



HAL
open science

La race, le sang, le droit. La place de la filiation et du mariage dans la définition des catégories du droit antisémite

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. La race, le sang, le droit. La place de la filiation et du mariage dans la définition des catégories du droit antisémite. *Droits : Revue française de théorie juridique*, 2023, n° 73 (1), pp.39-60. 10.3917/droit.073.0039 . hal-03994691

HAL Id: hal-03994691

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03994691>

Submitted on 17 Feb 2023

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, le sang, le droit

La place de la filiation et du mariage dans la définition des catégories du droit antisémite

Par Danièle Lochak

professeure émérite de l'université Paris Nanterre (Credof-CTAD)

in *Droits*, 2021/1, n° 73, pp. 39-60

La commande initiale, dans le cadre des journées organisées par *Dogma* sur le thème « Parenté, Mœurs et Droit », portait sur « la place de la filiation dans la détermination des catégories du droit antisémite de Vichy ». Il est apparu dès l'abord évident que l'étude n'avait d'intérêt que si l'on confrontait les lois de Vichy aux autres législations antisémites des années 1930, de façon à pouvoir évaluer la part respective des influences subies et des préoccupations propres du régime de Vichy. Mais ces législations elles-mêmes, si elles portent la marque d'un antisémitisme bien ancré dans leur époque, n'ont pas surgi du néant : d'où le parti qui a été pris d'élargir le champ d'investigation dans l'espace et dans le temps et de porter le regard sur des législations raciales plus anciennes.

On s'attachera donc, dans un premier temps, à évoquer les expériences passées les plus significatives – depuis le statut de *limpieza de sangre* qui a eu cours en Espagne pendant plusieurs siècles jusqu'aux lois ségrégationnistes des États unis, en passant par les Codes noirs et les législations coloniales. Elles témoignent de ce qu'une vision du monde racialisée conduit à accorder une place centrale au lignage et à la filiation pour définir et distinguer les « races », d'un côté, à élever entre elles la barrière la plus étanche possible, de l'autre, en régissant notamment les mariages et la sexualité.

L'analyse des législations des années 1930 et 1940 qui ont retranscrit les politiques antisémites en normes juridiques soulève à son tour plusieurs interrogations. À quels bricolages les législateurs et plus généralement les juristes sont-ils contraints pour définir le « juif » en l'absence de critère ou de signe de reconnaissance évident de la « race juive » ? Comment le préjugé racial s'articule-t-il avec les relations de filiation et, par ricochet, la sexualité et la reproduction ? On constate que les présupposés qui guident les législateurs diffèrent d'un pays à l'autre, comme le montre la comparaison entre les législations de l'Allemagne nazie, de l'Italie mussolinienne et de la France de Vichy. Concernant Vichy, on s'attachera également à montrer comment les juristes français – magistrats, enseignants ou commentateurs – se sont acclimatés sans efforts apparents à la législation antisémite et ont contribué à la normalisation de cette législation d'exception en s'efforçant d'intégrer ses catégories dans les cadres traditionnels du droit français.

Le sang et l'hérédité au cœur de la vision racialisée du monde

La race, dans sa représentation biologique, a forcément à voir avec le sang : le sang dans son acception première, en tant que fluide corporel, mais aussi dans son sens métaphorique renvoyant à la filiation ou au lignage¹. Le sang « tient une place essentielle dans les représentations de l'hérédité. Il incarne la croyance selon laquelle il existe des caractères fixes et pérennes qui tiennent à une substance indissoluble transmise de génération en génération »². Dans une vision racialisée du monde il convient donc de préserver la pureté du sang : les

¹ N'utilise-t-on pas aujourd'hui encore l'expression *jus sanguinis* pour désigner la transmission de la nationalité par la filiation ?

² Jean-Luc Bonniol, « Sang et Racisme », entrée du *Dictionnaire historique et critique du racisme* (P.-A. Taguieff dir.), PUF, coll. Quadrige, 2013.

législations raciales se focalisent ainsi sur la filiation puisque la race se transmet par l'hérédité et qu'elle ne doit pas être polluée par le mélange des sangs³.

La limpieza de sangre

Le concept de « pureté de sang » fait son apparition en Espagne à la fin du XV^e siècle. Cette apparition survient, de façon paradoxale, alors que les massacres intervenus tout au long du 14^e siècle puis l'expulsion de 1492 n'ont laissé d'autre choix aux juifs que la conversion. Logiquement, « la vérification de la sincérité des conversions et l'élimination des apostats auraient dû concerner la première génération des convertis, puis s'arrêter. Or l'enquête a continué pendant des siècles, visant désormais leurs lointaines descendances »⁴. Autrement dit, c'est le succès même de l'entreprise de conversion qui va provoquer la racialisation de l'antijudaïsme religieux. Il ne faut pas seulement trier entre les vrais et les faux convertis, détecter les marranes – ceux qui, malgré leur conversion apparente, continuent à pratiquer le judaïsme en secret. Le converti qui vit sincèrement sa foi catholique est lui aussi soumis au régime du soupçon, à la menace de l'Inquisition. « Ce n'est pas sur les juifs que porte l'examen, mais sur les convertis et leurs descendants, c'est-à-dire des chrétiens dont on pense que leur origine juive peut d'autant moins s'effacer que c'est leur sang qui en véhicule la nature prétendument maléfique »⁵.

Pour accéder aux principales institutions civiles ou ecclésiastiques il faut produire un statut de *limpieza de sangre* appuyé sur une enquête généalogique visant à démontrer l'absence d'ancêtre juif dans la lignée. Ce qui constitue a priori une hérésie théologique, puisque remettant en cause le sacrement du baptême⁶, va céder devant l'idée que tout juif, même converti, a du sang impur dans ses veines puisqu'il descend de ceux qui ont contribué à la crucifixion de Jésus-Christ. Témoin d'une approche racialisante, cette obsession de la transmission familiale explique que, dans les procédures de l'Inquisition, la recherche généalogique en arrive à jouer un rôle capital, au point que les tribunaux de l'Inquisition passent plus de temps à déterminer si tel ou tel individu était sur le plan généalogique juif pour 1/16^e, 1/32^e ou 1/64^e qu'à étayer l'accusation de judaïser⁷.

Le statut de « pureté du sang », dont l'emprise ne s'atténuera qu'à partir du 18^e siècle et qui ne prendra officiellement fin qu'en 1865⁸, a représenté, pour le monde occidental, une « matrice de la politique raciale »⁹ ; elle annonce cette forme de racisme qu'on retrouvera plus tard dans l'antisémitisme nazi¹⁰.

Les Codes noirs et le droit colonial

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 Guyane¹¹. Si l'intitulé même du texte rappelle

³ Voir l'expression « sang mêlé » utilisé jadis pour désigner les personnes issues du croisement de deux « races ».

⁴ Jean-Frédéric Schaub et Silvia Sebastiani, *Race et histoire dans les sociétés occidentales (XV^e-XVIII^e siècle)*, Albin Michel, 2021.

⁵ *Ibid.*

⁶ « Quiconque est baptisé, par son baptême, entre dans le Christ et n'est alors plus ni juif, ni gentil » (Saint-Paul, *Épître aux Galates*).

⁷ Jean-Frédéric Schaub et Silvia Sebastiani, *op. cit.*

⁸ Une loi promulguée en 1865 dispose que « Les enquêtes sur la pureté de sang, qui sont encore exigées de certaines classes et de certains individus, aussi bien pour pouvoir se marier que pour intégrer certains corps de l'État, sont supprimées ».

⁹ Jean-Frédéric Schaub et Silvia Sebastiani, *op. cit.*

¹⁰ Henri Tincq, « L'expulsion des juifs d'Espagne au nom de la pureté du sang », *Le Monde*, 2 août 2007.

¹¹ On relève toutefois que dans son article 1^{er} ordonne l'expulsion des îles de tous les juifs.

une évidence, à savoir que l'esclave est noir, son objet est bien l'esclave¹² et le mot « nègre », dont on ne relève au demeurant que de rares occurrences, est utilisé ici comme équivalent du mot « esclave », c'est-à-dire renvoyant à un statut et non à une condition raciale. Dans la version du Code noir édictée en 1724 pour la Louisiane, la composante raciale de l'esclavage apparaît de façon plus explicite. Là où, dans le texte de 1685, la distinction opératoire opposait les hommes libres – qui peuvent inclure des noirs affranchis – aux esclaves, la ligne de partage sépare ici plus clairement les blancs et les noirs. En particulier, alors que, dans la rédaction de 1865, les termes de « blancs » et de « noirs » étaient absents de l'article sur la prohibition matrimoniale, dans celle de 1724 seuls les noirs libres – à l'exclusion des blancs – sont autorisés à régulariser leur relation avec une esclave noire. Et l'interdiction du mariage interracial est formulée en termes exprès à l'article 6 : « Défendons à nos sujets de l'un ou l'autre sexe de contracter mariage avec les noirs à peine de punition et d'amende ». Cette part croissante de la part occupée par la race dans la définition des esclaves témoigne d'une « dynamique de la racialisation »¹³.

L'abolition de l'esclavage dans les colonies en 1848 n'abolit pas les différences de statut entre habitants d'origine métropolitaine et « autochtones » ou « indigènes ». Si la « race » n'apparaît jamais dans les textes comme un critère explicite de ces différences, 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 entre ceux à qui l'on reconnaît l'intégralité des droits civils et politiques et ceux qui sont maintenus dans un statut d'infériorité.

Le droit colonial et son application sont tout entiers imprégnés de considérations racialisantes qui apparaissent avec une particulière netteté face au problème posé par les métis. On lit ainsi, dans un décret du 8 novembre 1928 sur le statut des métis en Indochine que « tout individu né sur le territoire de l'Indochine de parents dont l'un, demeuré légalement inconnu, est présumé de race française, peut obtenir [...] la reconnaissance de la qualité de Français »¹⁴. Et Solus, dans son *Traité de la condition des indigènes en droit privé* de 1927, n'hésite pas à écrire : « C'est la race qu'il faut considérer pour savoir si l'enfant est indigène ou non indigène... »¹⁵. Il retranscrit fidèlement, ce faisant, l'état d'esprit qui inspire les pratiques administratives et judiciaires. Dès lors, en effet, qu'on a renoncé à faire des métis une catégorie à part, distincte des « indigènes » et des « citoyens », il faut choisir la filiation – donc le sang, l'hérédité biologique – qui va l'emporter. En justice, la preuve de la race peut être apportée par tous modes de preuves : par témoins, par simples présomptions, mais aussi en se fiant à l'aspect physique du sujet ou en ayant recours au besoin à une expertise médico-légale pour établir ses caractères ethniques¹⁶.

Les lois ségrégationniste aux États unis

La législation raciale américaine, même – ou surtout – une fois l'esclavage aboli, se caractérise par la phobie des mélanges. C'est elle qui inspire les lois organisant la ségrégation

¹² Le texte porte en sous-titre : « Édit du Roi sur les esclaves des Îles de l'Amérique ».

¹³ Voir sur ce point l'analyse proposée par Jean-Frédéric Schaub et Silvia Sebastiani, *op. cit.*, Chapitre IV, Esclavage, couleur et race.

¹⁴ Emmanuelle Saada, *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, La Découverte, 2007.

¹⁵ Et il ajoute : « La race peut s'établir par tout moyen de preuve : preuve par écrit, preuve par témoins, par présomption. Ce dernier mode sera surtout, le plus souvent, précieux et fécond. A défaut de toute autre source de renseignement, le tribunal se prononcera d'après l'aspect physique de l'enfant, aspect qui, en général, ne trompe pas. Au besoin, il confiera à une expertise médico-légale le soin de préciser les caractères ethniques du sujet, de dire s'il est de race indigène, de race française, de race franco-indigène » (cité par Isabelle Merle et Lionel Zevounou, « Systématiser la différenciation raciale à travers le régime juridique de l'indigène. La contribution d'Henry Solus », *Droit & Société*, n° 109, 2021/3.

¹⁶ Gérard Fritz, Jean-Claude Fritz, « "Indigènes" et "métis" sous la IIIe République », *Le Genre Humain*, 1996/1-2 (n° 30-31), « Le droit antisémite de Vichy », p. 73-84.

mais plus encore l'interdiction des mariages interraciaux. Les premières lois prohibant le mariage interracial – entre blancs et noirs ou plus généralement toute personne « non blanche » – sont adoptées par la Virginie et le Maryland en 1691 et 1692, donc antérieurement à l'Indépendance. L'interdiction, qu'on retrouvera, on l'a vu, dans le Code noir édicté pour la Louisiane en 1724, est progressivement généralisée après 1776, au-delà des seuls États esclavagistes. Dans les années 1880, donc bien après la fin de la guerre de Sécession, l'interdiction, parfois étendue aux Amérindiens et aux Asiatiques, subsiste dans 38 États et elle est encore appliquée dans 29 États en 1924. Il faut attendre l'arrêt de la Cour suprême, *Loving c. Virginia*, en 1967, pour qu'elle soit abrogée dans les 17 États du Sud où elle restait encore en vigueur.

La phobie des mélanges s'exprime encore dans la définition extensive de la « race noire » dont la manifestation exacerbée est la fameuse « one drop rule ». Cette règle, dont l'édition a accompagné l'adoption des lois ségrégationnistes dans le Sud, n'a été formalisée que tardivement. À titre d'exemple, le Code noir de Virginie de 1819 définit comme mulâtre toute personne possédant un quart ou plus de sang noir, en 1910 le quart devient un seizième, pour finalement en arriver au critère de la « one drop rule » formulé par une loi sur l'intégrité raciale de 1924. La Virginie avait été précédée sur cette voie par le Tennessee, la Louisiane, le Texas, l'Arkansas, le Mississippi, la Caroline du Nord, elle sera suivie par l'Alabama et la Géorgie, tandis que dans d'autres États les fractions de 1/16^e ou 1/32^e arrivent en pratique à un résultat équivalent. La règle ne tombera en désuétude qu'avec la fin de la prohibition des mariages interraciaux.

Les législations raciales du 20^e siècle vont parfois aller chercher leur inspiration dans les diverses expériences que l'on vient d'évoquer.

La racialisation de la question juive au prisme du droit

Le droit a joué un rôle primordial dans la définition mais aussi la consolidation et la diffusion des catégories raciales. La transformation de la « race » en objet de droit lui a conféré une forme d'évidence¹⁷. L'effet de « naturalisation » du droit qui fait que chacun apprend à voir le monde à travers les catégories juridiques, que l'image de l'ordre social qui s'en dégage suscite l'adhésion aux valeurs implicites qui le sous-tendent¹⁸ a joué pleinement dans le cas de la législation raciale : les lois antisémites, au-delà de leur contenu concret, imposaient une vision du monde fondée sur le partage de la société en deux catégories, en deux « races » distinctes et inégales : les juifs et les aryens¹⁹.

Confrontés à des notions comme celles de « race juive », « race aryenne », « race italienne », jusque-là étrangères à la discipline juridique, les juristes chargés de les mettre en œuvre devaient-ils aller chercher dans d'autres champs disciplinaires les éléments pour mieux les cerner ? Comme le relève Silvia Falconieri, tous les juristes des pays qui se sont dotés d'une législation raciale se sont posé la question de l'articulation du concept juridique avec les données de l'anthropologie et de la biologie, de la place qu'il convenait de faire à celles-ci dans la définition juridique de la race²⁰. Dans l'ensemble, ils ont rejeté l'idée d'importer dans le droit

¹⁷ Silvia Falconieri, « Le droit face à la race... », précité.

¹⁸ Danièle Lochak, « Droit, normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, Publications du CURAPP, PUF, 1983).

¹⁹ Danièle Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, PUF, 1989, pp. 252-285.

²⁰ Silvia Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, il Mulino, 2011, p. 95 et s. Elle rappelle l'existence d'un Comité juridique italo-allemand, qui tient notamment en 1939 une conférence à Vienne sur le thème « Race et droit » pour permettre aux juristes des deux pays de confronter leurs conceptions sur ce point. On trouve aussi dans la thèse d'André Broc sur *La qualification de Juif* (voir *infra*, note 50) de longs développements sur la nécessité de se démarquer des critères des anthropologues.

les concepts des sciences naturelles et des sciences humaines et insisté sur la nécessité d'une définition juridique autonome de la race – une définition qui tient compte, comme on va le constater, des impératifs politiques et idéologiques propres à chaque pays, expliquant la grande variété des critères permettant de catégoriser un individu comme « juif » d'une législation à l'autre.

Les lois de Nuremberg : la hantise du mélange et la question cruciale des Mischlinge

À leur arrivée au pouvoir, l'objectif des nazis est de mettre les juifs à l'écart du reste de la population. Autant voire plus que la citoyenneté, qu'ils réserveront aux ressortissants de sang allemand, la sexualité et la reproduction constituent une préoccupation fondamentale : le peuple allemand doit rester pur, à l'abri de toute contamination raciale.

C'est dans ce contexte que les juristes nazis sont amenés à observer la législation raciale américaine. Ils voient en effet des parallèles entre le « problème nègre » aux États unis et leur « problème juif »²¹. Ils s'intéressent en particulier aux techniques juridiques imaginées pour combattre la menace du mélange des races ; or le droit américain est le seul à offrir un corpus juridique en la matière : à l'époque, comme on l'a rappelé plus haut, une trentaine d'États encore déclarent nuls les mariages entre individus de races différentes et dans un certain nombre d'entre eux ces mariages sont pénalement réprimés.

La troisième loi de Nuremberg²², édictée « pour la protection du sang et de l'honneur allemand », va de la même façon interdire les mariages ainsi que les relations sexuelles extra-conjugales entre juifs et citoyens de sang allemand, ajoutant l'interdiction pour les premiers d'avoir des employées de maison de sang allemand âgées de moins de 45 ans²³.

Le décret d'application de la loi sur la citoyenneté du Reich du 14 novembre 1935 qui s'attache à déterminer qui est juif reflète lui aussi l'importance attachée à l'hérédité et à l'ascendance, donc à la transmission du sang allemand : c'est prioritairement le nombre de grands-parents juifs qui permet de classer les individus comme « aryens », comme « juifs » ou comme *Mischlinge*, les autres critères intervenant lorsque le premier n'est pas décisif à lui seul. Est définie comme juive toute personne qui : – soit a au moins trois grands-parents juifs (eux-mêmes juifs « intégraux » ou aux trois-quarts) ; – soit a deux grands-parents juifs s'il appartient à la communauté religieuse juive ou est mariée à un juif ou une juive²⁴. Concernant le statut des grands-parents, leur appartenance à la communauté religieuse juive permet de présumer qu'ils étaient juifs.

Parallèlement est définie comme *Mischling* la personne qui : – soit a deux grands-parents juifs (« *Mischling* au premier degré ») mais n'appartient pas à la confession juive et n'est pas mariée avec un juif ou une juive ; – soit n'a qu'un grand parent juif (« *Mischling* au second degré »).

²¹ James Q. Whitman, *Le modèle américain d'Hitler. Comment les lois raciales américaines inspirèrent les nazis*, trad. fr., Armand Colin, 2018, p. 109.

²² Les trois lois de Nuremberg promulguées le 15 septembre 1935 sont la loi sur le drapeau du Reich (*Reichsflaggengesetz*), la loi sur la citoyenneté du Reich (*Reichsbürgergesetz*), qui exclut les non-aryens de cette citoyenneté, et la loi pour la protection du sang allemand et de l'honneur allemand (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*).

²³ La législation nazie reste néanmoins à distance du droit américain sur plusieurs points. On n'y retrouve ni la « one drop rule » ni les mesures relatives à la ségrégation. Il est vrai que si cette dernière question a pu être évoquée au cours des débats précédant l'adoption de la loi, elle va perdre très vite toute pertinence puisque, sous l'effet de l'émigration massive provoquée par l'intensification des persécutions, auxquelles vont succéder les déportations à partir de 1941, l'Allemagne se vide de sa population juive.

²⁴ Littéralement le texte dit : « Est juif celui qui est issu d'au moins trois grands parents pleinement juifs du point de vue racial [*der Rasse nach volljüdisch*] ». « Est également considéré comme juif [*Als Jude gilt auch*] le métis juif ressortissant allemand issu de deux grands parents pleinement juifs du point de vue racial [*der von zwei volljüdischen Großeltern abstammende Staatsangehörige jüdische Mischling*] » qui, à la date de promulgation de la loi, soit appartenait à la communauté religieuse juive, soit était marié avec un juif.

Mais ce sont plus encore les débats auxquels a donné lieu la définition des *Mischlinge* qui traduisent la crainte obsessionnelle de la pénétration du sang juif dans le corps du *Volk* allemand, qui se retrouve aussi dans la profusion de termes : *Mischheirat* ou *Mischehe*, *Mischling* connotant – et stigmatisant – le mélange²⁵. Au regard de l'objectif poursuivi : préserver le peuple allemand de la dégénérescence provoquée par le mélange sexuel, le cas des *Mischlinge* posait un problème complexe auquel, compte tenu du nombre de personnes concernées, il paraissait indispensable de trouver une solution²⁶.

Les débats précédant l'adoption du décret du 15 novembre dureront plusieurs semaines, ce qui témoigne de l'importance de l'enjeu et des difficultés rencontrées²⁷. Ils voient s'affronter les extrémistes du parti, d'un côté, les experts du ministre de l'Intérieur, de l'autre. Les premiers, rappelle Saul Friedländer²⁸, entendent assimiler les "quart-juifs" aux juifs intégraux. Les deux camps s'accorderont finalement pour considérer les "trois-quarts juifs" comme juifs et les "quart-juifs" comme *Mischlinge*. Reste le statut des "demi-juifs" que le parti voudrait inclure dans la catégorie des juifs, alors que le ministère propose de les intégrer dans celle des *Mischlinge*, à l'instar des "quart-juifs". C'est finalement Hitler qui tranche : les "demi-juifs" sont des *Mischlinge* ; ils ne deviennent juifs à part entière qu'en prenant un conjoint juif ou en rejoignant la communauté religieuse juive.

Les *Mischlinge* n'étaient donc ni Juifs ni Allemands : simplement « non-aryens »²⁹. D'où la subtilité des distinctions entre les mariages qui leur sont interdits et ceux qui leur sont permis : est interdit le mariage entre un juif et un *Mischling* au deuxième degré (ayant un seul grand-parent juif), entre deux *Mischlinge* au deuxième degré et entre un *Mischling* au premier degré (ayant deux grands-parents juifs) et un Allemand. Les *Mischlinge* au deuxième degré peuvent en revanche épouser des juifs, et par là devenir entièrement juifs, ou se marier entre eux. Ils subiront des discriminations de plus en plus fortes, mais échapperont pour la plupart à la déportation³⁰.

La législation fasciste : legs colonial et exaltation des racines antiques du peuple italien

C'est dans le contexte du rapprochement avec l'Allemagne nazie, en 1938, que l'Italie mussolinienne adopte à son tour une législation antisémite³¹. Le « Manifeste de la race », publié le 14 juillet 1938 par des scientifiques appartenant à diverses disciplines, affirme que le peuple italien est un rameau de la race aryenne qu'il convient de protéger contre les risques de contamination. Les juifs, en particulier, appartiennent à une race dangereuse pour le sang italique³². Le Manifeste trouve son prolongement dans la « Déclaration sur la race », émanant du Grand Conseil du Fascisme le 6 octobre 1938, qui se donne pour objectif « l'amélioration

²⁵ James Q. Whitman, *op. cit.*, p. 120 et s.

²⁶ Une enquête conduite à l'époque par l'Association centrale des juifs allemands donnait les chiffres suivant : 450 000 « juifs intégraux » (ayant quatre grands parents juifs et pratiquant la religion juive), 550 000 en y ajoutant les personnes ayant trois grands parents juifs, 70 000 demi-juifs et 130 000 quart-juifs, soit au total 200 000 *Mischlinge* (v. Saul Friedländer, *Les années de persécution. L'Allemagne nazie et les Juifs, 1933-1939*, rééd. Points, 2008, p. 197-198).

²⁷ Raul Hilberg, *La destruction des Juifs d'Europe* (1985), Fayard, 1988, p. 61-74.

²⁸ Saul Friedländer, *op. cit.*, p. 194-198.

²⁹ Sur le sort des *Mischlinge*, voir Raul Hilberg, *op. cit.* p. 359-369.

³⁰ Saul Friedländer, *op. cit.*, p. 196

³¹ Les raisons de la décision de Mussolini font débat entre les historiens. En tout état de cause on peut penser qu'y ont concouru à la fois les relations avec l'Allemagne nazie et des motivations liées au contexte politique italien. Voir par exemple : Marie-Anne Matard-Bonucci dans *L'Italie fasciste et la persécution des juifs*, Perrin, 2007, rééd. Quadrige, 2012 ; Michele Sarfatti, « La législation antijuive dans le contexte européen », *Revue d'Histoire de la Shoah*, « L'Italie et la Shoah », 2016/1, n° 204, pp. 137-154.

³² Voir notamment : Sophie Nezri-Dufour, « La notion de peuple et de race italique dans la revue *La difesa della Razza*, publiée en Italie de 1938 à 1943 », *Cahiers d'études romanes*, n° 35/2017.

quantitative et qualitative de la race italienne [...] susceptible d'être mise à mal par les croisements multiples à l'origine de différentes dénaturations ».

La solution italienne n'est pas le décalque de la législation nazie. Elle s'inspire pour partie de sa propre expérience coloniale, qui permet de postuler l'existence d'une « matrice coloniale » du droit antisémite³³. La continuité entre les politiques raciales dans les colonies et la politique antisémite en métropole est mise en exergue par le gouvernement fasciste, en partie dans la perspective de réfuter l'affirmation selon laquelle la campagne antisémite serait inspirée par l'Allemagne³⁴. La Déclaration sur la race présente « le problème juif » comme « l'aspect métropolitain d'un problème de caractère général » que le fascisme aurait entrepris de résoudre. Lorsque sont promulgués les décrets frappant les juifs, il existe déjà un arsenal juridique fourni en matière raciale : l'usage du critère de la « race » s'est progressivement généralisé dans la législation coloniale applicable dans les possessions italiennes – l'Érythrée et la Somalie, plus tard la Libye – depuis la fin du XIX^e siècle³⁵. En l'Éthiopie, conquise en 1936, des mesures ont été prises contre le métissage, proscrivant notamment le concubinage, pour défendre la pureté de la race italienne.

La législation antisémite mise en place par le fascisme oscille entre un racisme d'inspiration biologique, proche de la conception nationale-socialiste, qui va conduire à interdire les mariages entre citoyens de race aryenne et les personnes appartenant à une autre race³⁶ et un racisme « spirituel et nationaliste qui aspire à fondre l'idée de race avec l'idée de la prestigieuse Rome antique »³⁷ en préservant une ethnicité restée inaltérée depuis l'époque romaine. Ainsi, la définition des « personnes appartenant à la race juive » contenue dans le décret-loi royal du 17 novembre 1938 « portant mesures pour la protection de la race italienne » mêle des critères biologiques, d'un côté, politiques et religieux, de l'autre.

La loi distingue un cas de qualification « naturelle » et quatre cas de détermination légale.

Ainsi *est* de race juive [qualification « naturelle »] celui qui est né de deux parents de race juive, même s'il appartient à une autre religion que la religion juidaïque.

Est ensuite *considéré* de race juive [qualification légale] celui qui : – soit est né de parents dont l'un est de race juive et l'autre de nationalité étrangère ; – soit est né d'une mère de race juive et de père inconnu ; – soit, bien qu'étant né de parents de nationalité italienne, dont l'un seulement est de race juive, appartient à la religion juive ou a manifesté de quelque manière sa judéité. À l'inverse, n'est pas considéré comme de race juive celui qui est né de parents de nationalité italienne dont l'un seulement est de race juive et qui appartient à une religion autre que la religion juive.

Contrairement à la législation nazie, ne sont donc pris en compte que les ascendants de premier degré et non les grands parents, ce qui évite la comptabilité oiseuse à laquelle entraînent les lois de Nuremberg. Dans le cas où les deux parents sont juifs seul vaut le critère racial, la religion étant indifférente. Mais lorsqu'un seul des parents est juif les critères de la religion et de la nationalité deviennent déterminants. La nationalité étrangère du parent non juif fait basculer du côté de la qualification juive, alors que la nationalité italienne des deux parents protège contre cette qualification... aussi longtemps que l'intéressé n'a pas manifesté d'une façon ou d'une autre son attachement à la communauté juive. Le droit italien ne fait ainsi aucune place à la catégorie des *Mischlinge* : les enfants nés d'unions « mixtes » sont considérés soit comme de race juive soit comme de race aryenne sur la base de critères sans rapport avec

³³ Silvia Falconieri, « Du “sujet” au “citoyen italien de race juive”. La circulation des catégories raciales dans le droit fasciste », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 19 | 2021, <http://journals.openedition.org/revdh/11383>. L'auteure, dans son ouvrage précité, parle même d'osmose entre la législation antisémite et la législation raciale coloniale (*La legge della razza...*, op. cit., p. 229).

³⁴ Marie-Anne Matard-Bonucci, *L'Italie fasciste et la persécution des juifs*, Perrin, 2007, rééd. Quadrige, 2012.

³⁵ Silvia Falconieri, « Du “sujet” au “citoyen italien de race juive”... », précité.

³⁶ C'est l'objet de l'article 1^{er} du décret-loi de 1938.

³⁷ Sophie Nezri-Dufour, précité.

l'hérédité³⁸. Reste en revanche, commune aux deux législations, l'interdiction des mariages « mixtes », destinée à tarir pour l'avenir les mélanges redoutés.

La législation de Vichy : une autonomie sous influence

Malgré la place qu'a occupée dans le droit colonial la question raciale, on ne relève, dans le cas de la France, et contrairement à ce qui s'est produit en Italie, aucune revendication de continuité entre la législation coloniale et la législation antisémite de Vichy. Certes, comme le relève Emmanuelle Saada, la définition du « juif » implique un travail de catégorisation qui, pour les cas « limites », pose des difficultés similaires à celles rencontrées à propos des métis coloniaux³⁹. Mais les spécialistes du statut des juifs ne font jamais référence aux situations coloniales : les commentateurs soulignent au contraire l'absolue nouveauté de l'introduction de la notion de race dans le droit et de ses implications sur le statut des personnes⁴⁰.

Si nouveauté il y a, elle n'est bien sûr que relative, puisque plusieurs pays ont précédé Vichy dans cette voie, à commencer par l'Allemagne, désormais puissance occupante. On verra que Vichy s'est sur beaucoup de points écarté de la législation nazie. Mais sur le principe même d'une telle législation, la question a été posée du poids respectif qu'ont pesé dans la décision de promulguer un statut des juifs la tradition antisémite proprement française et l'influence du vainqueur⁴¹. Question qu'on peut compléter par une autre : comment se sont articulées ou se sont répondu les ordonnances allemandes de septembre 1940 et avril 1941 qui valent pour la zone occupée et les deux statuts édictés par Vichy en octobre 1940 et juin 1941 applicables en zone libre ?

Lorsque l'idée d'un statut, déjà évoquée avant la guerre par l'extrême-droite, ressurgit après la défaite, elle est dans un premier temps écartée pour ne pas donner l'impression de céder devant l'occupant. La succession de textes visant les étrangers, les naturalisés et les « mauvais citoyens » dont les juifs sont la cible prioritaire dessine bien, toutefois, les contours d'une politique antisémite camouflée⁴². Lorsque, en septembre 1940, le gouvernement prend connaissance du projet d'ordonnance allemande concernant les juifs en zone occupée, la question du statut revient à l'ordre du jour et un texte est élaboré dans l'urgence. La loi du 3 octobre n'a donc pas été adoptée sous la contrainte de l'occupant mais dans une logique de concurrence face aux Allemands et face à l'opinion⁴³ ; les deux textes ont été préparés parallèlement, sans possibilité d'influence réciproque.

La première ordonnance allemande relative aux mesures contre les juifs du 27 septembre 1940 est rédigée en ces termes : « Sont considérés comme juifs [*gilt als Jude*] ceux qui

³⁸ Cette définition législative, qui fait échapper une grande partie des personnes issues d'unions mixtes à la qualification de « juif », trouverait son fondement dans les acquis « scientifiques » sur le caractère spécifique du sang italien et sur sa capacité à prévaloir sur les sangs allogènes dans tout croisement racial : voir Sophie Nezri-Dufour (article précité) qui renvoie à l'ouvrage de Silvia Falconieri, *La legge della razza* (op. cit.).

³⁹ *Les enfants de la colonie...*, op.cit., pp. 262-267.

⁴⁰ L'indigène n'a pas servi de modèle pour le juif, pas plus que le métis colonial pour le métis juif, écrit Emmanuelle Saada. Elle prend ici le contrepied de la thèse soutenue par Olivier Le Cour Grandmaison qui insiste au contraire sur le fait que les hommes politiques, le personnel administratif et les juristes ralliés à Pétain et qui ont contribué à la rédaction du statut des juifs – parmi lesquels Peyrouton et Barthélémy – avaient une bonne connaissance et une longue expérience du droit colonial qu'ils avaient appliqué ou enseigné (*Coloniser, exterminer. Sur la guerre et l'État colonial*, Fayard, 2005, pp. 262-271).

⁴¹ Voir notamment : Laurent Joly, *L'État contre les juifs. Vichy, les nazis et la persécution antisémite*, Grasset, 2018 ; Tal Bruttman, « Naissance d'une politique antisémite : Vichy, juillet-octobre 1940 », *Revue d'Histoire de la Shoah*, « Vichy, les Français et la Shoah : un état de la connaissance scientifique », 2020/2, n° 212, pp. 31-57 ; Tal Bruttman, *Au bureau des affaires juives. L'administration et l'application de la législation antisémite (1940-1944)*, La Découverte, 2006.

⁴² Laurent Joly, op. cit., p. 26.

⁴³ Tal Bruttman, « Naissance d'une politique antisémite », précité.

appartiennent ou appartenait à la religion juive, ou qui ont plus de deux grands-parents juifs. Sont considérés comme juifs les grands-parents qui appartiennent ou appartenait à la religion juive ». Si le critère des trois grands-parents juifs est repris de la législation nazie, on ne relève en revanche aucune référence formelle à la « race » non plus qu'à la notion de Mischling, tandis qu'une place centrale accordée au critère religieux.

La loi portant statut des juifs du 3 octobre 1940 dispose, elle, dans son article 1^{er} : « Est regardée 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 ». Elle a donc une portée plus large que le texte allemand qui exige au moins trois grands parents juifs. Par ailleurs le mariage, qui n'était pas évoqué dans l'ordonnance allemande, devient ici un critère d'appartenance au judaïsme pour les cas de filiation « mixte ». En revanche, l'appartenance religieuse ne joue aucun rôle⁴⁴. Et la question de savoir comment déterminer la race des grands-parents reste sans réponse.

L'ordonnance allemande du 26 avril 1941 est plus clairement basée sur la race et fait cette fois une place au critère du mariage, à l'instar de la loi du 3 octobre 1940. Ainsi : « Est considérée comme juive toute personne qui a au moins trois grands-parents de pure race juive [*Jude ist wer von mindestens drei der Rasse nach volljüdischen Großeltern abstammt*]. Est considéré *ipso jure* comme de pure race juive un grand-parent ayant appartenu à la communauté religieuse juive [*Als volljüdisch gilt ein Großelternteil ohne weiteres, wenn er der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat*]. Est considérée également comme juive toute personne issue de deux grands-parents de pure race juive et qui soit appartient à la communauté religieuse juive, soit a été ou est mariée avec un juif. En cas de doute, est considérée comme juive toute personne qui appartient ou a appartenu à la communauté religieuse juive ».

Le deuxième statut des Juifs édicté par la loi du 2 juin 1941 indique qu'est « regardé comme juif : 1^o 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 ». Elle apporte donc deux précisions par rapport au texte antérieur : d'une part, l'appartenance confessionnelle, dans le cas évoqué, n'a pas d'influence ; d'autre part le conjoint est considéré comme juif dès lors qu'il a deux grands-parents juifs. La loi confirme par ailleurs qu'est regardé comme juif : 2^o Celui ou celle qui appartient à la religion juive, ou y appartenait le 25 juin 1940, et qui est issu de deux grands-parents de race juive. Elle ajoute – ce qui suscitera une jurisprudence abondante et alimentera les controverses doctrinales mais qui n'est pas central pour notre propos – que « la non-appartenance à la religion juive est établie par la preuve de l'adhésion à l'une des autres confessions reconnues par l'État avant la loi du 9 décembre 1905 ».

Si la récurrence de l'expression « race juive » atteste l'intention des rédacteurs du texte de privilégier une définition à base raciale, on voit aussi qu'en l'absence de critère sûr permettant de reconnaître la race juive, force est de recourir à des éléments de présomption fondés sur la religion. L'hérédité est certes première : la race juive se transmet par les ascendants ; mais pour déterminer si les grands parents étaient juifs ou non, on édicte une présomption légale selon laquelle – pour les grands parents – l'appartenance à la religion juive fait présumer l'appartenance à la race juive. Et dans les cas de filiation mixte égalitaire, la religion, à nouveau, ou le mariage, selon que le conjoint est juif ou non, feront basculer dans l'une ou l'autre des catégories.

Contrairement à ce qu'on observe dans la législation allemande et la législation italienne, on relève que le mariage « mixte » n'est pas interdit ; il est même, pourrait-on dire, indirectement

⁴⁴ Le critère religieux ne permettrait pas d'atteindre les juifs qui n'ont aucun lien avec les communautés religieuses israélites et il ne manquerait pas de paraître, aux yeux de certains, comme un emprunt fâcheux à la législation allemande, lit-on dans un échange entre ministères visant à justifier ce choix (Tall Bruttman, *Au bureau des Affaires juives...*, *op. cit.*, p. 43)

encouragé puisque si l'on a deux grands parents juifs, avoir un conjoint non juif fait basculer du bon côté de la barrière raciale.

On constate enfin que ni la législation des autorités d'occupation, ni la législation de Vichy ne reprennent à leur compte la notion de *Mischling*. Du côté des Allemands, on peut penser que la peur du mélange n'avait pas de raison d'intervenir ici dès lors que la pureté de la race allemande n'était pas en jeu. Du côté de Vichy, l'objectif était avant tout de priver les juifs de toute capacité d'influence ou d'intervention dans la vie politique, économique ou sociale et de les rejeter aux marges de la société. L'obsession raciale était certes présente dans certains cercles, parfois influents, elle était entretenue par des anthropologues, tenant d'un antisémitisme « scientifique », qui ont même offert leur « expertise » au Commissariat général aux questions juives pour élucider les « cas litigieux »⁴⁵ ; mais ce n'est pas elle, au moins au départ, qui a guidé la politique de Vichy.

Enfin, à la différence de la législation fasciste, le critère de la nationalité n'est pas pris en compte. Ce sont au demeurant les juifs français qui vont subir le plus directement l'effet des mesures discriminatoires édictées, qui iront en s'aggravant à mesure que les années passent. Il y a donc bien, sur ce point encore, autonomie de la législation de Vichy.

Ceci n'exclut pas toute influence de la législation allemande, qui peut se manifester de façon indirecte et même inattendue. Ainsi, il arrive aux juristes français de s'y reporter pour proposer des solutions aux questions posées aux tribunaux. Ainsi, lorsque le tribunal correctionnel de Bergerac et la Cour d'appel d'Aix estiment que, face à une personne qui a deux grands-parents juifs, c'est au ministère public qu'il appartient de faire la preuve qu'elle est de religion juive et qu'il ne suffit pas, pour faire cette preuve, de constater qu'elle n'a pas adhéré au protestantisme ou au catholicisme, l'annotateur de ces arrêts tient à souligner que « cette solution est en concordance avec l'ordonnance allemande du 26 avril 1941 ». En effet, remarque l'auteur, aux termes du texte émanant de l'autorité occupante, l'intéressé qui a deux grands-parents juifs n'a pas à faire la preuve de son adhésion à une autre religion mais doit seulement prouver qu'il n'a pas appartenu à la communauté religieuse juive. Et d'ajouter que la jurisprudence suivie en Allemagne va dans le même sens, en exigeant « une manifestation positive extérieure de volonté pour conférer à un individu, qui a une ascendance mixte, la qualité de juif »⁴⁶.

Certains auteurs proposent même de prendre le droit allemand comme guide : « Lorsqu'il y a lieu de procéder à l'interprétation d'une disposition de la loi française en matière raciale, écrit l'un d'eux, il est tout de même permis de penser que le recours à la législation et à la jurisprudence allemande n'est pas sans intérêt pour celui qui cherche à voir clair dans un texte un peu obscur », ce qui l'amène à exposer les mesures prises en Allemagne à l'égard des métis juifs et figurant dans l'ordonnance du 14 novembre 1935, dont le but est de « créer une détermination nette par le sang entre les races aryenne et juive »⁴⁷. Dans cette même chronique, ainsi que dans une chronique ultérieure, il livre une analyse de la jurisprudence allemande qui, selon lui, indique aux tribunaux « la voie dans laquelle ils peuvent s'engager sans risque de déformer la pensée du législateur et en conformité avec les principes qui régissent les législation et jurisprudence raciales »⁴⁸.

La normalisation d'une législation d'exception : le rôle des juristes sous Vichy

⁴⁵ Le plus connu d'entre eux est Georges Montandon, dont l'ouvrage à succès : « Comment reconnaître le Juif ? » a notamment inspiré l'exposition de propagande sur « Le Juif et la France » organisée en 1941 en zone occupée.

⁴⁶ Note non signée sous Cour d'appel d'Aix, 12 mai 1942, *Dlle Weinthal*, et Trib. corr. Bergerac, 12 juin 1942, *Pierre Bloch*, *Gaz. Pal.* 1942-2, p. 41.

⁴⁷ Joseph Haennig, « L'incidence de la loi de séparation des Églises et de l'État sur la définition du métis juif », *Gaz. Pal.* 1942-2, p. 37.

⁴⁸ Joseph Haennig, « Quels moyens de preuve peuvent être fournis par le métis juif pour établir sa non-appartenance à la race juive ? », *Gaz. Pal.* 1943-1, doctrine p. 32

Les exemples que l'on vient de rapporter illustrent la facilité avec laquelle les juristes français se sont globalement⁴⁹ acclimatés aux dispositifs et aux concepts de l'antisémitisme légal qu'ils ont cherché à intégrer dans les catégories classiques du droit existant, concourant ainsi à la normalisation d'une législation d'exception.

Témoignent de cette acclimatation sans états d'âme apparents l'importance de la production juridique acritique consacrée au commentaire de la législation antisémite et la multiplication des monographies, des ouvrages de vulgarisation ou même de thèses de doctorat⁵⁰ portant sur la nouvelle législation. La mise en œuvre des mesures antijuives ayant donné naissance à un contentieux abondant, la doctrine emboîte le pas aux juges, se livrant à ce minutieux travail d'exégèse, d'interprétation des textes, de recherche de la volonté du législateur, d'analyse pointilleuse de la jurisprudence dont elle est friande. Parallèlement, le statut des juifs entre également et presque « naturellement » dans l'enseignement du droit⁵¹.

La lecture des écrits doctrinaux fait apparaître que les auteurs, lorsqu'ils commentent les textes ou discutent du bien-fondé des solutions jurisprudentielles, utilisent sans la moindre distance les catégories du législateur, voire les catégories de l'antisémitisme officiel par-delà les catégories légales. Il y a quelque chose d'irréel, de surréaliste même, dans cette façon d'éplucher les textes, de les confronter, de les interpréter en vue de déterminer dans quels cas le « métis juif » doit être considéré comme « aryen » ou au contraire comme « juif ». En jonglant avec les concepts antisémites, la doctrine va souvent au-delà de la lettre des textes. Ceux-ci, certes, parlent de « race juive », mais les critères de détermination de la race juive sont extrinsèques à la biologie. Or les auteurs non seulement semblent se couler sans effort dans le système de pensée du législateur et la logique antisémite qui le sous-tend mais ils ont recours à une problématique et une terminologie raciales là où la lettre des textes ne l'impose pas. Ils parlent, sans guillemets, non seulement des juifs mais « du » juif, de la « race aryenne », voire de la « race française »⁵², des « métis juif » ou des « aryens » – autant de termes qui ne figurent pas dans les textes. On peut lire encore que l'adoption, « ne créant qu'un lien purement légal, ne dénotant pas d'influence atavique, ne peut être considérée comme une cause de transmission de la race juive de l'adoptant »⁵³.

Le tribunal civil de Rabat ayant à se prononcer sur la question de savoir si doit être considéré comme juif un individu né de deux grands parents juifs, marié avec un non juif, mais n'ayant jamais adhéré à la religion catholique ou protestante, le rapporteur se livre à un long raisonnement qui contient notamment le paragraphe suivant : « [Pour qu'il soit considéré comme tel], il faut que cet individu hybride prouve par son appartenance à la religion juidaïque qu'il a conservé, malgré une origine mixte, un attachement tout spécial à la race juive. S'il n'est

⁴⁹ Nous disons « globalement » pour pointer une tendance très majoritaire sans pour autant prétendre que tous y auraient cédé et sans préjuger des motivations diverses qui ont pu pousser les auteurs à commenter les lois de Vichy. Les analyses qui suivent reprennent celles que nous avons développées plus longuement dans « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », précité ; « Écrire, se taire... Réflexion sur la doctrine française », in *Le Genre Humain*, « Le droit antisémite de Vichy », n° 30-31, Le Seuil, 1996, pp. 433-462.

⁵⁰ André Broc, *La qualité de juif, une notion juridique nouvelle*. La thèse est soutenue le 15 décembre 1942 devant un jury a priori prestigieux, composé d'Achille Mestre, Georges Scelle et Pierre Lampué. Elle est publiée aux PUF en 1943 sous le titre : *La qualification de juif*.

⁵¹ Silvia Falconieri, « Le "droit de la race". Apprendre l'antisémitisme à la faculté de droit de Paris » (1940-1944), *Clio Themis*, en ligne : <https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=1657>. Voir aussi Anne-Françoise Ropert-Précloux, « Qu'enseignait-on à la Faculté de droit à Paris ? Corporatisme et antisémitisme dans les cours et ouvrages (1940-1944) », *Le Genre humain*, « Le droit antisémite de Vichy », n° 30-31, Le Seuil, 1996, p. 413-432 ; Dominique Gros, « Le "statut des juifs" dans les manuels en usage dans les Facultés de droit », *Culture & Conflits*, n° 9-10, 1993.

⁵² Maurice Duverger évoque ainsi la distinction opérée par le législateur « entre les nationaux d'origine de race juive et les nationaux d'origine de race française » in « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 », *RDP* 1942, p. 277-539.

⁵³ E.H. Perreau in « Le nouveau statut des juifs en France », *JCP* 1941.I.216.

pas de confession juive les quelques liens ancestraux qui le rattachent encore à la race juive s'évanouissent devant ceux qui l'attachent désormais à la race aryenne, liens ancestraux égaux et lien conjugal [...]. Cet individu est dégagé de toute servitude raciale juive »⁵⁴.

Parallèlement, les juristes s'efforcent de réintégrer les concepts de l'antisémitisme légal dans les catégories traditionnelles du droit positif. La « race juive », assimilée à une banale question de nationalité ou de domicile, vient ainsi trouver sa place parmi les catégories connues du droit civil. Lorsqu'il s'agit de déterminer l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur les contestations relatives à la qualité de juif, les tribunaux judiciaires n'ont guère d'hésitation pour considérer l'appartenance à la race juive comme une question d'état, relevant par conséquent de leur compétence. Encore faut-il justifier cette affirmation, tâche à laquelle la doctrine s'attelle avec entrain et conviction. « La qualité d'israélite est, en somme, un nouvel éléments d'état civil s'ajoutant à ceux que la loi reconnaît déjà »⁵⁵. « Il nous paraît indiscutable que l'appartenance à la race juive soit une question d'état, écrit un autre auteur. Elle soulève avant tout une question de filiation, puisqu'elle résulte de la condition des grands parents à ce point de vue. Elle peut soulever en outre une question de preuve de mariage, dans l'hypothèse où l'appartenance à la race juive dépend de la condition du conjoint. Elle soulève en outre une question de religion, soit celle des grands parents, soit celle du conjoint, soit celle de l'intéressé ; c'est encore là une qualité de la personne, inséparable de celle-ci, comme la nationalité ou le domicile »⁵⁶.

C'est dans les cours de droit civil que l'exposé de la législation raciale trouve le plus souvent sa place⁵⁷, sans qu'il soit nécessaire pour autant de bouleverser les tables des matières : les catégories de race ou de juif viennent simplement s'ajouter à la liste des éléments définissant l'état des personnes ou les incapacités juridiques. Colin et Capitant, dans leur *Cours élémentaire de droit civil français* de 1943 abordent la question de l'état des personnes en expliquant que, « pour mieux consolider l'unité de notre pays, notre gouvernement a été amené à envisager la race comme un élément de l'état des personnes ». Julliot de la Morandière donne aux étudiants des indications sur les principales orientations jurisprudentielles et les étudiants sont invités à réfléchir à la technique qui préside à la détermination de l'appartenance à la race juive. Paul Esmein analyse l'articulation des critères de la race et de la religion : ses étudiants apprennent ainsi que, si la référence aux « traits physiques » se révèle un « critérium qui reste incertain », « la fréquentation des milieux juifs et les alliances par mariage » peuvent aider les juges dans la détermination de la personne appartenant à la race juive.

La législation antisémite doit le moins possible bousculer les schémas traditionnels. Ainsi, les commentateurs contestent-ils vigoureusement la thèse de l'administration qui prétendait considérer comme juif l'individu dont les grands-parents paternels étaient juifs mais dont la grand-mère maternelle était catholique et le grand-père maternel inconnu : non seulement ceci reviendrait à présumer que le grand parent inconnu était juif, et donc à interpréter les textes de façon extensive, objectent-ils, mais accepter une telle présomption contraindrait l'intéressé à faire la preuve que son grand-père maternel n'était pas juif, en contradiction avec les dispositions du Code civil qui interdisent la recherche de la paternité naturelle⁵⁸. La politique antisémite vient buter sur les sacro-saints principes édictés dans l'intérêt supérieur des familles que la doctrine n'est pas prête à sacrifier. Elle approuve donc la solution du tribunal correctionnel de Toulouse qui énonce : « Attendu, au point de vue de la loi civile qui régit la question d'état dont s'agit, que le tribunal n'a même pas à considérer qui a pu être le grand-

⁵⁴ Rapport sur Trib. civ. Rabat, 17 décembre 1941, JCP 1942.II.1800

⁵⁵ Joseph Haennig, « Quels moyens de preuve peuvent être fournis par le métis juif pour établir sa non-appartenance à la race juive ? » *Gaz. Pal.* 1943-1, p. 31.

⁵⁶ Edmond Bertrand, « Du contrôle judiciaire du dessaisissement des juifs et de la liquidation de leurs biens », *JCP* 1943.I.354.

⁵⁷ Nous empruntons ici à l'article précité de Silvia Falconieri, « Le droit de la race... ».

⁵⁸ E.H. Perreau, note sous Trib. corr. Toulouse, 22 décembre 1941, *Dorfmann*, JCP 1942.II.1800.

père maternel de Dorfmann et partant s'enquérir de sa race ou de sa religion ; qu'agir autrement serait méconnaître l'interdiction de la recherche de la paternité naturelle (éditée) dans l'intérêt supérieur de la famille [...] »⁵⁹.

*

La législation antisémite a essaimé au-delà des pays auxquels sont consacrés les développements qui précèdent pour gagner, à partir de 1937, une grande partie du continent européen. La Roumanie la Hongrie, la Slovaquie, la Pologne, la Bulgarie, la Croatie adoptent des textes fondés sur une conception biologique de la race juive, transmise par les parents et les grands-parents indépendamment de la religion, et incluant l'interdiction des mariages interraciaux⁶⁰.

Mais les usages de la notion de race ne se sont pas cantonnés, dans l'entre-deux guerres, aux législations ouvertement raciales. Le mot est fréquemment utilisé, y compris dans les régimes démocratiques, pour justifier l'introduction de mesures législatives inspirées des courants eugénistes et présentées comme visant à la « sauvegarde de la race »⁶¹. En France même, le décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, connu sous le nom de « code de la famille » et promulgué par la Troisième République finissante, contient un chapitre 3 intitulé « protection de la race ». Dans le rapport explicatif sont évoqués la nécessité de lutter contre les fléaux sociaux « qui constituent autant de dangers pour l'avenir de la race » ainsi que les « efforts pour constituer un race saine ».

La référence à la race va de pair avec l'extension du *jus sanguinis* aussi bien dans le champ du droit privé que du droit public : tandis que se renforce la dimension biologique dans l'établissement de la filiation, celle-ci tend à devenir un critère prioritaire pour définir l'appartenance à la nation.

Cette tendance qu'on pensait révolue peut ressurgir, comme en témoigne l'entreprise d'« ethnicisation » et même de « biologisation » de l'identité nationale à laquelle on a assisté en France au milieu des années 1980. Des voix à l'extrême droite ont évoqué la perspective d'un « génocide par substitution » sous le double effet de l'effondrement démographique européen et de l'afflux de population afro-asiatiques ou affirmé que l'immigration remettait en cause l'identité française dès lors qu'en l'absence de compatibilité entre l'identité du « receveur » et celle du « donneur », la « greffe » ne pouvait pas prendre. La proposition de supprimer le droit du sol ou tout au moins d'en réduire la portée pour redonner une place éminente sinon exclusive au *jus sanguinis* a été reprise à son compte par l'ensemble de la droite pour finalement aboutir, en 1993, à une réforme du code de la nationalité⁶². La mesure phare consistait à supprimer l'acquisition automatique de la nationalité française à l'âge de 18 ans pour les enfants nés en France de parents étrangers, qui devaient désormais manifester leur volonté de devenir français. La conception biologique de la Nation transparaisait clairement : la réforme instaurait une démarcation claire entre les Français « par le sang » et les autres ; elle signifiait que la naissance en France, même complétée par la résidence, ne suffisait pas à faire de vrais Français et que l'identité nationale se transmettait plus sûrement par les gènes que par l'école de la République et le simple fait du « vivre ensemble ».

Si le système antérieur a été rétabli, quoique non intégralement⁶³, en 1998, la controverse n'est pas éteinte et une partie de la classe politique n'a pas renoncé à remettre en cause le droit

⁵⁹ Trib. corr. Toulouse 22 décembre 1941, *Dorfmann, Recueil critique Dalloz*, 1942, jurisprudence, p. 53, note P. Chauveau.

⁶⁰ Michele Sarfatti, « La législation antijuive dans le contexte européen », précité.

⁶¹ Silvia Falconieri, « Le droit face à la race... », précité.

⁶² Danièle Lochak, Usages et mésusages d'une notion polémique. La référence à l'identité nationale dans le débat sur la réforme du code de la nationalité, 1985-1993, in *L'identité politique*, CURAPP-PUF, 1994, pp. 305-323

⁶³ Ainsi, la possibilité pour les parents de réclamer la nationalité française pour leurs enfants nés en France, qui permettait d'anticiper l'acquisition automatique à la majorité, n'a pas été rétablie intégralement : la

du sol, comme l'attestent les déclarations récurrentes en ce sens. À la lumière de l'expérience et des usages passés des catégories raciales dans le droit, il paraît juste d'appeler à la vigilance face à tout renforcement du droit du sang, même en l'absence de référence directe à la race⁶⁴.

réclamation ne peut intervenir que lorsque l'enfant a atteint l'âge de treize ans et non plus dès la naissance au motif qu'on peut juger de l'intégration d'un enfant de treize ans, mais non de celle d'un enfant en bas âge.

⁶⁴ En ce sens, Silvia Falconieri, « Le droit face à la race... », précité.