

# 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 États<sup>1</sup>, 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

---

<sup>1</sup> Le XIV<sup>ème</sup> 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.

*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 »<sup>2</sup>.*

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 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 »<sup>3</sup>). Par « légitimité », il faut entendre « la qualité de ce qui est juste, fondé en équité, conforme à la morale »<sup>4</sup>. 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).

---

<sup>2</sup> D. SABBAGH, « Discrimination positive et déségrégation. Les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, 2004, n° 53, p. 86.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Le Petit Larousse Compact, 2006.

## 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.

Dans sa *Théorie de la justice*<sup>5</sup> 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 Blancs<sup>6</sup> 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

---

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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.

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* »<sup>7</sup>. Le pragmatisme de l'approche « race-conscius » l'a 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 KENNEDY<sup>8</sup> et reprise par son successeur Lyndon B. Johnson<sup>9</sup>, 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 »<sup>10</sup>. 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* »<sup>11</sup>. L'*Affirmative Action* est applicable aux trois domaines que

<sup>7</sup> Discours du Président L. B. JOHNSON, Université d'Howard, 4 juin 1965.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Il adopte un décret présidentiel en 1965 (Executive order 11 246) lançant un programme d' « égalité des chances dans l'emploi » (« Equal opportunity Employment »).

<sup>10</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.393.

<sup>11</sup> "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

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 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<sup>ème</sup> 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

---

ethnicity”, Federal Register Notice, October 30, 1997.

*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 ».*<sup>12</sup>

La conception américaine du principe d'égalité écarte donc toute idée de distinctions prohibées<sup>13</sup>.

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 »<sup>14</sup>. 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

<sup>12</sup> D. SABBAGH, « Discrimination positive et déségrégation. Les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés Contemporaines*, 2004, n° 53, p.87.

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985), op. diss. du juge Marshall, p.466.

*d'injustice* »<sup>15</sup>. S'interrogeant sur les critères de la légitimité de la différenciation raciale aux États-Unis, Gwénaëlle CALVÈZ, 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 discrimination<sup>16</sup>.

**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 dérogoires 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).

---

<sup>15</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan PUF, 1995, p.347 (traduction française de *Taking rights seriously*, 1977).

<sup>16</sup> G. CALVÈZ, *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 « discrimination raciste » ou reprend la terminologie utilisée par les juges américains : « discrimination raciale bienveillante » et « discrimination raciale odieuse ».

## 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 MÉLIN-SOUCRAMANIEN comme « *une différenciation juridique de 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* »<sup>17</sup>. 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

---

<sup>17</sup> F. MÉLIN-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<sup>e</sup> édition, 2005, §431.

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 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'inégalités<sup>18</sup>. Par conséquent, la discrimination positive en France n'est inconstitutionnelle que lorsqu'elle repose sur la race, la religion ou l'origine<sup>19</sup>.

#### **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.

---

<sup>18</sup> 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 ».

<sup>19</sup> 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).

### i. L'affaire des *Magistrats musulmans* de 1960 :

A l'occasion de l'affaire des « magistrats musulmans » en 1960<sup>20</sup>, 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 exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature* »<sup>21</sup>. 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* »<sup>22</sup>. 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 :

---

<sup>20</sup> CC 60-6 DC, 15-1-1960, *Magistrats musulmans*. Annexe VI.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> LEVADE A., « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs* 2004/4, n° 111, p. 64-65.

- 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.
  
- 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 lui<sup>23</sup>. 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 2001<sup>24</sup> :**

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

---

<sup>23</sup> M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, 201 pp.

<sup>24</sup> CE Ass 6 avril 2001, n° 224945, *Pelletier et autres*, RFDA mai-juin 2001 p. 712, concl. Austry, Lebon p. 173. Annexe VII.

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 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 »<sup>25</sup>. 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 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

---

<sup>25</sup> Vocabulaire Cornu, PUF, 8<sup>e</sup> édition, 2007.

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* »<sup>26</sup>. 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 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* »<sup>27</sup>.

## 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<sup>ème</sup> 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.

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> D. SABBAGH, « La représentation électorale des minorités ethno-raciales aux États-Unis », *Revue Internationale de politique comparée*, Vol. 11, n°3, 2004, p.466.

En outre, le racial redistricting, comme l'*Affirmative Action*, tire sa légitimité de son objectif. En effet, « *inspirée par les mêmes bonnes intentions qui président 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* »<sup>28</sup>. 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 »<sup>29</sup> le vote noir, notamment celle du *Gerrymandering*<sup>30</sup>. Il s'agit 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 effective<sup>31</sup>. 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* »<sup>32</sup>. 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.

---

<sup>28</sup> E. ZOLLER, Présentation de la décision *Shaw v. Reno* (509 US 630, 1993), *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p. 1157.

<sup>29</sup> « *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.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> « 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.

<sup>32</sup> R. DWORKIN, *ibidem*, p. 277.

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

Si le racial redistricting est conforme au XIV<sup>ème</sup> 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* »<sup>33</sup>. 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 considération pour les principes relatifs au découpage électoral, dans le seul but d'assurer l'élection de deux représentants noirs* »<sup>34</sup>. 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 :**

---

<sup>33</sup> *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).

<sup>34</sup> E. ZOLLER, *ibidem*, p. 1158.

## 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 prohibition<sup>35</sup>. 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 exclusivement sur des critères démographiques<sup>36</sup>, 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 :

---

<sup>35</sup> 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>)

<sup>36</sup> 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>).

**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)<sup>37</sup>. 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 Lumières<sup>38</sup>. La conception française suppose en effet la transcendance de la Nation sur les individus. En effet, selon l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958, « la

---

<sup>37</sup> J-F MIGNOT citant Will KYMLICKA, *ibidem*, p. 154.

<sup>38</sup> P. PACTET, F-MÉLIN-SOUCRAMANEN, *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' ».

*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* »<sup>39</sup>. 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 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* »<sup>40</sup>.

#### **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

---

<sup>39</sup> Décision n° 91-290, JO du 14 mai 1991, p.6350 et s.

<sup>40</sup> S. CALMES-BRUNET, *ibidem*.

citoyen<sup>41</sup>, 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 »<sup>42</sup>.

Finalement, 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'AFIP<sup>43</sup>, Africagora<sup>44</sup> ou encore le CRAN qui visent à la représentation des intérêts des « minorités visibles » ou « populations noires de France ».

---

<sup>41</sup> « 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 ».

<sup>42</sup> Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, considérant n° 7.

<sup>43</sup> 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](http://www.afip-asso.org/index.php?option=com_content&task=view&id=137&Itemid=204)

<sup>44</sup> « Club des décideurs, cadres et entrepreneurs des diasporas africaines et caribéennes » : <http://www.africagora.org/>