



HAL
open science

Les références à la "race" dans le droit français

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les références à la "race" dans le droit français. Emmanuel Decaux. Le droit face au racisme, Pedone, pp. 27-40, 1999, 978-2-233-00359-1. hal-01763717

HAL Id: hal-01763717

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01763717>

Submitted on 11 Apr 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.

Les références à la « race » dans le droit français

Par Danièle Lochak
Université Paris X- Nanterre

in *Le droit face au racisme*, sous la dir. d'Emmanuel Decaux
(Actes du colloque organisé par l'université de Paris X en décembre 1997),
Pedone, 1999, pp. 27-40

En février 1992 un colloque a été organisé à Paris sur le thème : « Le mot “race” est-il de trop dans la Constitution française ? »¹. L'idée du colloque, auquel participaient des linguistes, des biologistes et des généticiens et des juristes, était née d'une prise de conscience du caractère incongru de la présence du mot “race” dans l'article 1er de la Constitution, qui proclame que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de *race* ou de religion » — qui paraît contradictoire avec l'idée que les races n'existent pas, sauf dans l'esprit des racistes. A cette occasion, nous avons déjà été amenés à inventorier les utilisations du mot dans les textes de droit français, pour en conclure que la “race” était bien une catégorie juridique². Depuis lors, on a pu constater à d'autres occasions à quel point la référence à la “race” provoquait des réactions vives, notamment lors du débat à l'assemblée nationale, en 1993 sur « l'amendement Marsaud », qui concernait les contrôles d'identité visant les étrangers³.

Alors qu'au Royaume-Uni on n'hésite pas à aborder ouvertement la question des « relations interraciales » (*Race relations Act*) ou de « l'égalité des races » (*Commission for racial Equality*), alors qu'aux États-Unis toute l'*affirmative action* est basée sur la prise en compte de l'appartenance raciale des individus, le mot reste tabou en France. Et pourtant, il figure bien dans un certain nombre de textes : cette contradiction mérite analyse.

Il semble que l'on puisse faire remonter la première apparition du mot 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 habitants⁴. Un an et demi plus tard, Vichy édicte le « statut des Juifs », où le Juif est défini comme l'individu appartenant à la “race juive”.

Dans ce dernier cas, la “race” servait de support à une législation ouvertement discriminatoire, alors que dans le premier le terme était utilisé sur le mode de la dénégation, dans le contexte de la répression des discriminations. De ces deux modes de présence du mot “race” dans la législation, c'est bien entendu celui-ci qui est aujourd'hui prédominant, sans être pour autant exclusif. Mais si l'on veut dresser un inventaire complet des références à la “race” ou ses équivalents fonctionnels dans le droit français, il n'est pas inutile de revenir brièvement sur les hypothèses où la différence raciale sert de fondement à des différences de traitement.

I. La race comme fondement de différences de traitement

Lorsque le droit prend en compte l'appartenance à une “race” pour fonder des différences de traitement, c'est en général pour instaurer des discriminations juridiques qui viennent conforter

¹ Les actes du colloque ont été publiés dans la revue *Mots/Les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, sous le titre « Sans distinction de... race ».

² Par la force des choses, on retrouvera ici la plupart des idées qui avaient été développées dans cette précédente contribution.

³ Voir plus loin.

⁴ 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

des inégalités sociales. Mais l'appartenance raciale peut aussi être prise en compte, au contraire, pour compenser des handicaps, par le biais des fameuses « discriminations positives ». En dépit des très fortes réticences idéologiques que provoque toute politique de ce type en France, on trouve pourtant dans le droit applicable aux territoires d'outre-mer des exemples qui en attestent l'existence, au moins sous une forme camouflée.

A. La race, support d'une législation discriminatoire

La seule période de l'histoire de France où la "race" a été constituée explicitement en objet d'une réglementation discriminatoire est le régime de Vichy. Mais l'analyse de la législation coloniale montre que la "race", camouflée sous d'autres termes, a bel et bien été, avant et après Vichy, prise en compte par le droit.

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 capitales. 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 présomptions fondés sur la religion qui sont en contradiction avec les prémisses du système.

La législation coloniale

La "race" n'apparaît pas, on l'a dit, dans les textes, avant 1939. Dans le contexte de la colonisation, pourtant, la couleur de la peau, la distinction entre Européens et indigènes, constituent autant de barrières sociales entérinées par le droit et qui renvoient à une division implicite des groupes humains en races.

Le Code Noir⁵, 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, le mot "race" n'y figure pas. 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

⁵Voir sur ce point Louis SALA-MOLINS, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan*, PUF, 1987

opératoire opposait dans le texte de 1684 les hommes libres aux esclaves, elle s'accompagne ici d'une autre distinction entre Blancs et Noirs⁶.

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 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. 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.

Reste que dans aucun des textes que l'on vient de passer en revue le mot tabou 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.

B. De la race à l'ethnie : la reconnaissance du pluralisme

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* » [décret du 5 mai 1955 portant réglementation du domaine public en AOF] ; 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* » [décret du 3 février 1958 fixant le statut particulier des auxiliaires de gendarmerie des territoires d'outre-mer] ; ou encore le souci de constituer en Algérie des unités territoriales « *ethniquement* plus homogènes » [décrets du 28 juin 1956 portant réorganisation territoriale de l'Algérie]. Mais aussi, à l'inverse — ce qui nous rapproche cette fois du droit contemporain — 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 » [décrets du 19 octobre 1955 et du 13 octobre 1956 relatifs à l'application

⁶ « Défendons à nos sujets *blancs* de contracter mariage avec les *Noirs* », énonce par exemple l'article 6 ; 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.

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].

Aujourd'hui encore, le droit continue à opérer des distinctions parmi les habitants des territoires d'outre-mer.

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.

En Nouvelle Calédonie et en Polynésie les ethnies ont été consacrées par le législateur comme catégories administratives - et donc juridiques - spécifiques, déterminant la mise en place de structures particulières. Ainsi, des conseils consultatifs coutumiers ont été institués par la loi du 9 novembre 1988 portant statut de la Nouvelle Calédonie ; et l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, pour « mieux prendre en compte l'identité kanak », renforce le rôle des autorités coutumières en instaurant notamment un « Sénat coutumier »⁷.

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 l'existence des ethnies a reçu une consécration législative⁸.

On peut également rappeler la décision du Conseil constitutionnel du 8 août 1985 toujours sur la Nouvelle Calédonie : contestant le découpage électoral de ce territoire, les auteurs de la saisine faisaient valoir, non sans quelque raison, que celui-ci obéissait « à des considérations qui s'inspirent directement de critères ethniques » et qu'il contredisait donc l'article 2 de la Constitution. Dans sa réponse, le Conseil évite toutefois soigneusement d'utiliser le mot « ethnique » et dit simplement que le législateur peut, dans la délimitation de régions dans un TOM, tenir compte « de tous les éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique *des* populations ».

Mais ce pluriel est éloquent : s'il y a « des » populations, n'est-ce-pas parce que, comme l'indiquait le rapport au président de la République du 15 novembre 1985 sur la Nouvelle-Calédonie, on a assisté dans ce territoire à « l'échec de la fusion des ethnies en un seul peuple » ? Les kanaks et les caldoches forment bien deux peuples distincts, il serait irréaliste de le nier. Mais ce pluralisme - et ce réalisme - restent cantonnés aux territoires d'outre-mer : en métropole (et dans les départements d'outre-mer...) il n'y a qu'un seul peuple, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel en censurant la référence au « peuple corse » comme incompatible avec le principe de l'indivisibilité de la République. Si le mot « ethnique » apparaît, ce ne peut être, comme le mot « race », que sur le mode de la dénégation.

⁷ J.O. du 27 mai 1998, p. 8039.

⁸ Voir notamment : décret du 15 mars 1983 fixant la date et les conditions dans lesquelles sera exécuté le recensement général de la population dans les TOM ; décret du 24 août 1988 portant application de l'article 31 de la loi du 6 janvier 1978 à un recensement général de la population de la Polynésie Française en 1988 ; décret du 30 mars 1989 sur le recensement en Nouvelle Calédonie ; décret du 8 octobre 1990 sur le recensement à Wallis-et-Futuna.

II. La *race* dans 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” ? 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*.

A. La prohibition 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 États à respecter ces droits sans distinction aucune, notamment « de *race* ou de couleur ».

Plusieurs textes sont venus concrétiser ces proclamations générales dans des domaines particuliers, avec une accélération du processus à partir des années 80.

— Dans le monde du travail : 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). De même le règlement intérieur ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail pour ces mêmes raisons (art. L. 122-35).

On relève que l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui fixe les « principes directeurs du droit du travail » en Nouvelle-Calédonie et la loi du 17 juillet 1986 applicable à la Polynésie ne citent plus la *race* mais cette fois « l'appartenance ou la non-appartenance à une *ethnie* » comme motif illicite de discrimination dans l'offre d'emploi, l'embauche ou la relation de travail. En revanche, l'ordonnance du 25 février 1991 applicable à Mayotte reprend la formule exacte du code du travail...

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires rappelle elle aussi l'interdiction de faire des distinctions entre les fonctionnaires « en raison de leurs opinions [...] ou de leur *appartenance ethnique* ».

— Dans les professions de santé : les codes de déontologie les plus récents contiennent des dispositions rappelant l'obligation pour leurs membres de soigner avec la même conscience tout

patient, « quels que soient son origine, son appartenance ou sa non appartenance à une *ethnie*, une nation, une *race* ou une religion déterminées ». On trouve cette formule dans le décret du 8 août 1991 portant code de déontologie des sages-femmes. Une disposition analogue mais plus concise figure 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 ». Si le code de déontologie médicale de 1979 disait 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", à l'instar du code de déontologie des chirurgiens-dentistes édicté par le décret du 22 juillet 1967, le nouveau code, édicté par un décret du 6 septembre 1995, reprend, lui, dans son article 7, la formule selon laquelle « le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une *ethnie*, une nation ou une religion déterminée... ».

– À l'école : la circulaire Jospin du 12 décembre 1989 rédigée à l'occasion de l'affaire du foulard islamique, en profite pour rappeler que « sont aussi à prohiber tous les signes ... appelant à une discrimination selon les opinions politiques, philosophiques, religieuses, le sexe ou l'*appartenance ethnique* ». Le décret du 18 février 1991 relatif aux droits et obligations des élèves rappelle qu'il ne saurait être question de permettre « des expressions publiques ou des actions à caractère discriminatoire se fondant notamment sur le sexe, la religion, l'*origine ethnique*... »

– À l'égard des immigrés : à l'occasion du vote de la loi Joxe du 2 août 1989 modifiant l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur l'entrée et le séjour des étrangers en France, le législateur a jugé utile de réaffirmer que « les agissements discriminatoires des détenteurs de l'autorité publique, des groupements ou des personnes privées, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, la diffamation et l'injure au motif de l'appartenance ou de la non-appartenance à une *ethnie*, une nation, une *race* ou une religion sont interdits » et de rappeler les dispositions de la convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : « sont interdites toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale, ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance [des droits de l'homme] ».

Aucun de ces textes, notons-le, ne s'aventure à définir le contenu des termes utilisé : qu'est-ce qu'une race, qu'est-ce qu'une ethnique, y a-t-il une différence entre l'origine ethnique et l'appartenance ethnique ? 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 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 sous-tend l'ensemble du droit positif.

B. L'incrimination des comportements et propos racistes

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.

La loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, complétée par la loi du 7 juin 1977, aboutissait à réprimer :

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. La loi sur la presse a par la suite été complétée par la loi Gayssot du 13 juillet 1990 « tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe », qui érige aussi en délit la contestation des crimes contre l'humanité.

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, 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 était déjà plus judicieuse : en évoquant « l'appartenance ou la non-appartenance, *vraie ou supposée*, à une *ethnie*, une *race* ou une religion déterminée », elle marquait 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 même formule a été adoptée par les rédacteurs du nouveau code pénal, qui définit la discrimination comme « toute distinction opérée entre les personnes physiques [ou morales] à raison de leur origine, [...] de leur appartenance ou de leur non-appartenance, *vraie ou supposée*, à une *ethnie*, une nation, une *race* ou une religion déterminée » (art. 225-1).

On trouve par ailleurs dans le nouveau code pénal de nouvelles occurrences du mot "race". Ainsi, les atteintes au respect dû aux morts - notamment la violation et la profanation de sépulture - sont désormais réprimées plus sévèrement lorsqu'elles sont commises « à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, des personnes décédées à une *ethnie*, une nation une *race* ou une religion déterminée » (art. 225-18). Par ailleurs, le crime de génocide est défini à l'article 211-1 comme « le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, *ethnique, racial* ou religieux... de commettre l'un des actes suivants... ». Constituent également des crimes contre l'humanité « la déportation,

la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirés par des motifs politiques, philosophiques, *raciaux* ou religieux... » (art. 211-2).

Enfin, les associations de lutte contre le racisme peuvent se porter partie civile non seulement à l'encontre des auteurs de comportements discriminatoires prohibés mais aussi contre les auteurs de certains crimes ou délits contre les personnes ou les biens (meurtre, tortures, violences, destructions, dégradations) lorsqu'ils ont été commis au préjudice d'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. 2-1 du code de procédure pénale).

C. La prohibition des contrôles d'identité "au faciès"

Sur ce point, qui fait l'objet d'une étude particulière dans ce volume⁹, on se bornera à rappeler les termes dans lesquels la question des contrôles d'identité a été évoquée devant le Parlement lors du vote de la loi Pasqua en 1993. On s'aperçoit en effet que plus les pratiques sont laxistes, plus les mots sont tabou : le « politiquement correct » s'arrête au niveau du discours.

La Cour de cassation avait eu l'occasion, en 1985, dans deux arrêts devenus célèbres¹⁰, de préciser que si les étrangers peuvent se voir réclamer leurs papiers par la police sur le fondement du décret du 30 juin 1946, c'est à condition que « des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [soient] de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger ». Lorsque, en 1993, le gouvernement a voulu inscrire dans l'ordonnance de 1945 cette possibilité pour lui donner un fondement législatif, le député Marsaud a déposé un amendement ainsi rédigé : « pour effectuer une telle réquisition, les agents peuvent se fonder sur tout élément permettant de présumer la qualité d'étranger autre que des considérations de *race* ». Il s'agissait, dans son esprit, de préciser les éléments permettant de présumer l'extranéité — en pratique, de confirmer la jurisprudence de la Cour de cassation mais aussi de la rendre plus restrictive puisque la langue parlée ne fait pas partie des motifs admis par elle. L'amendement, voté par une large majorité de l'assemblée nationale¹¹, a aussitôt donné lieu à une vive polémique¹². Le Sénat a finalement rejeté la disposition litigieuse, après un très long débat¹³. Mais la possibilité de contrôler les titres de séjour, elle, est restée. Le Conseil constitutionnel l'a validée, en précisant que « la mise en oeuvre des vérifications... doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes »¹⁴.

D. 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, « di-

⁹ Voir la contribution de Nathalie Ferré.

¹⁰ Cass. Crim. 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic*.

¹¹ Séance du 17 juin 1993. *JO Débats AN* p. 1767.

¹² *Le Monde* des 22 et 23 juin 1993.

¹³ Séance du 7 juillet 1993. *JO Débats Sénat* pp. 2315-2324.

¹⁴ Dans sa décision du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*.

rectement ou indirectement, font apparaître *les origines raciales* ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes ». 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* ».

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 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 sociodémographiques 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 public¹⁵.

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 ». La première version du texte relatif aux fichiers 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.

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. Dans un arrêt du 18 novembre 1992, le Conseil d'État a rejeté le recours de la Licra contre ce décret en estimant qu'il n'était contraire ni à la Convention du Conseil de l'Europe ni à la loi de 1978 dès lors que la finalité du recueil des informations sensibles d'une part, les garanties dont il était entouré d'autre part, étaient conformes aux exigences posées par ces textes¹⁶. Le second se situait également dans la logique même de la loi, si l'on admet que faire exception à une interdiction équivaut à autoriser la chose interdite lorsque les conditions dans lesquelles l'autorisation de déroger à l'interdiction sont remplies.

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 rela-

¹⁵Voir notamment la délibération du 18 janvier 1983, reproduite dans le 4^e rapport d'activité de la CNIL, La documentation française, 1984, p. 73 et p. 295.

¹⁶ AJDA 1993 p. 213, note Roseline Letteron.

tives aux “origines raciales” des personnes, et lorsqu’il s’agit de l’interdire. La rédaction du décret du 14 octobre 1991 qui a 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.

Le problème s’est reposé par la suite à deux reprises au moins. Un décret du 9 novembre 1995 relatif aux fichiers mis en œuvre par la direction générale de la gendarmerie nationale avait autorisé la gendarmerie à mettre en mémoire des informations nominatives faisant apparaître - entre autres informations sensibles - « les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables comme éléments de signalement » des personnes : celles qui peuvent porter atteinte à la sûreté de l’État ou à la sécurité publique par le recours ou le soutien actif apporté à des actes de terrorisme, celles qui entretiennent des relations durables et non fortuites avec elles, mais aussi « les personnes qui sont victimes d’actes de terrorisme ou paraissent être particulièrement exposées à de tels actes ». Ce texte a été abrogé en raison de l’émotion qu’il a suscitée¹⁷. A vrai dire, la contestation portait surtout sur la possibilité de fichier les opinions politiques des personnes susceptibles d’être victimes d’actes de terrorisme et sur le fait que le texte était infidèle à l’avis rendu par la CNIL. Car en ce qui concerne la “race”, la rédaction du texte était cette fois « politiquement correcte ».

L’incident s’est reproduit en 1997 à propos de l’avis favorable donné par la CNIL à un projet de traitement dénommé GEVI (gestion des violences) mis en œuvre par la direction des renseignements généraux de la préfecture de police de Paris, créé en application du décret de 1991. Là encore était autorisée la mise en mémoire des « signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables comme éléments de signalement » des personnes « qui peuvent être impliquées dans des actions violentes »¹⁸. « la CNIL autorise les renseignements généraux à fichier la couleur de la peau » a titré *Le Monde* du 4 juillet 1997, ce qui gommait l’aspect le plus contestable du fichier : car le risque résultait moins du fichage de la « couleur de la peau » (renseignement effectivement utile pour la police...) que du contenu même du fichier, qui était clairement un fichier de suspects, suspectés de surcroît sur une base éminemment fragile.

*

Les développements qui précèdent montrent que le mot “race” reste bien tabou, et que son utilisation, même sur le mode de la dénégation, reste problématique. Ce caractère tabou se manifeste par les réactions que l’on a mentionnées, mais aussi par la substitution systématique dans les textes les plus récents du terme “ethnie” au terme “race”. Or de deux choses l’une : 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 — de fait, 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 certaine crédibilité à des distinctions considérées comme illégitimes par le plus grand nombre lorsqu’elles prétendent se fonder sur la “race”.

Le succès que rencontre aujourd’hui le mot “ethnique”, devrait donc inciter à la vigilance. Et cela d’autant plus qu’il est utilisé presque exclusivement — que ce soit dans le discours savant, dans le discours bureaucratique ou dans le discours des médias — pour parler des immigrés ou des “Français issus de l’immigration”. L’appartenance à une ethnie connote “l’étrangeté”, elle paraît incompatible avec la qualité de “Français de souche”. Les étrangers ne sont pas racialement différents : mais ethniquement ?

¹⁷ Voir *Le Monde* des 17-18 décembre 1995.

¹⁸ Délibération du 19 novembre 1996, Rapport de la CNIL, 1996, p. 202.

