



HAL
open science

La race : une catégorie juridique ?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. La race : une catégorie juridique ?. Mots: les langages du politique, 1992, 33 (1), pp.291 - 303. 10.3406/mots.1992.1760 . hal-01674310

HAL Id: hal-01674310

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01674310v1>

Submitted on 2 Jan 2018

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

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

La *race* : une catégorie juridique ?

La *race* est-elle une catégorie juridique ? Avant de s'attacher à répondre à la question, il convient de rappeler un certain nombre de données générales concernant les catégories juridiques, qui sont à la base même du fonctionnement du droit.

— Si les catégories sont des « classes dans lesquelles on range des objets de même nature », selon la définition du *Robert*, on peut définir les catégories juridiques comme des classes ou ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques. Une norme s'énonce par conséquent toujours à l'aide de catégories juridiques, et, inversement, toute notion, tout terme autre que purement fonctionnel utilisé dans l'énoncé d'une norme acquiert de ce fait même le caractère d'une catégorie juridique.

Les catégories juridiques entretiennent avec les autres catégories, et notamment avec les catégories de l'expérience courante, un rapport variable : la part respective du « donné » et du « construit » dans la constitution des catégories juridiques est très inégale. Certaines catégories juridiques sont entièrement « construites » et apparaissent comme de purs concepts juridiques (le « bail emphytéotique », par exemple, ou l'hypothèque, appartiennent exclusivement au lexique juridique et n'ont pas pas d'autre sens que celui qui leur est conféré par le droit). D'autres représentent la formalisation de faits ou de situations qui ont déjà une existence empirique (l'association, le mariage, ou... le vol). D'autres encore sont importées de divers champs disciplinaires : la biologie (distinction homme/femme/enfant), la morale (faute)... D'autres enfin sont la transcription plus ou moins immédiate des catégories du sens commun (la « moralité », le risque, le dommage). Enfin, si certaines catégories juridiques correspondent à un découpage objectif de la réalité empirique (distinction majeur/

mineur, homme/femme), d'autres à l'inverse entretiennent avec l'idéologie et les valeurs des rapports plus ou moins étroits (les « bonnes mœurs », les publications licencieuses, les films à caractère pornographique, etc.).

La transformation d'une notion en catégorie juridique n'est donc 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 cette transformation produit à son tour des effets non seulement pratiques mais aussi symboliques : qualifier juridiquement une situation ou une conduite, la prendre en compte pour la réglementer positivement, c'est-à-dire autrement qu'en l'interdisant purement et simplement, cela revient nécessairement à lui conférer un minimum de reconnaissance officielle, admettre la légitimité de son existence ; en sens inverse, l'incrimination de certains comportements par la loi n'est pas seulement dissuasive par la menace des condamnations qu'elle fait peser sur les éventuels contrevenants, c'est aussi une façon de signifier que la société les considère comme inacceptables.

— Si l'on revient à présent 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. Il convient alors, à la lumière des remarques qui précèdent, de relever les différents contextes dans lesquels le terme apparaît, et de s'interroger, dans l'esprit de la problématique de ces articles, sur les effets pratiques et symboliques de son introduction dans les textes législatifs ou réglementaires.

Il semble que l'on puisse faire remonter la première apparition du terme dans la législation française au décret-loi Marchandeu, du 21 avril 1939, qui réprimait la diffamation commise par voie de presse envers « un groupe de personnes appartenant par leur origine à une *race* ou à une religion déterminée » dans le but d'exciter à la haine entre les citoyens ou les habitants¹. Est-ce à dire qu'avant cette date le droit français ignorait les races et que désormais il reconnaît leur existence ? La réalité est plus complexe : d'une part, parce que la *race* peut constituer le référent implicite d'autres catégories juridiques qui font en quelque sorte

1. Abrogé par le régime de Vichy, le texte sera remis en vigueur à la Libération avant d'être ultérieurement remplacé par la loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme dont on reparlera plus loin.

office d'équivalents fonctionnels du mot absent ; d'autre part, parce qu'on ne peut sans arbitraire assimiler les hypothèses où la *race* constitue le support direct, l'objet même d'une réglementation positive — comme ce fut le cas, de façon implicite, dans les colonies françaises, et de façon ouverte sous le régime de Vichy — et celles où le terme est utilisé sur le mode de la dénégation dans le contexte de la lutte contre les discriminations « raciales », comme le faisait le décret-loi Marchandeaup et comme le fait l'ensemble de la législation depuis 1945¹.

Reste que, même dans la dénégation, l'utilisation du terme pourrait bien s'avérer piégée : car en toute rigueur, prohiber et punir les discriminations fondées sur la *race* revient logiquement à postuler que de telles discriminations sont concevables, et donc, par voie de conséquence, que les races existent. Et cela d'autant plus que les termes que le droit intègre à son lexique et transmue ainsi en catégories juridiques se voient volontiers parés du caractère d'objectivité reconnu au vocabulaire technique.

La *race*, objet de réglementation positive

La seule période de l'histoire de France où la *race* a été constituée explicitement en objet direct et spécifique d'une réglementation est le régime de Vichy. Il n'est cependant pas sans intérêt d'examiner les hypothèses où la *race* a pu, camouflée sous d'autres termes, figurer comme le référent implicite d'autres catégories juridiques.

La race, référent implicite des catégories du droit positif : la législation coloniale

La *race* n'apparaît pas, on l'a dit, comme une catégorie juridique en tant que telle, avant 1939. Dans le contexte de la colonisation, pourtant, la couleur de la peau, la distinction entre Européens et

1. Pour avoir la vision la plus complète possible des occurrences du mot *race* dans le droit positif, nous avons interrogé la base de données Lexis qui inclut l'ensemble des textes législatifs et réglementaires adoptés depuis 1955. Cette interrogation a fait apparaître que 450 textes contenaient les termes *race* et ses dérivés ou *ethnie* et ses dérivés. Mais qu'on se rassure : 90 % de ces textes traitent de la race bovine, de la race ovine, de la race chevaline, etc.

indigènes, constituent autant de barrières sociales entérinées par le droit et qui renvoient à une division implicite des groupes humains en races.

Le Code Noir¹

Le Code Noir, promulgué en 1685, a pour objet de « régler ce qui concerne l'état et la qualité des esclaves » dans les Antilles françaises et en Guyane. Malgré son nom et malgré son objet, on y chercherait en vain le mot *race*. Il est vrai que ce mot, appliqué aux groupes humains, n'est pas encore d'usage courant, puisque, selon le *Robert*, il ne serait apparu dans cet emploi qu'en 1684. Mais si l'objet explicite du Code Noir, c'est l'esclave, et non le nègre, il va de soi que l'esclave est noir. Dans la seconde version du Code Noir, édictée en 1724 pour la Louisiane, la composante « raciale » de l'esclavage apparaît de façon plus explicite : le syntagme *esclave nègre* y figure en effet dès le préambule, et le terme *Blanc* y est utilisé à plusieurs reprises. Là où la distinction opératoire opposait dans le texte de 1684 les hommes libres aux esclaves, elle s'accompagne ici d'une autre distinction entre Blancs et Noirs : « Défendons à nos sujets *blancs* de contracter mariage avec les *Noirs* », énonce par exemple l'article 6 (qui laisse en revanche à l'homme noir, affranchi ou libre, la possibilité d'épouser son esclave) ; de même, l'article 24 prévoit que les esclaves ne pourront être témoins qu'« à défaut de *Blancs* », et l'article 52 que les affranchis et les nègres libres ne pourront recevoir des Blancs aucune donation ou héritage.

De la législation coloniale au régime des territoires d'outre-mer

L'abolition de l'esclavage en 1848 n'entraîne pas la suppression de toute différence de statut, dans les colonies, entre habitants d'origine métropolitaine et « autochtones ». Si la *race* n'apparaît jamais comme un critère explicite et avoué de ces différences de statut, c'est bien, en pratique, l'appartenance à deux groupes humains dont le signe distinctif est la couleur de la peau qui sous-tend la ligne de partage décisive, sinon absolue, entre ceux

1. Voir sur ce point Louis Sala-Molins, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 1987.

à qui l'on reconnaît l'intégralité des droits civils et politiques et les autres.

Ainsi, jusqu'en 1946, l'Empire colonial français comprend deux catégories d'habitants : les nationaux citoyens et les nationaux sujets. La catégorie des *citoyens* comprend les habitants de souche métropolitaine, auxquels seront progressivement assimilés les habitants des Antilles, de la Guyane et de la Réunion, les Juifs indigènes d'Algérie bénéficiaires du décret Crémieux en 1870, les habitants de Tahiti en 1880, et les ressortissants de quatre communes du Sénégal (Dakar, Rufisque, Saint-Louis, Gorée) en 1916. De façon significative, les métis sont également citoyens, à condition d'être des enfants légitimes ou d'avoir été reconnus par un parent européen. Les *sujets* français, c'est-à-dire les Africains noirs, les Malgaches, les Algériens, sont soumis au statut de l'indigénat, qui les prive de la majeure partie des libertés publiques et des droits politiques, et leur conserve sur le plan civil leur statut personnel, d'origine religieuse ou coutumière. Citoyens et sujets sont donc bien deux catégories juridiques antithétiques en fonction desquelles s'opère le partage de la population et qui sont elles-mêmes définies sur la base de critères qui recourent très largement le partage entre Européens et non-Européens. Après 1946 encore, l'attribution de principe à tous les habitants de l'Algérie et des territoires d'outre-mer de la qualité de citoyens et la suppression du statut de l'indigénat ne mettent pas immédiatement fin à ces discriminations, puisque le double collège subsistera en matière électorale jusqu'en 1956.

Au-delà même du grand partage entre Européens (et assimilés) et non-Européens, le droit d'outre-mer ne peut ignorer le pluralisme ethnique des sociétés locales, de sorte que de fréquentes références à l'origine ou à l'appartenance ethnique apparaissent dans les textes : par exemple, lorsque sont évoqués la nécessité de « garantir les droits des collectivités autochtones et (de) tenir compte des coutumes et genres de vie des divers groupements *ethniques* »¹, l'obligation de prendre en compte dans les territoires d'outre-mer, en vue du recrutement des auxiliaires de gendarmerie, leur connaissance « de chacune des langues et de la coutume des principales régions *ethniques* »² ou encore le souci de constituer en Algérie des unités territoriales « *ethniquement* plus homo-

1. Décret du 5 mai 1955 portant réglementation du domaine public en AOF.

2. Décret du 3 février 1958 fixant le statut particulier des auxiliaires de gendarmerie des territoires d'outre-mer.

gènes »¹. Mais aussi, à l'inverse, lorsqu'il s'agit de réaffirmer un principe général de non-discrimination en rappelant que « tous les citoyens français accèdent, sans considération d'*origine ethnique* ou de statut personnel /.../ à tous les grades de la hiérarchie militaire »².

Aujourd'hui encore, le droit continue à opérer des distinctions parmi les habitants des territoires d'outre-mer. D'abord, parce que la tradition constitutionnelle veut que dans ces territoires les populations locales puissent conserver leur statut personnel au lieu d'opter pour le statut civil de droit commun : d'où la distinction opérée par les textes entre la population dite de *statut local* et la population de *statut de droit commun*, qui recouvre en gros l'opposition entre autochtones et Européens. Ensuite, parce que des politiques sociales et économiques qui ne tiendraient pas compte de l'existence des clivages ethniques et des inégalités qui leur sont liées risqueraient d'être vouées à l'échec : ainsi, dans les territoires d'outre-mer, l'origine ou l'appartenance ethnique des personnes fait partie des données dont la collecte est autorisée en vue du recensement de la population, ce qui est à la fois exorbitant par rapport aux principes en vigueur en métropole et dans les départements d'outre-mer (comme on le verra plus loin) mais cohérent avec le fait que les ethnies ont été consacrées par le législateur comme catégories administratives — et donc juridiques — spécifiques, déterminant la mise en place de structures particulières (tels les conseils consultatifs coutumiers institués par la loi du 9 novembre 1988 portant statut de la Nouvelle-Calédonie).

Dans aucun des textes que l'on vient de passer en revue, cependant, le mot *race* n'apparaît : si les colonies ont offert au racisme un terrain propice, les « races » n'y ont pas et n'y ont jamais eu en tant que telles d'existence juridique officielle.

*La race érigée en catégorie juridique explicite :
la législation antisémite de Vichy*

Sous Vichy, l'appartenance alternative à la *race juive* ou à la *race aryenne* devient un élément fondamental du statut des personnes, entraînant une série de conséquences juridiques capi-

1. Décrets du 28 juin 1956 portant réorganisation territoriale de l'Algérie.

2. Décrets du 19 octobre 1955 et du 13 octobre 1956 relatifs à l'application aux militaires de l'armée de terre et de l'armée de l'air originaires des TOM des dispositions législatives et réglementaires concernant les cadres de ces armées.

tales. Pour la première fois, dans le droit français, la *race* est explicitement érigée en catégorie juridique, dont le législateur s'efforce de définir le contenu. Ainsi, la loi du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs dispose : « Est regardé comme juif pour l'application de la présente loi toute personne issue de trois grands parents de race juive ou de deux grands parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif ».

Cette définition, qui laisse en suspens la question de savoir comment sera déterminée l'appartenance des grands-parents à la *race juive*, sera remplacée, dans la loi du 2 juin 1941, par une définition plus explicite : « Est regardé comme juif : 1) celui ou celle appartenant ou non à une confession quelconque, qui est issu d'au moins trois grands-parents de race juive, ou de deux seulement si son conjoint est lui-même issu de deux grands-parents de race juive. Est regardé comme étant de race juive le grand-parent ayant appartenu à la religion juive ; 2) celui ou celle qui appartient à la religion juive et qui est issu de deux grands-parents de race juive ».

La démarche du législateur n'est d'ailleurs pas parfaitement cohérente, dans la mesure où il conserve, pour des raisons idéologiques évidentes, une définition à base « raciale », sans être néanmoins en mesure, pour des raisons pratiques tout aussi évidentes, de donner un critère sûr permettant de reconnaître la *race juive* : d'où la référence à des éléments de présomption fondés sur la religion qui sont en contradiction avec les prémisses du système.

Quoi qu'il en soit, la *race* apparaît bien ici, de façon incontestable, comme une catégorie juridique, puisqu'elle commande l'application de règles spécifiques — en l'occurrence vexatoires, discriminatoires et spoliatrices. Une catégorie juridique dont les tribunaux et la doctrine, interprétant le texte législatif, vont s'attacher à fixer les contours : « Quels moyens de preuve peuvent être fournis par le métis juif pour établir sa non-appartenance à la race juive ? », « L'incidence de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat sur la définition du métis juif », « L'aryanisation des entreprises », « La définition du juif de race », tels sont quelques-uns des titres significatifs des chroniques publiées à cette époque dans les revues juridiques sérieuses. Tout un lexique nouveau se forge sur ces bases : à la *race juive* s'oppose la *race aryenne*, la confiscation des biens juifs s'opère sous couvert d'*aryanisation économique*, l'enfant issu d'un parent juif et d'un parent « aryen » est un *métis*, etc.

La *race*, référence ambiguë de la législation antiraciste

La floraison de textes qui, à partir de 1945, proscrivent les discriminations fondées sur la *race* doit se comprendre à l'origine comme une réaction contre le nazisme et le régime de Vichy. Les proclamations générales de l'après-guerre seront progressivement complétées par des textes plus précis : la loi du 1er juillet 1972, notamment, qui réprime pénalement tout un ensemble de comportements racistes, et la loi du 6 janvier 1978 sur les fichiers, qui pose l'interdiction de principe de collecter et conserver des informations faisant apparaître directement ou indirectement les « origines raciales » des personnes fichées.

Mais si la prohibition des discriminations raciales est une façon de signifier solennellement à tous que certains actes sont inacceptables, car contraires aux valeurs fondamentales de notre société, cette fonction de la loi n'est-elle pas contrecarrée par le phénomène de reconnaissance que produit l'inscription dans les textes du mot *race* ? Mot qui devrait rester tabou, s'il est vrai que les races n'existent pas, qu'elles sont l'invention des racistes. Lorsque le législateur, en effet, proscribit les discriminations fondées sur la *race*, n'entérine-t-il pas en même temps leur existence, ne leur confère-t-il pas une objectivité ambiguë ? C'est sans doute la prise de conscience de cette ambiguïté qui explique la tendance perceptible dans les textes les plus récents à substituer aux mots *race* ou *origine raciale* des termes dont on pense, à tort ou à raison, qu'ils sentent moins le soufre, comme *ethnie* ou *origine ethnique*.

La mise hors la loi des discriminations raciales

« 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 », énonce le Préambule de la Constitution de 1946, tandis que l'article 2 de la Constitution de 1958 dispose que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de

l'homme, de leur côté, obligent les Etats à respecter ces droits sans distinction aucune, notamment « de race ou de couleur »¹.

Plusieurs textes sont venus concrétiser ces proclamations générales dans des domaines particuliers, avec une accélération du processus à partir des années 1980. Ainsi, les lois Auroux ont introduit en 1982 dans le Code du travail une disposition interdisant de sanctionner ou licencier un salarié « en raison de son origine /.../ de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race » (art. L. 122-45). La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires rappelle l'interdiction de faire des distinctions entre les fonctionnaires « en raison de leurs opinions /.../ ou de leur appartenance ethnique ». Les codes de déontologie des professions de santé les plus récents contiennent également des dispositions rappelant que leurs membres doivent soigner avec la même conscience tout patient, « quelles que soient son origine, son appartenance ou sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminées »².

Aucun de ces textes, notons-le, ne s'aventure à définir le contenu des termes utilisés³. Leur application pourrait donc poser des problèmes d'interprétation, s'agissant de vérifier si une discrimination tombe bien sous le coup de la loi, si en réalité le législateur n'avait pas recherché ici l'effet symbolique plus que l'efficacité pratique, la prohibition des discriminations raciales étant déjà implicitement mais nécessairement incluse dans le principe général de non-discrimination qui soustend l'ensemble du droit positif.

1. Cf. la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les deux Pactes de 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques sociaux et culturels, ou encore la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950.

2. Décret du 8 août 1991 portant code de déontologie des sages-femmes. On trouve une disposition analogue mais plus concise dans le décret du 28 janvier 1981 fixant les règles de déontologie applicables aux médecins et aux pharmaciens des armées, dont l'article 5 rappelle que « le médecin des armées doit soigner avec la même conscience tout malade ou blessé, quels que soient sa condition, sa nationalité, sa race, sa religion ou les sentiments que celui-ci lui inspire ». En revanche, le code de déontologie médicale qui remonte à 1979 dit simplement que « le médecin doit soigner avec la même conscience tous ses malades, quels que soient leur condition, leur nationalité, leur religion, leur réputation et les sentiments qu'ils lui inspirent », sans faire aucune référence à la « race ».

3. Seule la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée en 1965, précise, d'une façon qui n'est pas véritablement éclairante, que la discrimination raciale doit s'entendre comme « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ».

*La pénalisation des actes et propos racistes*¹

Le problème se pose différemment dans le cas de l'incrimination des actes et propos racistes, car la loi pénale étant d'interprétation stricte, seuls peuvent être effectivement réprimés les comportements expressément visés par les textes. Sont ainsi sanctionnés, aux termes de la loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, complétée par la loi du 7 juin 1977 :

1° les comportements discriminatoires commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique ou par des personnes privées (tels que refus d'accorder le bénéfice d'un droit, refus d'embauche ou licenciement, refus de fournir un bien ou un service) à raison de « l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance (d'une personne) à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (art. 187-1 et 416 du Code pénal) ;

2° l'entrave à l'exercice d'une activité économique dans des conditions normales par une personne « à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée » (art. 187-2 et 416-1 du Code pénal) ;

3° la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence ainsi que la diffamation et l'injure publique à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, « à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (art. 24, 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse).

On relève que le législateur a opté pour une énumération volontairement large, partiellement redondante (« l'origine », à elle seule, semble recouvrir la plupart des autres hypothèses). Du point de vue conceptuel, la méthode peut paraître contestable, car il est clair que sous le terme générique de « discrimination raciale » on réprime des comportements qui sont dictés par d'autres motifs ou pulsions que le « racisme » au sens strict ; mais le droit ne fait ici que refléter l'impossibilité de définir de façon rigoureuse le « racisme ». D'un point de vue pratique, en revanche, ce choix a montré son efficacité : il évite au juge la tâche — semée d'embûches — d'avoir à vérifier, avant de prononcer une condamnation, si la victime, du fait qu'elle est noire, arabe, juive,

1. Sur cet aspect central de la législation française, qui n'est évoqué ici que brièvement, nous invitons le lecteur à se reporter à la contribution de Danièle Mayer dans ce présent numéro.

musulmane, ou de nationalité étrangère, appartient bien à une *race* déterminée ; il lui suffit de constater que les actes ou les propos poursuivis correspondent à l'une quelconque des catégories énumérées par la loi.

Il reste vrai, cependant, que la loi du 1er juillet 1972, tout en interdisant de prendre en compte l'appartenance d'une personne à une *race* déterminée, peut donner l'impression, par sa formulation, de considérer cette appartenance comme une donnée objective, aussi objective que l'appartenance à un sexe ou à une religion. A cet égard, la rédaction de la loi du 7 juin 1977 semble plus judicieuse : en évoquant « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée », elle marque plus clairement la distance prise par le législateur par rapport aux motivations subjectives des personnes dont les actes tombent sous le coup de la loi.

La race, donnée « sensible »

La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés interdit de faire figurer dans un fichier manuel ou informatisé, sauf accord exprès de l'intéressé, certaines catégories de données nominatives, considérées comme particulièrement « sensibles » : celles qui, « directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes »¹.

L'« origine raciale » s'est ainsi trouvée érigée en catégorie juridique, et la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a été amenée à plusieurs reprises, dans le cadre de sa mission, à interpréter cette disposition de la loi en s'interrogeant sur la nature des données susceptibles de faire apparaître directement ou indirectement les origines raciales des personnes. Elle a, par exemple, considéré que la nationalité constituait une de ces données et n'a, par conséquent, autorisé les détenteurs de fichiers à la conserver en mémoire que dans les hypothèses où la finalité du traitement l'exigeait impérativement.

La loi prévoyant des exceptions à l'interdiction de collecter des données sensibles, pour des motifs d'intérêt public, la CNIL a

1. La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, adoptée en 1981 par le Conseil de l'Europe, contient une disposition analogue concernant « les données à caractère personnel révélant l'origine raciale ».

également eu à se prononcer sur ce point. Elle a ainsi admis, comme on l'a rappelé plus haut, que l'origine ethnique des personnes puisse figurer parmi les informations recueillies en vue du recensement de la population dans les territoires d'outre-mer : elle a estimé en effet que « la question sur l'*origine ethnique*, compte tenu des caractéristiques socio-démographiques propres aux territoires d'outre-mer, (était) utile à la finalité du recensement dans ces territoires », notamment en vue de définir les politiques sociales et économiques à y mener, et que sa mise en mémoire répondait par conséquent à un motif d'intérêt public¹.

Mais l'ambiguïté de la référence aux « origines raciales » est surtout apparue en pleine lumière lors de la publication au *Journal officiel* de deux décrets : le premier, en date du 2 février 1990, autorisant les juridictions à mettre en mémoire les données nominatives nécessaires à l'accomplissement de leur mission et faisant notamment apparaître les origines raciales des parties au litige ; le second, en date du 27 février 1990, autorisant le Service des renseignements généraux à collecter des informations nominatives faisant apparaître « l'origine ethnique (des personnes fichées) en tant qu'élément de signalement »². Ces textes, qui ont soulevé une certaine émotion dans une partie de l'opinion publique, se bornaient pourtant à faire application de la législation en vigueur. Le premier d'entre eux ne visait à rien d'autre qu'à permettre l'informatisation des procédures nées de l'application de la loi du 1er juillet 1972, dans lesquelles figurent par la force des choses des données relatives à ce que la loi de 1978 appelle « l'origine raciale » des victimes. Le second se situait également dans la logique même de la loi, si l'on admet que faire exception à une interdiction équivaut logiquement à autoriser la chose interdite.

Mais si les mots utilisés sont les mêmes, il est clair qu'ils n'ont pas la même portée, le même poids symbolique, lorsqu'il s'agit d'autoriser, de façon positive, la collecte des informations relatives aux « origines raciales » des personnes, et lorsqu'il s'agit de l'interdire. La rédaction du décret du 14 octobre 1991 qui a

1. Voir notamment la délibération du 18 janvier 1983, reproduite dans le 4e rapport d'activité de la CNIL, Paris, La Documentation française, 1984, p. 73 et p. 295.

2. La première version du texte relatif au fichier des renseignements généraux, reproduisait les termes exacts de la loi et faisait référence aux *données raciales* ; c'est à l'initiative du ministère de l'Intérieur que les termes *données ethniques*, jugés sans doute moins ambigus, lui ont été par la suite substitués.

remplacé le décret du 27 février 1990, a mis fin à la controverse en autorisant la collecte des seules informations faisant apparaître « les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables, comme éléments de signalement » ; elle ne règle pas pour autant la question de fond.

Il n'est pas sûr au demeurant qu'on puisse la régler en substituant systématiquement au mot *race* le mot *ethnie*, comme la tendance s'en fait actuellement sentir¹ Car ou bien l'*ethnie* est seulement un substitut euphémisé de la *race*, auquel cas le problème reste intact, ou bien, à l'inverse, on donne à ce mot un contenu positif — puisque aussi bien l'existence des ethnies est moins controversée que celle des races —, mais avec le risque, précisément, de paraître redonner un fondement objectif et donc une crédibilité à des distinctions dont l'illégitimité ne fait en revanche aucun doute aux yeux du plus grand nombre lorsqu'elles prétendent se fonder sur la *race*.

1. Ainsi, dans le statut de la fonction publique de 1983, déjà cité, seule la mention de l'*appartenance ethnique* apparaît dans l'article 6 qui proscrit les discriminations, et non la mention de la *race*. On peut également citer l'exemple de la circulaire du 12 septembre 1989 du ministre de l'Éducation nationale, prise à la suite de l'Affaire du foulard, qui recommande de prohiber tous les signes qui appelleraient à une discrimination selon l'*appartenance ethnique*. Enfin, on a vu que dans le texte relatif au fichier des RG la référence initiale aux *origines raciales* avait été remplacée par une référence aux *origines ethniques*.