différenciation raciale » et « discrimination raciale », toute distinction raciale étant illégitime.

a. Le principe de l'interdiction des discriminations positives fondées sur l'origine, la race et la religion :

Le fondement de cette illégitimité de la « race » comme critère de discrimination positive, réside dans la Constitution de 1958. En effet, son premier article dispose que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Deux éléments ressortent de cette disposition. D'une part, elle pose le principe de l'égalité de traitement entre les citoyens. D'autre part, elle apporte des précisions quant aux moyens de garantir cette égalité de traitement. Elle dispose en effet qu'elle ne peut être garantie au moyen de distinctions fondées sur l'origine, la race ou la religion. Autrement dit, ces trois distinctions sont constitutionnellement interdites, sans considération du fait qu'elles

¹⁰³ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « La conception française des discriminations positives et ses répercussions sur les droits sociaux fondamentaux », in Favoreu (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 3^e édition, 2005, §431.

constituent une « différenciation » ou une « discrimination ». *A contrario*, des distinctions fondées sur d'autres critères peuvent être utilisés pour garantir le principe d'égalité de traitement. Le Conseil constitutionnel a ainsi déclaré à plusieurs reprises la constitutionnalité de lois aménageant des régimes juridiques correcteurs d'inégalités¹⁰⁴. Par conséquent, la discrimination positive en France n'est inconstitutionnelle que lorsqu'elle repose sur la race, la religion ou l'origine¹⁰⁵.

b. Les dérogations au principe dans la jurisprudence :

Le principe d'interdiction de la discrimination positive fondée sur l'origine, la race et la religion, a été remis en cause à deux reprises, d'abord par le Conseil constitutionnel puis par le Conseil d'État.

i. L'affaire des Magistrats musulmans de 1960 :

A l'occasion de l'affaire des « magistrats musulmans » en 1960¹⁰⁶, le Conseil constitutionnel avait implicitement validé une discrimination positive fondée sur l'origine et la religion. Sur saisine du Premier ministre, il avait été amené à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi organique « *portant promotion*

¹⁰⁴ Le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité des discriminations positives relatives à l'accès à la fonction publique. A titre d'exemple, dans une décision relative à la troisième voie d'accès à l'E.N.A (CC 82-153 DC, 14 janvier 1983), il a jugé que « *si le principe de l'égal accès aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* ». De même, le Conseil a déclaré conformes à la Constitution des discriminations positives relatives à la réduction des inégalités entre les différentes zones géographiques du territoire national : dans une décision du 26 janvier 1995 « Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire » (CC 94-358 DC), il a jugé que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire dans un but d'intérêt général* ».

¹⁰⁵ Il faut toutefois préciser qu'il résulte du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution française, relatif au statut particulier des collectivités d'Outre-mer, que « *des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier* ». Cette disposition justifie la décision du 30 août 1984 par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution une loi aménageant un traitement préférentiel en faveur des populations originaires du territoire de la Nouvelle-Calédonie, pour l'accès à la fonction publique de ce territoire (CC 84-178 DC, 30 août 1984, Statut du territoire de Nouvelle-Calédonie).

¹⁰⁶ CC 60-6 DC, 15-1-1960, *Magistrats musulmans*. Annexe VI.

exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature »¹⁰⁷. Cette loi aménageait un régime de discrimination positive fondée sur l'origine et la religion, visant à promouvoir l'accès des citoyens français musulmans et originaires d'Algérie aux postes de la magistrature. Le Conseil constitutionnel avait déclaré la loi conforme à la Constitution, au motif qu'elle ne faisait que modifier « *dans le même esprit* » une ordonnance portant loi organique antérieure à la Constitution de 1958, « *dont la conformité à la Constitution ne peut être contestée* ». Le professeur Anne Levade a proposé une analyse de cette décision qu'elle qualifie de « *difficilement compréhensible* ». Elle soutient, en effet, que « *derrière cette justification juridique, le jeune Conseil constitutionnel évitait de se prononcer sur une affaire sensible. Ce faisant, il validait implicitement une véritable discrimination positive* »¹⁰⁸. Il est vrai que la conséquence de cette décision est l'introduction dans l'ordre juridique d'une loi consacrant une discrimination positive fondée sur deux critères interdits par la Constitution. La stratégie employée par le juge constitutionnel pour aboutir à cette solution qui peut paraître *a priori* incohérente, mérite notre attention. Pour la comprendre, il faut s'intéresser aux enjeux politiques que présentait le contrôle de constitutionnalité de cette loi. En effet, deux enjeux peuvent être dégagés :

- Premièrement, la loi organique soumise au contrôle du Conseil constitutionnel intervenait dans le contexte politique de la guerre d'indépendance de l'Algérie française. Le général DE GAULLE avait proclamé son autodétermination le 27 septembre 1959. La loi organique, qui instituait des traitements préférentiels visant à garantir l'accès d'un certain nombre de « citoyens français musulmans originaires des départements algériens, des Oasis et de la Saoura » à la magistrature, participait à la mise en œuvre de ce droit à l'autodétermination. Par conséquent, la censure de cette loi par le Conseil constitutionnel aurait eu pour effet de mettre le gouvernement en difficulté.

¹⁰⁷ Loi organique n° 60-87 du 26 janvier 1960 portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958. Annexe V.

¹⁰⁸ LEVADE A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs* 2004/4, n° 111, p. 64-65.

- Deuxièmement, l'institution du Conseil constitutionnel étant toute récente, son autorité n'était pas encore assise. En dehors du contrôle obligatoire et systématique des règlements des assemblées et des lois organiques avant leur promulgation (article 61-1 de la Constitution), le Conseil était exposé à une abstention de saisine. En effet, la Constitution prévoit une saisine purement facultative du Conseil pour le contrôle des engagements internationaux et des lois ordinaires (articles 54 et 61-2). En outre, jusqu'à la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 étendant la faculté de saisine aux parlementaires, les lois ordinaires ne pouvaient lui être déférées que par quatre autorités : le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, en sachant que les trois premiers appartiennent à la même majorité politique pendant le fonctionnement normal du régime, c'est-à-dire hors période de cohabitation (la première étant intervenue en 1986). Par conséquent, censurer la loi organique qui lui était soumise en l'espèce par le Premier ministre dans l'affaire des magistrats musulmans exposait le Conseil au risque d'être privé du contrôle des lois ordinaires par la majorité politique en place.

D'un point de vue stratégique, le juge constitutionnel n'avait donc pas intérêt à censurer la loi organique soumise à son contrôle. Toutefois, il s'agissait d'une loi établissant deux distinctions interdites par la Constitution (distinction selon l'origine et selon la religion), que le juge aurait été obligé de censurer s'il s'était prononcé au fond. Le moyen de se soustraire à l'obligation d'appliquer mécaniquement la norme constitutionnelle était donc de décliner sa compétence. A cette fin, il jugea que la loi organique dont il était saisi modifiait « *dans le même esprit* » une ordonnance prise en application de l'article 92 de la Constitution, disposition organisant la transition entre la IVème et la Vème République (abrogée par la révision constitutionnelle du 4 août 1995). En effet, ces ordonnances, tout comme les lois organiques antérieures à 1958, sont immunisées de tout contrôle de constitutionnalité, étant déjà promulguées.

L'analyse de cette décision pousse à faire le lien avec la théorie des contraintes juridiques développée par Michel TROPER, selon laquelle dans chaque système juridique, il existe des contraintes liées à l'existence d'une pluralité d'acteurs disposant de moyens d'action les uns contre les autres. Chaque acteur est ainsi contraint de tenir compte des moyens d'action que le système attribue aux autres et d'anticiper la façon dont ils pourraient s'en servir contre lui¹⁰⁹. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel, en raison de sa position encore fragile parmi les institutions, était contraint de se dérober en autorisant implicitement une discrimination positive interdite.

ii. L'arrêt *Pelletier et autres* du Conseil d'État rendu le 6 avril 2001¹¹⁰ :

En l'espèce, le Premier ministre avait pris un décret en date du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents avaient été victimes de persécutions antisémites. Le décret ministériel prévoyait en effet le versement d'une indemnisation, sous forme d'une indemnité en capital ou d'une rente viagère, aux personnes mineures à l'époque des faits, dont l'un des parents avait été déporté à partir de la France dans le cadre des persécutions antisémites sous l'Occupation et qui était mort en déportation. L'acte visait donc uniquement les victimes de la déportation considérée comme « juives » selon la classification raciale en vigueur sous le régime de Vichy. Plusieurs enfants de Résistants - dont les parents avaient également été victimes de déportation, mais qui n'étaient pas visés par le décret car ils n'étaient pas « juifs » - avaient adressé une demande au Premier ministre, tendant à l'extension de la mesure à l'ensemble des enfants de déportés, mais ce dernier n'y avait pas déféré. Les intéressés avaient donc saisi le Conseil d'État d'une demande en annulation du décret de 2000 et de la lettre de refus du Premier ministre, au motif que la mesure instituée méconnaissait le principe d'égalité

¹⁰⁹ M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, 201 pp.

¹¹⁰ CE Ass 6 avril 2001, n° 224945, *Pelletier et autres*, RFDA mai-juin 2001 p. 712, concl. Austry, Lebon p. 173. Annexe VII.

et plus précisément le principe de prohibition des discriminations fondées sur la « race ». En effet, l'un des facteurs pris en compte pour bénéficier de la mesure instituée par le décret était l'appartenance raciale. Statuant au contentieux, le Conseil d'État avait rejeté la demande présentée par les enfants de Résistants, en jugeant qu'« eu égard à l'objet de la mesure qu'il avait décidée, le gouvernement a pu, sans méconnaître ni le principe constitutionnel d'égalité, ni la prohibition des discriminations fondées sur la race, regarder les mineurs dont le père ou la mère a été déporté dans le cadre des persécutions antisémites pendant l'Occupation comme placés dans une situation différente de celle des orphelins des victimes des autres déportations criminelles pratiquées pendant la même période » et validait ainsi un traitement différentiel fondé sur la « race ».

Il ressort de ces deux jurisprudences que le principe d'interdiction des discriminations positives fondées sur l'origine, la race et la religion peut être modulé lorsque le contexte politique s'y prête.

II- La prise en compte du facteur racial dans le processus démocratique :

Dans les démocraties contemporaines, qui sont des démocraties représentatives, ce processus consiste en un ensemble de mécanismes organisant la désignation par le peuple de représentants chargés de gouverner en leur lieu et place, au sein d'un Parlement. La question de la représentation démocratique pose donc celle de la « représentativité » des chambres parlementaires, particulièrement des chambres basses, chargées de la représentation de la population sur une base géographique (la Chambre des représentants aux États-Unis, l'Assemblée nationale en France). Par « représentativité », il faut entendre le « caractère d'un organe politique [...] dont la composition reflète le peuple ou la Nation »¹¹¹. En d'autres termes, l'exigence de représentativité des assemblées parlementaires consiste à faire en sorte qu'elles soient le plus proche sociologiquement, du corps électoral qui les a élues, selon différents critères. L'exigence de représentativité semble plus accrue dans le système

¹¹¹ Vocabulaire Cornu, PUF, 8^e édition, 2007.

juridique américain que dans le système français : en effet, si la « race » est prise en compte dans le découpage des circonscriptions électorales aux États-Unis par le dispositif du racial redistricting (A), ce n'est pas le cas en France (B).

A- La légitimité de la « race » comme critère de représentativité dans le système juridique américain : le racial redistricting.

1- Définition du racial redistricting :

Mis en œuvre pour la première fois dans les années 1990, le *racial redistricting* résulte d'un amendement de 1982 au *Voting Rights Act* adopté en 1965. Cet amendement interdit les procédures électorales ayant pour effet de dénier aux minorités noire et hispanique « *l'égalité des chances de participer au processus politique et d'élire les candidats de leur choix* ». Le racial redistricting est un mode de redécoupage des circonscriptions électorales consistant à favoriser la concentration des Noirs et des Hispaniques dans un certain nombre de circonscriptions, de manière à maximiser leur chance de faire élire un candidat issu du même groupe et d'augmenter le pourcentage des sièges détenus par les deux minorités au Congrès. Il s'agit en effet de corriger les « *inégalités de fait entre les membres des différents groupes raciaux quant à leur chances réelles de voir leurs candidats préférés l'emporter à l'issue de la compétition électorale, héritage plus ou moins évident de la subordination officielle de la minorité noire en vigueur dans la période précédente* »¹¹². Comme l'Affirmative Action, le racial redistricting est une mesure qui nécessite la prise en compte de l'identité ethno-raciale des citoyens pour être mise en œuvre. En outre, elle repose sur l'idée d'une identification du représenté au représentant, c'est-à-dire de « *l'existence entre les deux individus d'une communauté d'expériences et d'intérêts censée garantir l'authenticité*

¹¹² MIGNOT J.-F., « Le racial redistricting aux États-Unis : une introduction à la jurisprudence de la Cour suprême », *Revue internationale des sciences sociales* 2005/1, N° 183, p. 154.

de la représentation démocratique, authenticité dont l'octroi du droit de vote à l'ensemble des citoyens cesserait ainsi d'apparaître comme la condition nécessaire et suffisante »¹¹³.

2- Légitimité du racial redistricting :

a. La constitutionnalité du racial redistricting :

Comme nous l'avons soulevé pour le cas de l'*Affirmative Action*, la clause d'égalité de protection des lois du XIV^{ème} amendement à la Constitution des États-Unis ne fait mention d'aucune distinction a priori illégitime, par conséquent, le dispositif du racial redistricting, dont la mise en œuvre nécessite l'établissement d'une classification ethno- raciale, n'est pas incompatible avec le principe d'égalité.

En outre, le racial redistricting, comme l'*Affirmative Action*, tire sa légitimité de son objectif. En effet, « inspirée par les mêmes bonnes intentions qui présidèrent aux politiques bienveillantes de l'affirmative action, la création de districts majoritairement minoritaires vise à assurer l'élection effective de représentants appartenant à des minorités, et notamment, l'élection de représentants et sénateurs de race noire »¹¹⁴. En effet, le racial redistricting a été conçu par l'État fédéral pour mettre en échec les nombreuses techniques mises en œuvre par les États fédérés, après l'adoption du Civil Rights Act de 1965, pour « diluer »¹¹⁵ le vote noir, notamment celle du *Gerrymandering*¹¹⁶. Il s'agit

¹¹³ D. SABBAGH, « La représentation électorale des minorités ethno-raciales aux États-Unis », *Revue Internationale de politique comparée*, Vol. 11, n°3, 2004, p.466.

¹¹⁴ E. ZOLLER, Présentation de la décision *Shaw v. Reno* (509 US 630, 1993), *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, PUF, 2000, p. 1157.

¹¹⁵ « La dilution de l'impact du vote d'une minorité se définit comme le processus par lequel les lois ou pratiques électorales, isolément ou de concert, convergent avec la tendance systématique d'un groupe majoritaire identifiable à voter en bloc pour amoindrir le pouvoir issu des suffrages d'au moins un groupe minoritaire. Dans ce cas, un groupe numériquement minoritaire (les Noirs) dont la grande majorité des membres votent pour les mêmes candidats, se trouvent empêché d'élire ces derniers par les membres du groupe majoritaire (les Blancs), qui s'y opposent systématiquement. Étant donné cette polarisation raciale du vote (racially polarized voting), l'attribution à chaque citoyen d'un suffrage égal ne garantit donc pas que chacun dispose d'une égale probabilité de succès électoral. Plus précisément, il y aura « dilution » du vote des Noirs, dès lors que a) ces derniers forment une minorité numérique au sein des circonscriptions de la juridiction considérée ; b) l'élection se déroule au scrutin majoritaire ; c) le degré de polarisation raciale des comportements électoraux est élevé. Or ces trois conditions sont très fréquemment réunies », MIGNOT J-F, *ibidem*, p. 153-154.

donc de rétablir une égalité politique entre Blancs, Noirs et Hispaniques, qui passe, au-delà de la reconnaissance du droit de vote, par la garantie de l'exercice d'une influence politique effective¹¹⁷. Le droit à l'égalité attention et à l'égal respect opposable à l'État par chaque membre d'un corps politique, développé par Ronald DWORKIN à la fin des années soixante dix, est indissociable de cette idée de représentation des minorités. Selon lui, tous les individus « *ont un droit à une égale attention et à un égal respect dans la conception et le fonctionnement des institutions politiques qui les gouvernent* »¹¹⁸. Le racial redistricting vise donc à garantir l'effectivité du Civil Rights Act de 1965 et plus largement du XVème amendement de la Constitution américaine.

b. La soumission du racial redistricting à un contrôle juridictionnel strict (strict scrutiny) :

Si le racial redistricting est conforme au XIVème amendement de la Constitution, il est toutefois soumis à un contrôle juridictionnel strict (strict scrutiny) en raison du caractère « suspect » des classifications raciales sur lesquelles il repose. En effet, en vertu de la doctrine des « classification suspectes » élaborée par la Cour suprême, toute classification fondée sur la « race » est considérée comme suspecte et fait donc l'objet d'un contrôle strict du juge (strict scrutiny) afin que celui-ci établisse si la classification utilisée est « *étroitement adaptée à la promotion d'un intérêt gouvernemental impérieux* »¹¹⁹. Dans la décision *Shaw v. Reno* de 1993, la Cour suprême a soumis le racial redistricting à ce contrôle strict. En l'espèce, plusieurs résidents de Caroline du Nord avaient intenté une action contre leur État en excipant de l'inconstitutionnalité du découpage électoral dont il résultait deux circonscriptions « *[concentrant] arbitrairement une majorité d'électeurs noirs, sans*

¹¹⁶ Du nom du politologue américain qui a analysé cette technique, le Gerrymandering (on parle également de « charcutage électoral ») consiste à découper les circonscriptions de manière à avantager un parti, un candidat ou un groupe donné.

¹¹⁷ “L'égalité dans l'exercice potentiel du droit de vote ferait ainsi place à l'égalité dans l'influence effective exercée par l'action des pouvoirs publics”, D. SABBAGH, *ibidem*, p. 466.

¹¹⁸ R. DWORKIN, *Ibidem*, p. 277.

¹¹⁹ *United States v. Carolene Products Co.* (344 US 144, 1938), voir notamment la note n°34; *Hirabayashi v. United States* (320 US 81, 1943); *Korematsu v. United States* (320 US 214, 1944).

considération pour les principes relatifs au découpage électoral, dans le seul but d'assurer l'élection de deux représentants noirs »¹²⁰. La Cour de district du District de Columbia avait rejeté la prétention des demandeurs au motif que la Constitution fédérale ne contenait aucune disposition interdisant le racial redistricting. Saisie en appel, la Cour suprême renversa la décision attaquée et la renvoya devant la Cour de district, sans prononcer l'inconstitutionnalité du découpage contesté. En effet, elle jugea que le racial redistricting, étant exclusivement fondé sur la « race », devait répondre à un « intérêt gouvernemental impérieux », le soumettant ainsi au contrôle juridictionnel strict des mesures fondées sur des classifications suspectes.

B- L'illégitimité de la « race » comme facteur de représentativité dans le système juridique français :

1- Le principe d'interdiction des statistiques ethno-raciales :

Selon l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004), sont considérées comme sensibles et en principe prohibées, les « données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, *les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* ». La loi prévoit toutefois des exceptions au principe de prohibition¹²¹. Néanmoins, aucun recensement national effectué par l'INSEE ne fait apparaître la composition raciale et ethnique de la population française. Le redécoupage des circonscriptions électorales, reposant

¹²⁰ E. ZOLLER, *ibidem*, p. 1158.

¹²¹ La loi prévoit toutefois des exceptions : le consentement exprès de l'intéressé, l'anonymisation des données à bref délai, l'intérêt public, une autorisation de la CNIL au bénéfice de l'INSEE et des services statistiques ministériels. Voir le rapport de la CNIL présenté en séance plénière le 15 mai 2007 (<http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/diversite/RapportdiversiteVD.pdf>)

exclusivement sur des critères démographiques¹²², tels qu'ils résultent des recensements nationaux effectués notamment par l'INSEE, ne prend donc pas compte de l'identité ethno-raciale des électeurs. En ce sens, le système de redécoupage électoral en France se distingue de celui qui existe aux États-Unis en ce qu'il ne tient ni la « race » ni l'ethnie comme des facteurs de représentativité.

2- L'illégitimité de la distinction raciale des citoyens dans le processus démocratique :

a. L'incompatibilité de l'idée de représentation électorale des minorités raciales avec le principe de souveraineté nationale :

L'exigence de représentation électorale des minorités ethno-raciales aux États-Unis repose sur deux idées fondamentales. La première idée est la coexistence d'intérêts particuliers ou plus précisément d'intérêts collectifs au sein du corps politique. Elle suppose l'existence d'un « droit à une représentation spéciale » (special representation right)¹²³. La deuxième idée est un présupposé selon lequel les intérêts des membres d'une minorité seraient mieux garantis par un représentant issu du même groupe. Le représentant et le représenté seraient liés par une communauté d'intérêts et d'expériences. Ces deux idées fondant le système de « représentation spéciale » aux États-Unis est en contradiction avec la conception française de la souveraineté nationale telle qu'elle découle de la philosophie des

¹²² Le Conseil constitutionnel a réaffirmé la prééminence des critères démographiques dans une décision rendue en janvier dernier. Saisi par soixante députés d'un projet de loi relatif au réajustement des circonscriptions législatives (le dernier redécoupage remontant à 1986), le Conseil constitutionnel a censuré une disposition de cette loi qui prévoyait que l'opération de découpage pourrait se faire « *en fonction, notamment, de l'évolution de la population et des électeurs inscrits sur les listes électorales* » et qui laissait ainsi une marge de manœuvre au gouvernement dans la détermination des limites des circonscriptions. Écartant toute possibilité de « *charcutage électoral* », le Conseil jugea que « *cette règle, qui permet de déterminer, de manière différente selon les circonscriptions, les bases démographiques à partir desquelles sont répartis les sièges de députés, méconnaît le principe d'égalité devant le suffrage* », Décision n° 2008-573 DC du 08 janvier 2009 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2008-573-dc/decision-n-2008-573-dc-du-08-janvier-2009.42045.html>).

¹²³ J-F MIGNOT citant Will KYMLICKA, *ibidem*, p. 154.

Lumières¹²⁴. La conception française suppose en effet la transcendance de la Nation sur les individus. En effet, selon l'article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958, « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ou par la voie du référendum* ». Cette formule amène à s'interroger sur les notions de « *nation* » et de « *peuple* ». Le peuple français, reconnu comme un concept juridique à valeur constitutionnel par le Conseil constitutionnel, désigne « *l'être collectif titulaire de la souveraineté et qui est composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion* »¹²⁵. Selon la théorie française de la souveraineté nationale, la Nation est une entité abstraite dépassant les concepts de peuple ou de population, une personne morale distincte des individus qui la composent, avec une volonté propre. En vertu de cette conception, les élus désignés par le peuple ne représentent pas des intérêts individuels ou collectifs, mais l'intérêt de la nation qui les transcende. Les systèmes représentatifs américain et français ne revêtent donc pas la même signification. Le système représentatif américain est celui dans lequel les assemblées représentatives sont une image de la société telle qu'elle existe, et doivent exprimer la volonté de cette société réelle. En revanche, le système représentatif français se définit comme celui « *dans lequel la volonté d'un organe dit 'représentatif' est tenue en vertu d'un postulat*

¹²⁴ P. PACTET, F-MELIN-SOUCRAMANIEN, *ibidem*, p. 83-85 : « *Les deux notions [de souveraineté nationale et populaire] qui prennent leur origine dans la philosophie des Lumières, ont été souvent opposées l'une à l'autre. Mais la distinction a actuellement beaucoup perdu de sa netteté initiale. [...] Dans cette première formule [la souveraineté nationale], la souveraineté est confiée à la Nation, être collectif et indivisible, distinct des individus qui le composent. C'est là une conception très ancienne, qui vient de monarchomaques de la Renaissance et qui est reprise au XVIIIème siècle par nombre d'auteurs, dont Siéyès [...] Elle comporte un certain nombre de conséquences. La Nation, être collectif et unique, a une volonté et une seule : elle peut donc déléguer sa souveraineté mais elle doit alors la déléguer tout entière à ses représentants élus, c'est-à-dire aux assemblées parlementaires (la souveraineté est indivisible) et elle ne peut le faire que de manière temporaire, pour une durée limitée (la souveraineté est inaliénable), sans qu'aucune délégation d'exercice, aussi longue soit elle, puisse l'empêcher de s'en ressaisir au moment de son choix (la souveraineté est imprescriptible. C'est d'ailleurs peu de dire que la Nation peut déléguer sa souveraineté : en réalité, elle y est obligée car une entité doit nécessairement, pour exercer sa souveraineté, par l'intermédiaire de représentants ; en ce sens la souveraineté nationale postule un régime représentatif. [...] Dans la seconde formule [la souveraineté populaire], la souveraineté appartient aux citoyens ou, si l'on veut, au peuple mais elle est partageable entre tous les individus qui la composent. On l'a trouvée exposée chez J.J. Rousseau, dont la pensée, complexe et parfois contradictoire, est à la source des deux notions. [...] La souveraineté populaire entraîne des conséquences différentes de celles impliquées par la souveraineté nationale. Certes, elle est toujours inaliénable et imprescriptible mais elle ne postule plus nécessairement des institutions représentatives et même, bien au contraire, s'accommode mieux des procédures de la démocratie directe et semi-directe. Aussi bien, chaque citoyen, lorsqu'il vote, exerce non pas une fonction mais un droit qui lui appartient en propre, en tant que parcelle de la souveraineté populaire exige logiquement le suffrage universel. [...] En réalité, il n'y a aucun État qui ait tiré toutes les conséquences logiques de l'une ou de l'autre notion. Celles-ci sont le plus souvent étroitement imbriquées, même si l'une d'elles peut paraître dominante, telle la souveraineté nationale dans les démocraties pluralistes et spécialement en France. [...] La confusion s'est perpétrée puisque la Constitution de 1946 et celle de 1958 emploient la même formule ambiguë : 'la souveraineté nationale appartient au peuple' ».*

¹²⁵ Décision n° 91-290, JO du 14 mai 1991, p.6350 et s.

constitutionnel irréfragable pour la volonté de la nation sans se soucier de savoir si la volonté de cet organe coïncide avec celle du peuple réel »¹²⁶.

b. L'incompatibilité du principe de représentation électorale des minorités raciales avec le principe d'égalité :

Cette incompatibilité a été soulevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 novembre 1982 *Quotas par sexe I*. Saisi d'un projet de loi établissant des quotas par sexe pour garantir une égale représentation électorale des hommes et des femmes, le Conseil constitutionnel, se fondant sur les principes posés par l'article 3 de la Constitution de 1958 et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹²⁷, jugea qu'ils s'opposaient « à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles : qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux »¹²⁸.

Enfin, la représentation des intérêts des minorités raciales en France n'est possible que lorsqu'elle est assurée, non pas par des assemblées élues, mais par des organismes de défense d'intérêts particuliers qui tentent d'exercer une influence sur la prise de décision publique. C'est le cas des organismes tels que l'AFIP¹²⁹, Africagora¹³⁰ ou encore le CRAN qui visent à la représentation des intérêts des « minorités visibles » ou « populations noires de France ».

¹²⁶ S. CALMES-BRUNET, *ibidem*.

¹²⁷ « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

¹²⁸ Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, considérant n° 7.

¹²⁹ Association pour Favoriser l'Intégration Professionnel des « jeunes diplômés issus des minorités visibles » : http://www.afip-asso.org/index.php?option=com_content&task=view&id=137&Itemid=204

¹³⁰ « Club des décideurs, cadres et entrepreneurs des diasporas africaines et caribéennes » : <http://www.africagora.org/>

CONCLUSION :

L'enjeu d'une définition positive de la « race » en France

La définition juridique de la « race » en France présente un paradoxe. En effet, le Constituant français, en adoptant une définition négative de la notion, a marqué un refus d'entériner des référents relevant du sens commun. Or, « *dans un contexte de sensibilité accru au fait discriminatoire, la cécité volontaire à l'égard de la race est présentée comme une volonté d'occultation, et les appels se multiplient pour mettre un terme à l'invisibilité juridique et statistique de Français exposés plus durement que d'autres, en raison de certaines de leurs caractéristiques, au racisme* »¹³¹. La prise en compte du facteur racial par le droit français présente en effet un enjeu majeur : celui de la reconnaissance d'un droit effectif à la non-discrimination raciale. Selon Gérard COHEN-JONATHAN¹³², ce droit tire son existence de deux sources : le Préambule de la Constitution de 1946 en vertu duquel « *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme...* », et la décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 1994¹³³ donnant valeur constitutionnelle à « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* ». L'auteur soutient en effet que la discrimination raciale constitue au sens de ces textes une forme de dégradation de l'individu, et que le droit à la non-discrimination apparaît comme un droit-créance

¹³¹ G. CALVES, « 'Il n'y a pas de race ici'. Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critiques internationales*, 2002-4, n° 17, p. 174-175.

¹³² G. COHEN-JONATHAN, « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *RTDH*, 2001, n°46, p. 669-670.

¹³³ 27 juillet 1994 - Décision n° 94-343/344 DC *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1994/94-343/344-dc/decision-n-94-343-344-dc-du-27-juillet-1994.10566.html>

opposable à l'État. L'obligation ainsi posée aux autorités publiques de garantir ce droit à la non-discrimination raciale, passe par l'adoption de moyens de poursuite et de preuve efficaces. Elle demande par conséquent de reconsidérer la définition juridique de la « race ».