

Colloque

EN PRÉSENTIEL
ET EN DISTANCIEL



19 mars 2022 | 9h00-18h00

📍 Institut le Bel
4 rue Blaise Pascal
67000 strasbourg
Amphi 2

20 mars 2022 | 9h00-12h30

📍 Ordre des avocats
3 rue du Général Frères
67000 strasbourg
Salle Baumann

RACISME ET DISCRIMINATIONS LIÉES À L'ORIGINE

Mobiliser le droit contre le racisme :
quels leviers juridiques face aux discriminations
à raison des origines ?

organisé par le



Laboratoire
droit, religion,
entreprise et société | DRES
de l'Université de Strasbourg

partenaires



Faculté
de droit, de sciences politiques
et de gestion
Université de Strasbourg

Avertissement

Les contributions qui composent ces actes sont établies à partir des interventions effectuées lors de la première journée du colloque « Racisme et discrimination liées à l'origine » organisé par la commission discriminations et la section de Strasbourg du SAF en partenariat avec l'Université de Strasbourg et l'Ordre des Avocats au Barreau de Strasbourg, les 19 et 20 mars 2022.

Par définition, un colloque a pour objet de donner la parole à des intervenant.es qui, pour la plupart, n'interviennent qu'en leur nom propre. C'est la diversité de leur expression qui permet le débat et la réflexion.

Table des matières

Présentation , Nathalie GOLDBERG et Clara GANDIN, <i>avocates</i>	3
Propos introductifs. « Agir contre les discriminations liées à l'origine par le droit en France : défis passés et à venir » , Sophie LATRAVERSE, <i>juriste indépendante</i>	5
Table ronde 1 : Quelles stratégies face aux discriminations liées à l'origine au travail ?	12
« Retour sur la mobilisation collective des cheminots marocains de la SNCF » , Vincent-Arnaud CHAPPE <i>sociologue</i>	12
« Limites et perspectives du contentieux »	17
« L'exemple du dossier BRETEUIL, la reconnaissance d'une discrimination systémique des travailleurs maliens dans une entreprise du BTP », Aline CHANU, <i>avocate</i>	17
« Réflexions concernant le contentieux prud'homal en matière de discrimination liée à l'origine », Xavier SAUVIGNET, <i>avocat</i>	20
« L'identification de la discrimination raciale »	25
« L'identification de la discrimination raciale » - partie 1, Margaux LUCAS-NOWACKI, <i>doctorante à l'Université de Strasbourg</i>	25
« L'identification de la discrimination raciale » - partie 2, Nicolas MOIZARD, <i>professeur à l'Université de Strasbourg et à l'Institut du travail de Strasbourg</i>	32
Table ronde 2 : Quelles stratégies face aux discours de haine et injures racistes ?	38
« Race, droit, et lutte contre les discours de haine » , Lionel ZEVOUNOU, <i>maître de conférences en droit public</i>	38
« La judiciarisation du discours de haine raciste » , Jérôme KARSENTI, <i>avocat</i>	46
Table ronde 3 : Quelles stratégies face aux politiques publiques produisant des discriminations ?	60
« La nationalité française vit-elle encore le temps maudit des colonies ? » , Flor TERCERO, <i>avocate</i>	60
« L'exclusion sans fin des citoyens itinérants » , Nara RITZ, <i>coordinateur</i> , et Chloé LAILLER, <i>chargée de mission, à l'Observatoire pour les Droits des Citoyens Itinérant (ODCI)</i>	74
« Le contentieux des contrôles au faciès » , Slim BEN ACHOUR, <i>avocat</i>	81
Propos conclusifs , Clara GANDIN, <i>avocate</i>	98

Présentation

Nathalie GOLDBERG et Clara GANDIN, *avocates*

Le thème du racisme et des discriminations à raison des origines a connu une riche actualité depuis le meurtre de Georges Floyd par un policier aux Etats-Unis et la mondialisation consécutive du mouvement *Black Lives Matter* à l'été 2020.

Cette actualité est marquée tant par la prise de conscience du caractère systémique de cette forme particulièrement grave de discrimination que par la montée, en réaction, de discours de haine aussi dangereux que décomplexés.

En France, plusieurs réformes législatives inspirées par la droite la plus radicale ont considérablement porté atteinte aux libertés d'association, de manifestation, d'expression des convictions, au prétexte fallacieux de « *renforcer les principes de la République* ». Lesquels s'en trouvent, de fait, amoindris, ce qu'ont dénoncé le Défenseur des Droits comme la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH).

Dans les prétoires, le combat contre les discriminations dans les entreprises a connu des avancées majeures depuis le début des années 2000, notamment au travers du contentieux de la discrimination syndicale puis celui de la discrimination sexuelle. Mais la discrimination à raison des origines n'est que très rarement condamnée par la juridiction prud'homale : peu invoquée, difficile à plaider, difficile à entendre, insuffisamment comprise, imparfaitement jugée.

Dans ce contexte, il était devenu urgent d'organiser un temps de réflexion mêlant droit, sciences sociales et expériences concrètes afin de déterminer collectivement des champs et pistes d'action pour lutter plus efficacement contre ces atteintes insupportables à la dignité des femmes et des hommes issu.e.s des minorités visibles.

Ce week-end, organisé conjointement par le Syndicat des Avocats de France et l'Université de Strasbourg, avec le soutien de l'Ordre des avocats de Strasbourg, a pour finalité de mobiliser largement, au-delà des seul.e.s avocat.e.s et juristes, des militants associatifs, des sociologues, des universitaires, pour aborder sous un angle nouveau le contentieux qu'il nous revient d'alimenter dans la lutte contre le racisme et les discriminations à liées à l'origine.

Après les propos introductifs, Sophie Latraverse, ancienne avocate au Québec puis directrice du Défenseur des droits et actuellement juriste indépendante, évoque les défis posés par la lutte judiciaire contre les discriminations liées à l'origine en France.

Une première table ronde se penche sur les stratégies visant à combattre les discriminations raciales dans le monde du travail.

Vincent-Arnaud Chappe, sociologue, revient sur l'enquête qu'il a menée avec Narguessa Keyhani sur la mobilisation syndicale puis judiciaire des cheminots marocains contre la SNCF, et sur les conditions et acteurs qui ont permis d'aboutir à la reconnaissance des discriminations vécues en raison de leur nationalité. Il revient également sur les risques et écueils de ce type de mobilisations collectives, du rôle des syndicats au risque de mise à l'écart des plaignants, en passant par la question épineuse de la rétribution.

Puis, Aline Chanu et Xavier Sauvignet, avocat.es, partagent leurs retours d'expériences de dossiers en discrimination en lien avec l'origine : pourquoi aussi peu de cas sont-ils portés en justice ? quels sont les obstacles à la reconnaissance de la discrimination raciste ou liée à l'origine devant les juges ? quels outils juridiques, statistiques peut-on mobiliser pour construire ces dossiers ? quel avenir pour ce contentieux ?

Pour terminer ce premier échange, Nicolas Moizard, professeur à l'Université et à l'Institut du travail de Strasbourg, et Margaux Lucas-Nowacki, doctorante à l'Université de Strasbourg, s'attaquent à l'identification de la discrimination raciale. Ils reviennent sur les difficultés posées par cette identification et notamment par la définition des concepts et catégories en jeu (race, racisé...), en France comme à l'échelle européenne, ainsi que sur les techniques auxquelles les acteurs judiciaires ont recours pour établir et réparer ce type de discriminations.

Une deuxième table ronde donne à analyser les stratégies visant à combattre les discours de haine et injures racistes.

Lionel Zevounou, maître de conférences en droit public, aborde dans son intervention les raisonnements qui conduisent les juridictions à retenir ou exclure la qualification d'injure raciste d'un propos. En analysant quelques décisions jurisprudentielles récentes, il entend éclairer les motivations sous-jacentes, au-delà des raisonnements juridiques formels adoptés, qui amènent à rejeter toute « *signification ou portée ségrégationniste, discriminatoire, raciste ou raciale* » de propos largement dénoncés par une multitude d'associations antiracistes.

Jérôme Karsenti, avocat, s'attache quant à lui à étudier les limites de la judiciarisation des discours de haine racistes, à une période où la justice peine à appréhender et finalement à répondre aux mutations des discours racistes et à leur banalisation via les discours intentionnels et politiques que véhiculent une part croissante des médias. Face à la difficulté de faire reconnaître le caractère raciste de propos pourtant dénoncés collectivement par les associations antiracistes, il esquisse des pistes d'actions et de réflexions.

La troisième table ronde examine trois domaines de politique publique ayant pour effet de produire des discriminations, qu'il convient de révéler pour mieux les combattre.

Flor Tercero, avocate en droit des étrangers, se penche sur l'origine et l'évolution d'une discrimination raciste en matière de nationalité, les catégories juridiques racistes sur lesquelles le droit de la nationalité s'est appuyé et leur persistance dans la jurisprudence, laquelle permet également d'évoquer le caractère néo-colonialiste de la preuve de l'état des personnes. Elle évoque enfin l'application des normes supranationales en matière de nationalité comme piste juridique pour combattre ces discriminations, avant de conclure sur le « risque migratoire » comme avatar juridique du racisme contemporain.

Dans un deuxième temps, Nara Ritz et Chloé Lailier, respectivement coordinateur et chargée de mission pour l'Observatoire pour les Droits des Citoyens Itinérant (ODCI), exposent la manière dont les Voyageurs.euses font l'objet d'une multitude de préjugés qui occultent leur diversité et font obstacle à l'auto-détermination de leurs besoins et de solutions adaptées aux difficultés auxquelles ils font face. Les narratifs stéréotypés qui les entourent justifient, permettent et perpétuent des règles juridiques discriminatoires dans leurs principes comme dans leurs effets, qui aboutissent à une discrimination systémique intensifiée par la politique pénale répressive menée par les pouvoirs publics.

Enfin, Slim Ben Achour, avocat en première ligne dans la lutte judiciaire contre les « contrôles au faciès », ce profilage ethnique opéré par les forces de sécurité lors de « contrôles de routine » qui s'avèrent toujours viser les mêmes catégories de population et receler un caractère discriminatoire en raison de l'origine qui a finalement été reconnu par les juges. Il évoque les étapes de ce combat, la difficulté de prouver ces abus et leur caractère discriminatoire, le recours aux statistiques et aux études sociologiques, et enfin les perspectives de cette lutte et notamment l'action de groupe initiée en vue de contraindre les pouvoirs publics à agir contre ces contrôles.

Ces contributions pluridisciplinaires visent à initier, répandre, catalyser des réflexions et *in fine* des actions collectives pour lutter effectivement contre les discriminations liées à l'origine.

Propos introductifs. « Agir contre les discriminations liées à l'origine par le droit en France : défis passés et à venir »

Sophie LATRAVERSE, *juriste indépendante*

C'est un privilège d'introduire ce séminaire et de m'adresser à vous qui êtes au cœur de la mobilisation judiciaire contre les discriminations.

Il m'a été demandé de présenter mes observations suite au bilan des réalisations et difficultés de vingt années de lutte contre les discriminations fondées sur l'origine depuis la Directive 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹, publié par le Défenseur des droits en juin 2020².

Une anecdote. À mon arrivée en France à la Faculté de droit de l'Université de Nanterre en 1998, la première chose que mes éminents professeurs m'ont dit lorsque j'ai expliqué mon projet de m'engager dans une pratique professionnelle en droit des discriminations, c'est que le droit des discriminations, en France, cela n'existait pas !

C'était l'année du Traité d'Amsterdam et s'en est suivie, en 2000, l'adoption des Directives européennes sur les discriminations 2000/43 et 2000/78³ en Europe.

Mais retenons qu'à l'époque, d'éminents juristes spécialistes des droits de l'homme en France et en Europe considéraient que le droit des discriminations n'existait pas !

Et avant même l'adoption des directives, en 1998, mes recherches m'ont tout de suite permis de contredire cette affirmation après avoir constaté l'existence, en France comme ailleurs, de plusieurs textes qui interdisaient les discriminations : les directives européennes sur l'égalité Femme Homme des années 1970, 1980 et 1990, les articles 225-1 et 2 du Code pénal, depuis devenu célèbre, et l'article L122-45 du Code du travail, notamment... Ce à quoi on m'a répondu que ces textes étaient lettre morte, n'étaient pas invoqués par les avocats devant les tribunaux ou n'avaient pas eu de succès devant le juge français.

La question qui se posait au juriste et à l'avocat français en 2000 était donc celle de la mise en mouvement de ce droit...

I. Les débuts de la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine

Fin 1999, début 2000, les actions visibles se limitaient essentiellement aux *testings* réalisés par SOS Racisme pour agir sur la répression pénale d'un délit, quelques décisions de droit social éparses, concluant, sauf exception, à l'absence de preuve suffisante, et les prémices d'une percée en matière de discrimination syndicale, résultant d'un combat judiciaire long et complexe, notamment inspiré par l'approche proposée par le droit européen de la non-discrimination fondée sur le sexe.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:fr:HTML>

² Défenseur des droits, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, rapport publié en juin 2020 : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2020/06/discriminations-et-origines-lurgence-dagir>.

³ Infra notes 4 et 5.

En 2000, en France, pour les acteurs associatifs et judiciaires, les discriminations relèvent d'une matière de droit pénal.

Une première directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique⁴ est adoptée, soulevant l'épineuse question en France de la construction d'une catégorie juridique faisant référence à la race et à l'origine ethnique face à l'unicité de la nation et du genre humain. Puis, le Conseil de l'Union européenne a adopté, sous présidence française, l'égide et contrôle de la ministre du travail et des affaires sociales françaises, Martine Aubry, une deuxième directive 2000/78, le 29 juin 2000, sur les discriminations en matière d'emploi⁵.

À cette époque, la position politique de la France est qu'il ne faut pas judiciariser les discriminations, qu'il s'agit d'un sujet de société et qu'il faut donc plutôt changer les mentalités et réformer l'humain. L'approche sociologique des discriminations doit primer. La société ne se régule pas par les tribunaux. Cette vision très politique pose la norme comme un référent symbolique dont les moyens de mise en œuvre ne sont pas au cœur des enjeux.

C'est dans ce contexte que la France décide de transposer l'obligation imposée par la Directive 2000/43 de créer une agence indépendante de lutte contre les discriminations fondées sur l'origine par la création du GIP-GELD, une entité pas tout à fait publique, animant la recherche en sciences sociales, adossée à un numéro vert de signalements qui avaient vocation à être transmis en préfecture, sans ambition de mise en œuvre judiciaire.

Donc, première barrière en 2000, celle de l'attitude des pouvoirs publics, des acteurs et des intellectuels sur la place du droit dans la lutte contre les discriminations.

Mais l'un des tous premiers groupes de travail du GIP-GELD, en 2000, après celui sur les emplois fermés aux étrangers⁶ et celui sur l'accès au logement social⁷, fut celui animé par Marie-Thérèse Lanquetin sur le recours au droit dans la lutte contre les discriminations⁸, un programme posant les jalons d'une véritable ambition de mise en mouvement du droit.

Après avoir dressé le bilan des écueils de la procédure judiciaire et des recours initiés depuis l'adoption des directives européennes adoptées dans les années 70 en matière d'égalité Femme Homme, la conclusion de son rapport, qui avait fait grand débat à cause de son approche fondée sur la mise en œuvre du droit, affirmait la nécessité de surmonter ces difficultés en créant une

⁴ Op. cit. Note 1.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/error/authentication-required.html?callingUrl=%2Fhomepage.html&towardUrl=%2Fprotected%2Fsave-rss%2Fnotice-to-rss.html%3FlegalContentId%3Dcellar%3A27cc3913-6ba0-402c-8cdf-c5e1f7989673%26callingUrl%3D%252Feli%252Fdir%252F2000%252F78%26isAddNoticeRSS%3Dtrue%26celex%3D32000L0078>

⁶ Bataille P., rapporteur, « Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers », Note No. 1 du Conseil d'orientation, mars 2000, GIP-GED :

https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=1855

⁷ Simon, P. Rapporteur, Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social, Note No. 3 du Conseil d'orientation, mai 2001, GIP-GELD :

https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=1852

⁸ Lanquetin, M.-T., rapporteure, « Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations », Note No. 2 du Conseil d'orientation, octobre 2000, GIP-GELD : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004001846.pdf>

agence nationale indépendante de lutte contre les discriminations ayant vocation à assister les victimes dans l'accès au recours juridictionnel.

Parallèlement, on fait face en France à une situation particulière qui a un impact majeur sur la réception de ce droit nouveau : le grand privilège d'avoir, au préalable, un régime juridique très sophistiqué, la théorie de l'égalité, qui ne va pas de soi dans plusieurs pays et notamment les pays anglo-saxons. Ainsi, en France, le droit des discriminations n'arrive pas dans un espace vide. Il a face à lui un jardin à la française, une théorie qui a ses propres règles, sa propre grille de lecture, qui est totalement intériorisée par les citoyens à tous les niveaux de la culture politique, philosophique et juridique. Chacun estime comprendre l'égalité, la promouvoir tous les jours, et porte une conception personnelle et très construite de l'égalité, totalement divergente par rapport à la grille de lecture proposée par le droit des discriminations : l'égalité de traitement de tous.

Ce droit qu'il fallait mettre en mouvement devait donc surmonter le fait qu'il percutait en France certains postulats de la théorie de l'égalité. Il remettait en cause plusieurs de ses valeurs mêmes, et notamment celles des vertus de l'égalité formelle et de l'application uniforme de la règle. En bref, faire accepter aux acteurs et aux juristes que l'égalité veut aussi dire « reconnaître la nécessité de traiter différemment certaines personnes en situation différente par rapport à certains critères visés par la loi »⁹, un défi.

Enfin, toute la rhétorique du raisonnement du droit des discriminations repose sur la révélation de l'inégalité de traitement en s'éloignant de la preuve de la faute et du lien de causalité, par une mise en abîme de la comparabilité des résultats. Elle s'est construite outre Atlantique dans un univers judiciaire où le demandeur peut faire avancer son dossier avec les éléments de la partie adverse pour établir la réalité de l'inégalité de traitement, qui n'hésite pas à recourir au raisonnement inductif. La discrimination est inscrite dans le rapport à l'autre, à celui qui décide. Sa preuve requiert que le discriminant, mis en cause/ défendeur, partage les informations qu'il détient.

La transposition complète des directives, sur l'insistance de la Commission européenne, s'échelonne sur 8 ans et nécessitera l'adoption de trois lois. Après l'adoption de la loi du 16 novembre 2011 amendant notamment le code du travail et la loi sur la fonction publique, conférant une mission de traitement des signalements au GIP-GELD¹⁰, l'adoption de la loi du 30 décembre 2004¹¹ créant un organisme national d'assistance aux victimes de discrimination, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et la loi du 27 mai 2008¹², introduisant formellement dans la loi les définitions des discriminations directes, indirectes et du harcèlement discriminatoire. Or, Vincent Arnaud Chappe nous rappelle que les sociologues disent que la discrimination raciale, c'est le racisme en action. Pourtant, ce n'est pas que le racisme, qui lui est intentionnel. L'interdiction des discriminations promue par le droit de l'Union aujourd'hui vise aussi l'inégalité de traitement objective, systémique, sans auteur identifié, qui dépasse largement la faute intentionnelle.

⁹ Conseil d'État, Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État, « L'égalité des citoyens dans la République », Discours prononcé à l'École nationale de la magistrature, 29 novembre 2018 : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-egalite-des-citoyens-dans-la-republique-discours-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>.

¹⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000588617/>

¹¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000423967/>

¹² <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000018877783/>

II. La mise en mouvement du droit et la persistance de réticences

Au moment de mettre en œuvre le droit des discriminations en France, le premier enjeu pour le rendre opérationnel est de surmonter les questions liées à l'accès à la preuve. En 2000, le principe structurant de la procédure judiciaire pose l'exigence que le demandeur assume la charge de la preuve et ne puisse établir sa preuve avec les éléments de la partie adverse.

Les pouvoirs de la HALDE, puis du Défenseur des droits qui lui a succédé avec l'adoption de la loi organique du 29 mars 2011¹³, ont été construits pour trouver un moyen de faire une enquête qui puisse ensuite être versée au dossier de la cour pour soutenir l'accès au droit et surmonter cette difficulté de la preuve.¹⁴ Depuis, en grande partie grâce au combat d'Emmanuelle Boussard-Verrecchia et de tous ceux, ici présents, qui travaillent sur l'enjeu de l'accès à la preuve, la jurisprudence a beaucoup évolué sur ce sujet et on peut considérer vingt ans plus tard que ce défi est en bonne voie d'être relevé.

Toutefois, la mise en mouvement du droit dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine s'est heurtée à des réticences qui perdurent aujourd'hui.

En premier lieu se pose la question de la manipulation du faisceau d'indices et de la charge de la preuve. Cette difficulté tient au fait que dans la tradition civiliste, il faut prouver la faute ainsi que le lien de causalité entre la faute et le préjudice. La jurisprudence européenne a très clairement posé le principe selon lequel pour que le droit des discriminations soit opérationnel, il ne faut plus que le demandeur ait à prouver la faute et l'intention raciste, sexiste... ou l'intention de discriminer ou de commettre une inégalité de traitement. C'est pourquoi nous avons une définition de la discrimination proposant une grille de lecture permettant l'objectivation de l'inégalité de traitement et un aménagement de la charge de la preuve.

Mais cette possibilité de procéder par un raisonnement par présomptions est très lourde à déployer en droit civil parce qu'elle est perçue comme un allègement illégitime de la charge de la preuve du demandeur par tous ceux qui restent en défiance face au droit des discriminations et au cadre juridique européen.

On constate encore une difficulté intellectuelle à accepter le principe même d'une présomption réfragable. Le défi est de faire comprendre aux avocats et aux juges que le droit des discriminations entend permettre de poser des constats pour présumer la discrimination et de ce fait reconnaître jurisprudentiellement les indices qui mènent à un diagnostic posé jusqu'à preuve du contraire ... comme en médecine.

Dans ce contexte, il y a un vrai besoin opérationnel de s'interroger sur l'état des lieux de ces présomptions aujourd'hui pour réunir les conditions techniques opérationnelles pour faciliter le choix de s'en prévaloir et en consolider l'efficacité : si on fait le bilan de la jurisprudence, quelle est la cartographie de ce qu'il s'agit ou de ce qu'il suffit de prouver pour pouvoir transférer la charge de la preuve ?

Ce travail, qui requiert un investissement de recherche très fastidieux, n'est pas à la portée de tous dans les conditions difficiles dans lesquelles les avocats des demandeurs travaillent sur les discriminations en France.

¹³ Cf. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000023781167/>

¹⁴ Rapport de Bernard Stasi, *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : rapport au premier ministre*, La documentation Française, février 2004.

Autre difficulté, la mise en œuvre du principe de discrimination indirecte et de son potentiel diagnostic extraordinaire, qui permet de remettre en question des politiques, des décisions apparemment neutres, en fonction de leur résultat discriminatoire en lien avec un critère protégé. Cette partie du droit des discriminations peine encore à se déployer. Tous ceux qui prennent la parole sur le droit des discriminations omettent systématiquement cette dimension du cadre juridique, et notamment plusieurs défenseurs privés et publics qui, lorsqu'ils plaident en défense dans certains dossiers, s'en tiennent à essayer de mettre en échec et contester les preuves d'intention raciste avérée.

Quand on parle de droits et de lutte contre le racisme, il faut souligner que le droit des discriminations n'est pas tout le droit de la lutte contre le racisme, et inversement. Les injures, la prise de parole raciste et les facteurs aggravants des crimes et délits, ne relèvent pas du cadre juridique du droit des discriminations. Lorsque l'État s'engage à les réprimer, il ne traite pas du même objet, ne se mobilise pas sur les discriminations qui entravent la vie de millions de personnes et ne s'engage pas non plus sur l'évaluation de l'impact des organisations historiques, des structures sociales, des décisions humaines et des normes neutres sur le respect du droit à l'égalité de chacun.

Le droit des discriminations peut être un droit de la régulation, de l'intervention, du redressement, de la compensation des difficultés systématiques, organisationnelles, directes, du quotidien : c'est l'outil juridique qui doit permettre de faire évoluer la situation inégalitaire des groupes sociaux expressément identifiés et protégés par le droit.

L'enjeu aujourd'hui est de clarifier ce que peut le droit et ce qu'il ne peut pas. Quelles sont les conditions pour que le droit puisse ? Et quelles sont les réalités où l'état, les acteurs de la société civile, doivent, chacun à leur niveau, assumer leur responsabilité d'agir pour mettre fin à la reproduction des discriminations.

On peut dire qu'avec la création de la HALDE (qui dans la première version de sa loi constitutive en 2004 ne pouvait présenter des observations qu'à l'invitation du tribunal¹⁵), l'objectif était de créer une institution qui puisse servir de cheville ouvrière à la constitution du dossier et à la diffusion de la grille de lecture du droit des discriminations auprès des juges.

Le rapport du Défenseur des droits « Discriminations et origines : l'urgence d'agir » pose le constat que si le défi de mettre le droit en mouvement pour lutter contre les discriminations a été relevé, la mise en œuvre de ce droit devant les tribunaux fait toujours face à des difficultés majeures et, surtout, il montre que les discriminations fondées sur l'origine n'ont pas reculé en France depuis 2000.

L'objectif de ce rapport bilan, qui s'appuie sur des statistiques publiques incontestables, est de présenter la réalité aujourd'hui. Il nous montre que systématiquement, pour une recherche d'emploi, à compétence égale, une personne d'origine étrangère doit envoyer 3 fois plus de CV, qu'elle a 27% de moins de chance d'obtenir un premier rdv pour une recherche de logement, qu'elle est à 30% plus exposée au chômage, etc. Que l'éducation n'est pas toujours un facteur de correction des inégalités dans le système éducatif français et que les difficultés liées aux inégalités sociales et à la précarité se télescopent et amplifient les barrières auxquelles sont

¹⁵ Loi no 2004-1496 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, article 13.

confrontés les groupes discriminés. C'est ce que les chiffres nous montrent. La discrimination n'est pas une opinion : c'est une grille de lecture des faits.

III. Soutenir le pouvoir de transformation du droit

Le droit des discriminations peut avoir un impact de transformation très important. Pour donner son envergure au potentiel qu'il porte, et notamment à celui de l'action de groupe, il reste encore beaucoup de travail à faire et son déploiement requiert de renouveler la mobilisation.

Aujourd'hui en France, au niveau judiciaire, la lutte contre les discriminations n'est pas soutenue financièrement. Elle est portée par les victimes et l'engagement de leurs avocats.

Comment faire face considérant les moyens qui sont déployés à son encontre lorsqu'elle devient une menace crédible ?

Constatant qu'après 20 ans d'action judiciaire le potentiel de l'action en justice se trouve toujours confronté à des blocages importants qui requièrent des investissements intellectuels et stratégiques majeurs, nous nous sommes mobilisés avec des universitaires, des juristes et les avocats spécialistes du sujet, pour créer le Réseau pour Agir en Justice contre les Discriminations (RAJ-Discrimi).

Le Réseau fédère celles et ceux qui, par leur expertise, peuvent par un travail collectif contribuer à dépasser les blocages du droit, approfondir leurs approches, développer des outils et faciliter les interventions devant les tribunaux. L'association entend apporter une réponse à l'absence de soutien effectif aux recours des victimes devant les tribunaux.

Le Réseau entend surmonter l'isolement des juristes et soutenir intellectuellement et matériellement l'action judiciaire, notamment par l'appui à la construction de stratégies et d'argumentaires juridiques. Il propose un espace d'échanges et d'approfondissement thématiques autour d'expériences juridictionnelles et de recherches partagées pour les praticiens, praticiennes, experts et expertes. Pour ce faire, il organise des groupes de travail et des séminaires destinés à approfondir les connaissances et à construire des outils innovants au soutien des argumentaires juridiques. Il s'agit d'un espace de mise en relation des professionnels et acteurs de la lutte contre les discriminations dans le respect de leurs règles déontologiques.

Le Réseau entend aussi créer un fond de dotation pour soutenir financièrement l'action en justice dans les dossiers stratégiques exemplaires que son bureau d'experts sélectionnera à l'issue d'un processus de remontées et de sélection des dossiers à fort enjeu stratégique en lien avec les avocats et avocates et tous les acteurs et actrices de la société civile.

Le projet s'adresse donc aux victimes de discriminations, aux associations et aux professionnels qui les représentent pour organiser le travail sur l'ensemble du territoire et créer les conditions d'un service juridique de qualité, d'un accès au droit effectif et d'un développement du droit des discriminations à la mesure des enjeux.

Pour sa première année de fonctionnement, le Réseau a relevé le défi de réunir plus de 50 spécialistes couvrant toute la métropole et de mettre en place ses outils et modalités de travail

pour animer le réseau. Il doit encore s'étendre pour fédérer encore plus largement sur le territoire national et particulièrement en Outre-Mer.

Il a traversé une première phase d'organisation et de démarrage pour produire la structure, l'organisation, les outils de travail, et son travail en réseau est déjà amorcé. Son approche est légère et dématérialisée. Il a lancé des travaux et séminaires pour que ses membres se donnent des objectifs partagés, il a identifié les sujets prioritaires sur lesquels s'investir comme l'insuffisance de l'indemnisation des dommages, les blocages du recours administratif, les difficultés de preuve des discriminations, le recours aux sciences sociales dans la preuve en première instance ou comment mobiliser efficacement la discrimination indirecte, toujours peu mobilisée par les acteurs judiciaires.

Mais ultimement, dans un contexte où l'enjeu reste celui de produire une qualité de travail juridictionnel à la mesure de l'envergure du sujet, le Réseau n'atteindra ses ambitions que s'il réussit à réunir les fonds nécessaires pour soutenir le travail en réseau et l'investissement dans les dossiers stratégiques requis pour que toutes les potentialités du travail juridique se réalisent et produisent l'impact que porte le principe de non-discrimination.

Table-ronde 1 : Quelles stratégies face aux discriminations liées à l'origine au travail ?
--

« Retour sur la mobilisation collective des cheminots marocains de la SNCF »

Vincent-Arnaud CHAPPE, *sociologue, chercheur au CNRS, membre du Centre d'étude des mouvements sociaux-EHESS.*

Bonjour à toutes et tous, merci de cette invitation qui m'honore. Cette présentation présente un regard sociologique sur les pratiques judiciaires de lutte contre les discriminations au travail, et s'appuie donc sur une enquête de terrain. Notre objectif – à ma collègue Narguesse Keyhani et moi-même – a été de comprendre les conditions de possibilité de ce qui nous a paru être un « miracle social », une action politique et judiciaire incroyable où 850 cheminots marocains ont tenu tête à l'énorme entreprise qu'est la SNCF, ont gagné devant les tribunaux et ont obtenu une réparation financière conséquente. Nous avons utilisé la méthode ethnographique, qui a consisté à suivre la mobilisation au plus près, à assister aux réunions, aux procès, aux permanences juridiques, à consulter les archives, etc. Cette recherche a été financée par le Défenseur des droits et a abouti à la production d'un rapport conséquent¹⁶. Ce n'est pas proprement une analyse juridique même si nous avons pris au sérieux les arguments juridiques formulés par les acteurs mobilisés.

I. La chronologie de la mobilisation

Pour la résumer, cette mobilisation a duré entre 10 et 15 ans. Elle a commencé au début des années 2000 et s'est finie en 2018. Ces cheminots sont recrutés dans les années 70 à l'étranger et parce qu'étrangers, et vont avoir une position contractuelle qui va avoir des effets néfastes sur leur carrière et situation professionnelle.

1. Les premières remises en question du statut spécifique des travailleurs marocains

Au début des années 1970, deux mille jeunes hommes marocains vont être recrutés par la SNCF au Maroc parce que l'entreprise ne trouve pas suffisamment de main d'œuvre en France. Ils vont être amenés en France sans indication sur leur point de chute. Pour le personnel cheminot, il existe normalement un statut particulier de « cadre permanent » qui offre des avantages et des droits : des possibilités d'évolution de carrière, des cotisations à la caisse de la SNCF avec la possibilité de partir plus tôt à la retraite et des facilités de circulation qui continuent après la retraite. Ce statut est conditionné par deux choses :

- Une limite d'âge (qui a changé) : avoir moins de 30 ans au moment du recrutement,
- Avoir la nationalité française (la citoyenneté européenne désormais).

¹⁶ Chappe Vincent-Arnaud et Keyhani Narguesse, 2021, *La mobilisation collective des cheminots PS25 contre la SNCF : dynamique et tensions d'une action judiciaire groupée*, Paris, Défenseur des droits. Adresse : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actualites/2021/04/action-de-groupe-lepopée-collective-de-848-cheminots-mobilises-contre-la-sncf>.

Ces jeunes hommes étant marocains, et donc non français, ils ne peuvent pas devenir cadres permanents et sont donc recrutés en temps qu'« auxiliaires » : c'est un statut caractérisé par une amplitude de carrière plus faible, par une cotisation au régime général (donc une entrée à la retraite plus tardive) et par des droits absents (comme les facilités de circulation post retraite). Ce statut va entraîner des carrières relativement plates, des pensions de retraite moins élevées et un traitement général moins bon. Ces inégalités sont vécues comme des injustices et vont être dénoncées.

Les premières remises en question de cette situation datent du début des années 1980, à travers des plaintes individuelles et localisées pour des refus de formation par exemple. Mais c'est au tournant des années 2000 que ces plaintes prennent une ampleur collective. En 1999, une association est créée (Ismailia) pour les cheminots originaires du nord-est de l'Île-de-France, et propose à l'origine de l'aide pour l'apprentissage de la langue, l'aide aux devoirs, etc. Elle est présidée par un cheminot qui va jouer ensuite un rôle central : Ahmed Katim.

Cette association devient un lieu de réception de plaintes (pas au sens juridique), dans la mesure où, au début des années 2000, les cheminots les plus âgés vont commencer à arriver à la retraite et se rendre compte des pensions qui sont très faibles par rapport à celles de leurs collègues français. Cette association se mobilise en adressant des lettres aux ministres et à la direction de la SNCF pour dénoncer cette situation. Surtout, cette association va s'associer à des nouveaux acteurs et notamment à des sections syndicales, ce qui est rendu possible parce que certains membres de l'association (dont Ahmed Katim) sont syndicalisés voire délégués de Force Ouvrière.

2. L'apport des organisations syndicales dans la mobilisation

Du côté des organisations syndicales, la CFDT Cheminots notamment s'était rendu compte dès les années 1980 du problème. Les organisations l'avaient appréhendé, non comme une problématique propre aux travailleurs étrangers, mais comme relevant plus largement des inégalités entre statutaires et contractuels. Ils vont continuer à se mobiliser sur cet angle-là plus que sur celui des discriminations.

La mobilisation décolle avec la rencontre de Bob Frahlia, militant à Sud Rail, qui s'intéresse à cette affaire. Bob se met en relation avec Ahmed Katim. Ils vont effectuer ensemble un travail de repérage, pour recenser les cheminots concernés. Ils vont ensuite contacter Sud Rail et notamment avec Dominique Malvaud pour convaincre la Fédération de l'intérêt de cette cause. Cela va réussir notamment parce qu'ils arrivent à mobiliser 150 cheminots marocains à la Bourse du travail de Paris et montrer à la Fédération que c'est un vrai enjeu. Il y a ensuite des rendez-vous mensuels et des actions fortes : manifestations, interpellations du Président, occupation du siège de la SNCF, etc. Cette stratégie fonctionne et ils obtiennent l'ouverture de négociations.

En 2004, il y a donc des négociations entre les syndicats et l'entreprise qui vont aboutir à la signature d'un accord leur permettant d'obtenir certains droits :

- Les facilités de circulation
- La pré-retraite entre 55 et 60 ans tout en continuant à cotiser pour la caisse générale

Pour Sud Rail c'est une vraie victoire, mais pas pour les cheminots marocains dans la mesure où les accords ne traitent ni du passé ni de l'ampleur de la discrimination cumulée sur le long terme. Ils vont décider de continuer la lutte, mais devant le conseil de prud'hommes de Paris, notamment à partir de 2007/2008/2009, en atteignant progressivement un total de 848 demandeurs. Ahmed Katim recontacte Sud Rail mais le syndicat estime que ce combat n'est plus leur ressort désormais.

La mobilisation d'abord syndicale devient donc ensuite une mobilisation purement judiciaire. Cela nécessite de substituer aux compétences syndicales des compétences juridiques et judiciaires, pour se mouvoir dans cet univers complexe qu'est la justice et construire un argumentaire entendable. Des avocats vont se succéder mais également un professeur de droit marocain nommé Abdelkader Bendali qui propose son aide et devient une figure tutélaire de la mobilisation, en jouant notamment un rôle de pivot entre l'association et les avocats.

Ces 848 demandeurs vont être répartis en 18 groupes, qui vont se succéder entre 2012 et 2014 pour les audiences de conciliation, jugement et départage, celles-ci ayant été regroupées sur toute une semaine en mars 2015. Le même argumentaire va être plaidé en boucle, témoignant de l'inadéquation de l'institution judiciaire devant cette action collective. Le Conseil des prud'hommes de Paris va statuer le 21 septembre 2015 en faveur des cheminots. La SNCF va faire appel, l'audience se tenant en mai 2017 sur deux jours. La décision de la chambre sociale intervient le 31 janvier 2018, avec la reconnaissance d'une discrimination liée à la nationalité pour un très grand nombre de requérant. Elle procède à un calcul de réparation fondée sur la méthode Clerc avec l'introduction d'un raisonnement probabiliste sur les chances sur les chances obliérées de carrière.

II. Les leçons de la mobilisation

C'est un cas historique, une forme de victoire de David contre Goliath, qui constitue un marqueur important dans les mobilisations post coloniales en France. Mais au-delà de ce constat, on peut dégager cinq points de réflexion :

1. Sur la place des syndicats

Les médias ont expliqué que l'action s'est faite sans les syndicats alors que ce n'est pas le cas. Ils ont permis au groupe de se consolider et de se mobiliser. Les ressources apportées par les syndicats dans la phase judiciaire ont été importantes notamment les possibilités d'avoir des locaux, d'avoir accès à une imprimante, une logistique, etc. Ils ont également apporté des connaissances sur le fonctionnement de l'entreprise.

En même temps, le soutien a été ambivalent entre la méfiance et la franche hostilité. Certains militants craignaient le « *communautarisme* » de cette action ou qu'elle aboutisse à une fragilisation du statut des cheminots. Cela montre l'incomplète légitimité de la cause de la lutte contre les discriminations à l'origine dans l'agenda syndical.

2. Le rapport entre les professionnels du droit et les plaignants

L'entrée dans le procès a été une incursion dans un univers très particulier : l'arène judiciaire. Les règles sont complexes, les argumentaires moraux doivent devenir juridiques, et cela nécessite une délégation de la mobilisation aux personnes compétentes. La question en

retour est la place allouée au requérant dans ce processus et surtout leur capacité d'agir et de décider. Le caractère problématique ici était qu'il y avait un nombre massif de plaignant ce qui les a tenus à l'écart de leur propre procès. Ils étaient peu au fait de l'agenda et des enjeux (même si la mise à l'écart n'était pas totale, notamment pour un petit groupe plus directement mobilisé). L'univers judiciaire et juridique nécessite des compétences spécialisées mais nécessite aussi de trouver des moyens de rendre la mobilisation plus horizontale, plus égalitaire, avec une forme de participation des plaignants aux décisions qui les engagent. Le risque est que sinon le procès devienne une dépossession plutôt qu'une restauration de leur dignité.

3. La question de l'argent et de la rétribution

Dans les questions de discriminations à la carrière, la question est celle de la réparation intégrale du préjudice : des sommes importantes sont donc en jeu. Mais ce qui est rarement abordé est la question de la rétribution des avocats mobilisés. Ici, cela a été un point de tension qui a fini par déchirer le collectif. Il y a eu une sorte de tabou dans la mobilisation sur la question de l'argent, comme si le caractère bénévole de l'action initiale et syndicale avait perduré. Ce non-dit n'a pas été tenable jusqu'à la fin et l'argent est devenu une source de conflit, concernant la répartition du travail entre les professionnels du droit et donc leur rétribution respective. Certains ont été plus fidèles à tel ou tels acteur, ce qui a créé des conflits. Cette question compte parce qu'elle remet un intérêt financier dans une cause qui est d'abord morale. Elle s'oppose à cette logique d'engagement militant et donc bénévole. Pourtant, c'est un enjeu de taille pour les avocats pour qu'ils puissent continuer de se mobiliser. Cela ne peut pas être renvoyé à des arrangements plus ou moins informels, sources de conflits.

4. La question de la discrimination raciale

Le cas des cheminots marocains ne relève pas que de la discrimination à la nationalité, mais également de la discrimination raciale/liée à l'origine, dans la mesure où les cheminots continuent de vivre des discriminations même lorsqu'ils sont naturalisés. Ils subissent des présomptions d'incompétence liées à leur origine, qu'ils ne vont pas pouvoir manager ou se former, qu'ils ne pourront pas devenir cadre ni contremaître. Ils subissent également une forme de méfiance par rapport à ce qui serait un risque de « communautarisme ».

On voit comment ces questions de nationalité s'entrecroisent avec celles de l'origine et que c'est une fiction de dissocier les deux comme le droit essaie parfois de le faire. Des militants associatifs salariés de la SNCF (et issus eux-mêmes de l'immigration) ont essayé d'explicitier cette question et de faire des ponts entre les cheminots marocains et les populations les plus jeunes issues de l'immigration au sein de la SNCF. Le Défenseur des Droits, représenté par Slim Ben Achour, a évoqué à l'audience un racisme intergénérationnel et a donc mis les pieds dans le plat.

Cela n'a pourtant pas fonctionné : cette affaire n'a été à mon avis victorieuse que parce qu'elle était adossée au critère juridique et objectif de nationalité. Cela pose la question de la stratégie à aborder face aux discriminations racistes.

5. Le rapport au collectif et au politique

Comment sortir de la logique du cas par cas et de la seule réparation du passé qui ne suffit pas à être un vrai levier d'action ? C'est un problème qui d'abord a été géré par les avocats, par exemple Emmanuelle Boussard-Verrecchia. Certaines stratégies ont été mises en œuvre : le

rapprochement des cas différents, monter en généralité, engager des rapports de force, etc. Pour les cheminots marocains, cela a été ambigu parce que l'affaire était collective mais les professionnels du droit ont refusé de donner un cadrage trop politique pour éviter une surmédiation. Cette affaire est restée déconnectée de la lutte antiraciste. Il y a donc un sentiment mitigé à son issue.

Plus largement, comment faire en sorte que les entreprises mettent en œuvre une politique préventive contre les discriminations racistes ? Il n'y a évidemment pas de leçon miracle sinon celle de s'appuyer sur des acteurs qui ont l'habitude des actions collectives, notamment les syndicats et les associations. L'action de groupe pourra devenir très importante mais une autre inquiétude subsiste : est-ce qu'elle se substituera-t-elle à une émergence des luttes par le bas, sur le terrain ? Cela implique une réflexion forte sur cette question.

« Limites et perspectives du contentieux »

Aline CHANU et Xavier SAUVIGNET, *avocats*

I. L'exemple du dossier BRETEUIL, la reconnaissance d'une discrimination systémique des travailleurs maliens dans une entreprise du BTP (Aline CHANU)

L'absence d'émergence des dossiers de discrimination raciale est la première limite. Il y a peu de contentieux au regard de l'enjeu de cette question et du nombre de cas.

Les limites sont aussi dans nos têtes et celles des Juges. Nous devons tous lutter contre nos biais de compréhension, nos préjugés, nos croyances pour arriver à appréhender les situations de discrimination. Il est encore difficile devant certaines juridictions de plaider ces dossiers, d'autant que les notions sont souvent mal maîtrisées, comme celle de discrimination indirecte.

Les limites financières sont aussi importantes parce que la construction de ces dossiers suppose justement une déconstruction et donc beaucoup de temps, beaucoup de travail. Ce sont des dossiers qui font généralement intervenir des parties qui ont peu de finances, et l'avocat est rarement rémunéré à hauteur du travail fourni.

Malgré ces difficultés, et en en tenant compte, il arrive que le combat pour la reconnaissance de la discrimination raciale aboutisse à une victoire judiciaire. Je souhaiterai partager avec vous un retour d'expériences sur le dossier BRETEUIL qui a conduit le Conseil de Prud'hommes de Paris, dans un jugement du 17 décembre 2019, à reconnaître la discrimination systémique en raison de l'origine et de la nationalité (critère qui renvoie à la situation de vulnérabilité du fait de la situation irrégulière sur le territoire des salariés) qu'avaient subie vingt-cinq travailleurs sans-papiers maliens dans le secteur du BTP.

1. La condamnation d'un « système organisé de domination raciste »

Dans sa décision, le Conseil de Prud'hommes de Paris relève qu'*« il apparaît que tous les travailleurs maliens étaient des manœuvres assignés aux tâches les plus pénibles du chantier, à savoir les travaux de démolition consistant à casser les murs et les plafonds à la masse, dans des conditions extrêmement dangereuses »*. Il indique que *« chaque groupe est ainsi prédestiné à certaines tâches et cela, non en fonction de ses compétences réelles, mais semble-t-il uniquement en fonction de son origine, origine qui lui attribue une compétence supposée, l'empêchant ainsi de pouvoir occuper un autre positionnement au sein de **ce système organisé de domination raciste** »*.

La motivation est claire et constitue une avancée.

Le Conseil de Prud'hommes de Paris continue en indiquant que l'analyse de ce système pyramidal au sein du chantier, à la lumière des travaux du sociologue Nicolas Jounin, permet de caractériser l'existence d'une discrimination systémique en termes de rémunération, d'affectation, d'évolution professionnelle à l'égard de ces vingt-cinq travailleurs.

La société ayant été liquidée, nous avons en face le mandataire liquidateur – qui n'est pas venu à l'audience – et l'AGS. Cette dernière développait une argumentation que l'on peut qualifier de classique pour les employeurs mais qui, dans ce dossier, confinait à l'absurde. Il était soutenu que nous n'apportions pas les éléments de comparaison au sein de l'entreprise pour prouver la discrimination, tout en se prévalant du fait que tous les travailleurs de l'entreprise étaient dans la même situation et que, de ce fait, ils ne pouvaient pas être discriminés.

Comment sommes-nous sortis de cette impasse et comment sommes-nous arrivés à convaincre les Juges ? Les difficultés et les obstacles ont été surmontés grâce à un combat et une réflexion commune qui ont mobilisé différents acteurs.

2. La mobilisation de l'ensemble des acteurs

D'abord, il y a évidemment les travailleurs. C'est leur courage et leur détermination qui nous ont poussés. Ce dossier débute en septembre 2016 par une grève avec une occupation jour et nuit du chantier pendant un mois, à la suite d'un accident du travail. Les conditions étaient absolument indignes et un des travailleurs était tombé d'un échafaudage qui était rafistolé avec du fil électrique. Quand il était au sol, le chef de chantier a dit à tout le monde de partir. Les travailleurs ont refusé et ont appelé les pompiers. La police et l'Inspection du travail sont arrivés ainsi que la CGT, en la personne notamment de Maryline Poulain. La CGT a été un appui déterminant dans ce dossier notamment par le biais des caisses de grève, par la logistique mais aussi par la gestion politique et syndicale du dossier.

L'Inspection du travail a été un acteur majeur. Elle a sollicité tous les documents utiles de l'entreprise et de la société donneuse d'ordre puisqu'évidemment, nous sommes sur un chantier de BTP avec la traditionnelle cascade de sous-traitance. Elle a mené une réelle enquête au cours de laquelle elle a auditionné les travailleurs et les dirigeants, ce qui a abouti à un procès-verbal de plus de 270 pages. Elle y relève notamment les infractions suivantes : travail dissimulé, absence d'équipements adaptés mais aussi des conditions de travail indignes. Son PV retranscrit en partie les dires des dirigeants de la société, et c'est là qu'est née, pour nous, la problématique de la discrimination raciale. Souvent, dans ces dossiers, l'employeur tente de se défendre en prétendant ne pas connaître ses salariés, et c'est ce qu'a tenté ce dernier en déclarant à l'Inspection : « *ils se ressemblent tous* ». Ces propos racistes sont confirmés par les travailleurs qui racontent que le gérant leur disait : « *tu te démerdes, si t'es pas content, tu dégages, y'en a beaucoup* » ou « *si tu as un problème, on trouvera quelqu'un d'autre* ». Le rapport de l'Inspection du travail a ainsi joué un rôle important.

Nous avons complété ces propos par des attestations des salariés eux-mêmes et par leurs témoignages à l'audience. C'est aussi ce qui a, à mon sens, permis la compréhension du dossier par les magistrats. Les témoignages oraux et écrits des salariés nous ont permis de faire comprendre que l'approche collective et systémique de la discrimination est la seule pertinente parce que l'individualité et l'humanité de chacun ont été niées. Ce que révèle l'Inspection du travail est que ces travailleurs ont été considérés comme un collectif uniforme dont les composantes sont interchangeable et peuvent être remplacées à tout moment. On ne peut pas être dans une logique individualisée de la discrimination avec des comparaisons, seule l'approche collective permettait d'appréhender la situation dès lors qu'ils n'étaient pas considérés en tant qu'individus par leur employeur.

L'absence totale de respect de la réglementation en matière de santé et de sécurité, relevée par l'Inspection, nous a également permis de caractériser la discrimination comme un système organisé et institutionnalisé, système d'ailleurs très rentable pour ceux qui le mettent en œuvre puisqu'ils ne paient pas de cotisations sociales, ne respectent pas les minima salariaux, n'achètent pas d'équipements de protection, etc. Nous avons ainsi plaidé que c'est bien l'ensemble des atteintes aux droits qui, prises dans leur ensemble, est constitutif d'un traitement discriminatoire. Il me semble que cet aspect offre des perspectives.

Le Défenseur des droits est également intervenu et a conclu par une décision du 19 avril 2019 (n°2019-108) à l'existence d'une discrimination systémique. Cette décision s'appuie sur les travaux de Nicolas Jounin, qui est sociologue et qui a fait une thèse sur le sujet¹⁷. Ce sont aussi ses travaux qui nous ont permis de démontrer qu'il y avait une hiérarchie des emplois sur un chantier avec une sous-évaluation de certains, en l'occurrence les tâches liées à la démolition. Cette hiérarchie des tâches recoupe une hiérarchie ethnique. Il y a donc une considération hiérarchisée d'un groupe en fonction de ses origines supposées.

Nicolas Jounin décrit dans sa thèse une gestion raciste de la main d'œuvre dans le BTP qui répond aux quatre facteurs retenus par Madame Pécaut Rivolier, Conseillère à la Cour de cassation, pour définir la discrimination systémique¹⁸ :

- Les stéréotypes et préjugés sociaux et raciaux,
- La ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégorie,
- La sous-évaluation de certains emplois,
- La recherche de la rentabilité économique à court terme.

Sur la base des travaux sociologiques, nous avons pu débattre lors de l'audience des préjugés coloniaux et post-coloniaux. Il décrit que la main d'œuvre d'origine malienne est considérée comme docile et suffisamment robuste pour effectuer les travaux les plus pénibles. Ces travailleurs ne sont pas seulement affectés mais aussi maintenus dans ces emplois : il n'y a aucune perspective d'évolution. Nicolas Jounin a mis en évidence la somme et la répétition des actes ayant pour effet de stigmatiser et dévaloriser ce groupe. Il démontre que l'effet produit sur ce groupe n'est pas ponctuel mais récurrent et donc systémique.

Nous avons donc demandé au Conseil de Prud'hommes de s'extraire de la logique classique de la comparaison, de la logique individuelle des dossiers de discrimination, pour analyser la place du collectif des vingt-cinq travailleurs au niveau d'un secteur d'activité qui est celui du bâtiment. Nous avons demandé au Conseil de Prud'hommes qu'il réfléchisse sur un système de domination ancré, historique, parfois inconscient mais qui permet de soumettre ce groupe dominé à des traitements discriminatoires.

En conclusion, c'est bien les efforts syndicaux, politiques et conceptuels d'acteurs divers qui ont permis cette victoire.

¹⁷ Nicolas JOUNIN, *Chantiers interdits au public. Enquête parmi les travailleurs du bâtiment*, La Découverte, 2009.

¹⁸ Rapport sur les discriminations collectives en entreprise de 2013.

II. Réflexions concernant le contentieux prud'homal en matière de discrimination liée à l'origine (Xavier SAUVIGNET)

1. Constats quant à l'existence de limites certaines

Quel regard porter sur le contentieux judiciaire des discriminations liées à l'origine ? La principale observation, partagée par l'ensemble des acteurs du secteur, est que le contentieux est beaucoup trop faible au regard de l'importance du phénomène de la discrimination raciale aujourd'hui en France.

Pour vous donner une idée de l'ampleur de ce phénomène, je vous invite à lire le rapport 2020 du Défenseur des Droits « *Discriminations et origines : l'urgence d'agir* », dans lequel démonstration est faite de la prévalence des discriminations fondées sur l'origine qui affectent la vie de millions d'individus, met en cause leurs droits les plus fondamentaux, ainsi que la cohésion sociale.

Pourquoi alors, face à un tel phénomène, les prud'hommes sont si peu saisis et les condamnations sont si rares ?

Il y a d'abord l'explication « psychologique » régulièrement avancée, avec notamment l'auto-censure et la question de la révélation de la discrimination qui, en matière de discrimination raciale, intervient plus difficilement peut-être que pour les autres critères discriminatoires. Ces biais tendent à se résorber, notamment avec la prise de conscience de l'existence de discriminations raciales systémiques dans le sillage de l'affaire Georges Floyd aux Etats-Unis.

Il y a ensuite l'explication « sociologique », avec notamment l'éloignement physique et social (et parfois une défiance) des personnes victimes vis-à-vis de l'institution judiciaire et, plus généralement, du monde du droit.

Il y a enfin des explications « systémiques » qui sont à trouver du côté du monde judiciaire : ce sont les biais, les préjugés, les méconnaissances ou idées reçus des professionnels de la justice en France. Il existe des freins à tous les niveaux :

- Lors de l'analyse des dossiers par les confrères et consœurs, que ce soit au niveau du diagnostic de la discrimination comme dans l'élaboration des stratégies judiciaires pertinentes. On se rend compte que cette matière est encore trop peu intégrée dans les parcours de formation initiale et continue, et donc encore trop méconnue ;
- Dans la méconnaissance des règles relatives à l'utilisation des statistiques, dont la doxa répète à l'envie que « les statistiques ethniques sont interdites en France », alors que la méthode statistique est parfaitement autorisée dès lors que l'on respecte quelques grands principes ;
- Dans la perception des juridictions, qui, face à cette discrimination particulièrement grave, ont le réflexe de réclamer l'existence d'une volonté discriminatoire. On nous oppose régulièrement dans les prétoires que l'employeur ne serait pas raciste « intentionnellement ». Tout l'enjeu est de faire comprendre qu'en réalité, cela ne nous intéresse pas de savoir si le racisme est conscient ou pas : la question est de savoir si l'employeur, par son action ou sa passivité, ne produit pas des *effets discriminatoires*.

C'est le principe contenu dans la notion de « discrimination systémique », qui est en train d'émerger petit à petit.

Ce sont ces freins et blocages « institutionnels » qu'il nous faut adresser pour que nous, professionnels du droit, ne soyons plus les relais du déni de justice observable à l'heure actuelle. Il nous faut pouvoir accompagner le mouvement social et offrir un débouché judiciaire adapté à ces luttes qui se font jour pour l'égalité non plus seulement en droits, mais dans les faits.

2. Perspectives quant aux différents modes de preuve selon les formes de discrimination

J'ai choisi, pour présenter des perspectives directement opérationnelles, d'établir une typologie des formes de discrimination à raison des origines, pour ensuite présenter les modes de preuve propres à chaque type. Dans ma pratique contentieuse, j'en distingue de quatre types :

- La discrimination à l'embauche ;
- Le phénomène des parois de verre, c'est à dire la ségrégation professionnelle ;
- Le phénomène de plafond de verre, c'est à dire la disqualification des personnes racisées à un certain niveau de classification ;
- Le harcèlement raciste.

Première remarque sur cette typologie, on observe rapidement que les formes de discrimination à raison des origines sont très proches de la discrimination sexuelle (et plus éloignées de la discrimination syndicale). Nous le verrons, ces deux motifs discriminatoires sont aussi assez semblables s'agissant de leurs modes de preuves. L'intérêt ici est de faire se confronter les méthodes probatoires classiques utilisées notamment en matière de discrimination syndicale et sexuelle (exemples : la méthode Clerc, l'analyse des bilans sociaux, etc.) pour évaluer si elles sont ou non pertinentes dans la discrimination à raison des origines.

S'agissant de la discrimination à l'embauche, c'est le contentieux le plus établi mais aussi le plus lourd à mettre en œuvre pour plusieurs raisons.

D'abord, au civil, aucune juridiction n'a encore admis le principe de réparation en nature consistant à forcer le contrat d'une personne qui fait la démonstration d'une discrimination à l'embauche. Cet état de fait nous vient de la théorie générale des obligations : on ne peut pas forcer un contrat lorsqu'il n'y a pas eu de rencontre des volontés. Il est néanmoins possible de considérer que le principe de la réparation intégrale, notamment en nature, implique de compenser la discrimination par le forçage du contrat avec la personne qui en a été victime. J'invite donc mes confrères et consœurs à faire ce type de demande, même s'il n'y a pas d'exemple jurisprudentiel, et si bien entendu le client en est d'accord. C'est une voie à défricher.

Plusieurs autres pistes de réflexions existent au sujet des modes de preuve sur ce contentieux civil, notamment l'« *auto-testing* ». Concrètement, un candidat malheureux, recalé sur une offre d'emploi, décide de retenter sa chance en ne modifiant dans son CV que son nom et son adresse (pour en effacer la consonnance maghrébine). Par un heureux hasard, il est cette fois présélectionné sur le poste... Preuve que ce qui a joué dans le choix du recruteur est bien la consonnance de son nom et non pas sa qualification.

Autre piste d'action, l'utilisation de l'article 145 du code de procédure civile qui permet d'ordonner à l'employeur la transmission des noms et prénoms des candidats à l'embauche et

les noms et prénom des salariés sélectionnés (notamment dans le cadre des plans d'embauche multiples).

S'agissant maintenant du contentieux pénal, les seuls dossiers portés devant les tribunaux le sont par les associations antiracistes. On estime que 90/95% des dossiers se gagnent soit sur l'existence de critères discriminatoires contenus dans l'annonce elle-même (exemple : « FR » pour « français ») soit sur des documents internes qui ont fuités par un lanceur d'alerte et qui démontrent qu'il y a une politique raciste à l'embauche.

Au pénal, la preuve est libre et peut donc être déloyale ; en un sens, cela facilite le travail de démonstration de la discrimination. Mais en corolaire, l'aménagement de la charge de la preuve qui existe au civil est exclue en droit pénal, au profit de la présomption d'innocence. Autre limite, seuls certains actes peuvent faire l'objet de poursuites selon l'article 225-2 du Code pénal : l'embauche, les sanctions, le licenciement. Ce qui limite aussi le champ de la répression dans le domaine de la discrimination.

S'agissant du phénomène de la paroi de verre, c'est à dire la ségrégation professionnelle, autrement dit la discrimination systémique. L'exemple le plus flagrant est celui du BTP : comme Aline CHANU vient de nous en faire la démonstration, les salariés sont affectés à des missions selon leur origine ethnique, les salariés d'origine sub-saharienne étant toujours positionnés sur des fonctions de démolition. C'est ce qui a donné sa superbe décision du le Conseil de prud'hommes de Paris en décembre 2019.

Autre exemple, dans le dossier du Moulin Rouge en 2003, la preuve a été rapportée par l'inspection du travail que 100% des serveurs en salle étaient des personnes blanches et 100% du personnel en cuisine était d'origine non européenne. Démonstration avait par ailleurs été faite que cela résultait d'une politique consciente de la part de l'employeur, avec pour philosophie « *cachez ces noirs que nous ne saurions voir* ». La condamnation, à l'époque, fut assez lourde. La façon dont est rédigée la décision est intéressante puisqu'on parle de « *race noire* », qui aujourd'hui est une expression que nous n'employons plus, à raison.

La question, en termes d'administration de la preuve, dans ce type de dossier, tient à l'impossibilité de construire un panel de comparaison au regard de l'équivalence des conditions à l'embauche. Pour mémoire, les panels de la méthode Clerc (développée dans les dossiers de discrimination syndicale) sont élaborés à partir des salariés embauchés en même temps et au même niveau de qualification que le salarié qui se dit discriminé. Or, en matière de ségrégation professionnelle, toutes les personnes embauchées sur le même poste et au même moment sont aussi racisées : opérer d'après ce schéma reviendrait donc à comparer la situation des personnes racisées entre elles, ce qui n'a absolument aucun sens.

C'est l'impasse dont parlait Aline tout à l'heure : il faut donc faire un zoom arrière, prendre de la distance pour appréhender la situation globale dans l'entreprise, secteur par secteur, et via l'analyse « onomastique » (étude des noms propres). Pour cette analyse, je vous renvoie à la lecture d'un rapport conjoint entre le Défenseur des Droits et la CNIL, édité en mars 2012 et intitulé « *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances, guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi* ». Il y est dit très explicitement qu'il est possible de faire des analyses « ethniques » (qui portent mal leur nom) dans certaines conditions, et notamment à partir de l'étude onomastique, pour évaluer l'ampleur de la discrimination et en déceler les manifestations (et parfois les causes).

Il y a eu une application récente dans le dossier Kronenbourg que j'ai pu commenter pour l'Humanité dernièrement. Dans cette espèce, un salarié de 62 ans avait cumulé, en 30 ans, 177 contrats courts chez le brasseur Alsacien qu'il accusait de discrimination raciale devant le Conseil de prud'hommes de Savernes. Le Défenseur des Droits est intervenu, dans un dossier parallèle (mettant en jeu une même discrimination raciale), pour comparer les embauches en CDD et CDI sur une période allant de 2012 à 2020. Le Défenseur a observé qu'aucune des personnes embauchées en CDI sur la période ne portait de nom consonance maghrébine, contre 17 embauches en CDD (sans compter les contrats d'intérim, sur lesquels la proportion de noms à consonance était encore plus importante). Le Défenseur des droits a conclu dans son courrier du 4 février 2022 (dossier 20-015447) que cette analyse permet de déceler un traitement différent en lien avec l'origine et / ou le patronyme entre des candidats à une embauche, ce qui constitue une présomption de discrimination à l'embauche. Le Défenseur des droits fait par ailleurs référence à une décision fondamentale sur ce sujet : Cassation, Chambre sociale, 15 décembre 2011, Airbus (pourvoi n°10-15873). Ici, la Cour d'appel de Toulouse avait admis l'analyse onomastique, décision validée par la Cour de cassation. Si même la Cour de cassation nous le permet...

L'autre façon de faire de la statistique « légalement » est l'analyse des données globales de l'entreprise (bilans sociaux et rapports de situation comparée) pour voir si le salarié est ou non dans la moyenne des rémunérations des salariés de sa catégorie. Cette utilisation est parfaitement possible en matière de discrimination sexuelle, puisque les données sont genrées, ce qui en facilite grandement l'analyse. Plusieurs décisions ont retenu, encore récemment, la pertinence de tels raisonnements en matière de discrimination sexuelle (CA PARIS, 28 janvier 2021) ou bien de discrimination syndicale (CA PARIS, 8 décembre 2021). Un tel raisonnement est donc parfaitement possible, *mutatis mutandis*, pour les discriminations liées aux origines.

S'agissant maintenant du plafond de verre, qui est le parcours de personnes issues des minorités et qui, par la force de leur travail et de leur talent, vont très vite s'extraire de leur secteur d'embauche et intégrer un milieu professionnel sans diversité et dans lequel les individus racisés sont vus comme des « intrus ». Dans un dossier du cabinet, le salarié, très travailleur, a si bien performé qu'il est arrivé au COMEX de son entreprise, une grande banque européenne. Pour lui, c'était une forme de consécration. Or, arrivé là, il était le seul racisé (nous avons les trombinoscopes qui le montrent), et découvrirait rapidement être le seul à ne pas bénéficier de tous les avantages attachés à sa position (avantages en nature, en carrière, en salaire).

Dans ce contexte, impossible de faire de panel « méthode Clerc » car tous ses collègues de même niveau à l'embauche étaient restés sur des postes avec moins de responsabilités. Utiliser cet outil, qui permet de répondre aux situations de « plancher collant » vécues par les syndicalistes, n'est pas pertinent. Il faut donc passer sur la comparaison dite « *à travail égal, salaire égal* » de l'article L. 3221-4 du Code du travail pour venir se comparer aux pairs du COMEX. Avec le risque d'ajouter de la confusion entre les fondements textuels...

S'agissant enfin du harcèlement discriminatoire raciste, qui est malheureusement encore trop répandu. Ce sont des blagues racistes, des commentaires islamophobes, etc. Là encore, la comparaison avec le harcèlement sexuel d'ambiance s'impose. Il faut ici utiliser notamment une décision de la Cour d'appel d'Orléans qui est la première à avoir repris cette notion le 7 février 2017 (RG 15/02566) avec l'intervention du Défenseur des droits. Il y a une autre décision plus récente du Défenseur des droits du 15 janvier 2021 (2021-027) concernant une

discrimination *intersectionnelle* puisqu'il était question de discrimination en raison du sexe ET de l'origine...

En conclusion, il est important de connaître l'histoire judiciaire de la discrimination pour pouvoir dégager les outils d'analyse et de preuve qui ont été développés par les avocats – je pense notamment à Emmanuelle Boussard-Verrecchia, qui a été pionnière dans ce domaine – et validés par la jurisprudence.

Il est aussi et surtout nécessaire d'adapter sans cesse ces outils pour coller aux faits et les croiser avec les méthodes des sciences sociales pour en retirer des arguments pertinents et convaincants, pour faire vivre ce contentieux et qu'enfin refluent les discriminations raciales dans le monde professionnel.

« L'identification de la discrimination raciale » - partie 1

Margaux LUCAS-NOWACKI, *doctorante à l'Université de Strasbourg*

I. De la statistique ethnique à la discrimination raciale, des mots à choisir pour les maux à décrire

Avant de nous lancer, une mise en garde. La présentation à venir est celle d'une non-juriste et c'est déjà presque une excuse pour partager l'état de réflexions balbutiantes qui ne sont pas celles d'une experte mais plutôt d'une apprentie. Une apprentie qui espère contribuer de son regard au sujet qui nous réunit aujourd'hui.

Ma recherche porte sur la construction d'une statistique ethnique européenne et s'intitule « *La fabrique de la mesure : outil pratique et compromis dans l'élaboration d'une statistique ethnique en Europe* ». Pour rester brève, disons que si la statistique de la Commission européenne s'est emparée de bien des domaines, de nomenclatures professionnelles jusqu'au comptage des sans-abris, la pratique de la statistique ethnique en Europe s'illustre par une grande variété. Pour reprendre sa devise, l'Union est bien « unie dans la diversité ». Ce sont aussi les compréhensions des catégories qui divergent entre Etats européens. C'est donc à ce travail d'harmonisation, de construction des équivalences¹⁹, que je m'intéresse.

Ce laboratoire de compromis n'est pas sans enjeu : la Commission Européenne a récemment souligné²⁰ qu'en l'absence d'une statistique ethnique européenne unifiée et harmonisée, il lui était impossible de mesurer tout à fait l'application et les effets de la directive RED (Racial Equality Directive – 2000/43/EC) de 2000.

Si les catégories statistiques du recensement diffèrent entre les Etats, les enquêtes européennes connaissent aussi leurs propres contradictions²¹. Lorsqu'il est question d'identité, les termes pour définir une population changent d'une enquête à l'autre. Ainsi :

- Dans l'**Eurobaromètre de 2019**, la question SD2 demande aux enquêtés s'ils se pensent appartenir à l'un des groupes suivants : « minorité ethnique, minorité en termes de couleur de peau, minorité religieuse, être Rom, une minorité sexuelle ».
- Dans la **European Values Study**, dès 2017, le répondant est invité à s'identifier uniquement selon son origine en indiquant son pays de naissance, celui de ses parents et la langue de l'entretien.
- Dans sa rubrique « Sociodémographie », la **European Social Survey** invite l'enquêté.e à « *décrire son ascendance* » (en anglais « *ancestry* ») en sélectionnant deux catégories

¹⁹ Desrosières Alain, « Chapitre 7. La qualité est-elle la condition de l'harmonisation européenne ? [1] », dans : *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, sous la direction de Desrosières Alain, Paris, La Découverte, « Sciences humaines », 2014, p. 122-149

²⁰ FARKAS Lilla, « Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity », Directorate General for Justice and Consumers, European Commission, 2017

²¹ Qu'elles soient menées et portées par les institutions européennes ou non. A titre de précision, l'Eurobaromètre est mené par la direction Eurostat de la Commission européenne tandis que l'EVS et l'ESS sont l'œuvre de consortiums universitaires.

maximum. Diverses, elles désignent tantôt des nationalités (« French »), des aires géographiques (« North American ») ou des combinaisons de nationalité et de religion ou de couleur de peau (« Black Canadian », « Greek Muslim »). En revanche, dans sa rubrique consacrée à l'immigration, la même enquête demande en 2014 au répondant de se prononcer sur ce qui lui semble être le critère d'éligibilité le plus opportun pour l'entrée sur le territoire d'un immigré. Ces critères sont : « être blanc », « avoir une éducation chrétienne », « parler la langue du pays », « avoir reçu une éducation de qualité », « être déterminé à adopter le mode de vie du pays d'accueil », « détenir les compétences professionnelles utiles au pays d'accueil ». Au-delà de leur orientation (très) problématique, on peut s'étonner qu'au moment de se qualifier les répondants n'aient pas à définir leur couleur de peau ou leur éducation religieuse, si ces critères sont ceux qui faciliteraient l'intégration d'étrangers.

- Enfin, l'**International Social Survey** de 2013 propose au répondant d'indiquer son appartenance à un groupe ethnique. En France, les répondants peuvent renseigner une aire géographique, en Belgique s'ils vivent en Flandres, dans la région de Bruxelles ou en Wallonie, au Royaume-Uni, s'ils sont noirs d'origine africaine, caribéenne ou autre, asiatiques (indiens, pakistanais, bengalis, chinois ou autre) ou « blancs de n'importe quelle origine ». La blancheur est ici une catégorie englobante et générale qui ne connaît pas de particularisme.

A lire la grande variété des termes utilisés, on comprend déjà la difficulté des Européens à se comprendre, mais également les définitions instables et sensibles que recourent les catégories mobilisées. Lorsqu'il est question de discrimination raciale, la même diversité de mots est à l'œuvre. Les textes, comme la jurisprudence, témoignent de la sémantique contrariée.

S'agissant des termes employés, il paraît opportun de retracer l'historique de la « race » et de « l'ethnie ». Avant la seconde guerre mondiale, la race était en Europe synonyme de « groupe national ». Le terme « origine ethnique » n'était pas utilisé en droit et n'avait pas de force légale. Les minorités nationales étaient protégées au sein des Etats européens suite aux recompositions territoriales occasionnées par la première Guerre mondiale et les mesures prises par la Société des nations en ce sens. Néanmoins, la reconnaissance de l'existence de minorités nationales n'a pas permis la protection de minorités sans Etats (Juifs et Roms) au cours du XXe siècle. C'est alors que l'origine ethnique a semblé davantage capable d'inclure et de protéger tous les types de minorités, après la Seconde guerre mondiale, à l'heure où il n'était plus question de penser l'existence de principes biologiques de division de la population par races mais toujours possible de considérer la persistance de stéréotypes fondés sur la race.

II. Quels sont les mots du droit pour décrire et qualifier la discrimination raciale ?

Mon propos (et l'historique qui vient de le précéder) se base sur la lecture et l'analyse du rapport du Réseau européen d'experts sur l'égalité de genre et la non-discrimination. Riche de 178 pages, il a été réalisé en 2017 et se consacre aux jurisprudences de la CJUE et de la CEDH.

La Convention européenne des droits de l'Homme de 1950, en son article 14 sur la lutte contre les discriminations, interdit les discriminations fondées sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou d'autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. L'ethnie est absente de la liste des motifs.

La directive 2000/43 sur l'égalité raciale du Conseil européen adoptée le 29 juin 2000 en son article 1 précise sa vocation à lutter contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique en vue de mettre en œuvre dans tous les Etats membres le principe de l'égalité de traitement. Adoptée tardivement, elle résulte de la mobilisation menée par *The Starting Line Group*, une coalition de 400 organisations (ONG, syndicats, universités et autres). Toutes demandaient que l'UE se dote d'instruments pour combattre les discriminations raciales et religieuses. La société civile a été cruciale à l'arrivée de cette directive.

Alors que l'article 14 de la CEDH tente de dresser la liste de tous les motifs de discrimination, la directive sur l'égalité raciale de l'Union européenne renonce à faire la liste des groupes concernés par le racisme. Ainsi, les discriminations commises sur un motif religieux seraient comprises comme étant des discriminations raciales car elles seraient le symptôme d'une altérisation plus vaste.

Les jurisprudences de la CJUE et CEDH sont venues préciser quelque peu les contours de ce qui était compris dans l'ethnie ou la race. La CEDH reconnaît une discrimination chaque fois qu'elle implique un traitement différencié sans justification objective et raisonnable de personnes dans des situations pourtant similaires. La Cour a précisé sa compréhension de l'ethnie dans le jugement *Timichev contre Russie* rendu le 13 décembre 2005. En l'espèce, les autorités russes avaient refusé à M. Timichev l'entrée sur le territoire en raison de son origine tchéchène. La Cour a énoncé que « *l'ethnicité et la race sont des concepts qui se chevauchent, aussi la discrimination fondée sur l'ethnicité réelle ou perçue est une forme de discrimination raciale* ».

Cette interprétation de la race comme un concept englobant l'origine ethnique ne satisfait pas le Réseau européen d'experts en égalité de genre et non-discrimination précité. L'ethnie serait à comprendre comme les traits culturels particuliers d'une communauté (langue, religion, pratique, coutume), tandis que la race qualifierait davantage des caractéristiques physiques. Or, penser que « *l'ethnicité et la race se chevauchent* » reviendrait à essentialiser des traits culturels : à inscrire systématiquement une culture dans une couleur de peau alors qu'il faudrait justement s'appliquer à les en détacher.

Pour la CJUE, les concepts d'origine ethnique et raciale contenus dans RED sont composites. En 2017, la CJUE avait été sollicitée huit fois au total pour l'interprétation de la directive RED. Les jurisprudences ont permis de préciser ce que ces notions recouvraient.

- Dans *Jyske Finans* (06.04.2017), la Cour décide que le lieu de naissance d'une personne ne peut pas justifier seul une présomption d'ethnicité. Le requérant était bosniaque et avait acquis la nationalité danoise. Au moment de contracter un prêt bancaire pour l'achat d'un véhicule d'occasion, il lui a été demandé d'apporter des éléments de preuve additionnels de son identité. Sa partenaire danoise, issue de parents danois, ne fait pas l'objet d'une même requête. Pour la Cour, l'origine ethnique ne peut pas être appréciée sur la base du seul critère du lieu de naissance mais sur la conjonction de différents éléments.
- Dans l'affaire *Galina Meister* (C-415/20, 19.04.2012) dans laquelle il était question d'un entretien et d'une discrimination à l'emploi sur la base du sexe, de l'âge, de l'origine raciale ou ethnique, le juge a estimé que le fait que le nom de la requérante soit

de consonance étrangère était suffisant pour que le cas soit porté devant la CJUE au nom de la directive RED.

- Dans *Feryn* (10.07.2008), un employeur belge s'était vanté lors d'un discours qu'il avait toujours refusé d'embaucher des travailleurs d'origine marocaine ou d'étrangers sans que ne soit mentionné le nombre exact ni l'identité des personnes lésées. La CJUE a estimé que l'absence de plaignant identifiable ne signifiait pas qu'il n'y avait pas eu de discrimination directe à raison de l'origine. Comme l'écrit l'organisation Unia, « dire que l'on va discriminer, c'est déjà discriminer »²².

La nature composite de la race peut avoir des conséquences sur la qualification de la discrimination. En l'absence d'une concordance de motifs dans une pratique d'apparence neutre, le cas est qualifié de discrimination indirecte. C'est notamment le cas chaque fois qu'il est question de langue minoritaire :

- Dans l'affaire *Runevic-Vardyn* (C391-09, 12.05.2011), dans laquelle les autorités lithuaniennes avaient refusé de traduire dans la langue maternelle d'un résident polonais les documents de son état civil, la CJUE a estimé qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte à raison de l'origine ethnique.
- Dans le cas *Orsus et autres contre Croatie* (15766/03, 16.03.2010), des enfants Roms avaient été placés dans des établissements spécialisés dans lesquels le volume horaire de cours était moins important. La raison invoquée était que leur maîtrise de la langue officielle d'enseignement était insuffisante. Si la CEDH estime bien qu'il y a eu une violation de l'article 14, elle juge la discrimination indirecte en raison de l'origine ethnique.

III. Qu'en est-il du droit des Etats membres ?

Si le droit européen a été transposé dans les Etats membres, ces opérations ne se sont pas faites uniformément. Les traditions et histoires nationales continuent de peser dans la compréhension des concepts et leur mobilisation.

Pour ce qui est de l'ethnie et de la race, elles ne sont que rarement définies. Seuls la Suède et le Royaume-Uni s'essayaient à fournir une définition précise des situations qualifiables de discrimination raciale. Au Royaume-Uni, l'*Equality Act* entré en vigueur le 1^{er} octobre 2010 dispose qu'une discrimination raciale apparaît lorsqu'une personne est traitée différemment en fonction de sa couleur de peau, de sa nationalité, de son origine ethnique ou nationale. Les groupes ethniques sont identifiés grâce au spectre BAME (Black Asian and Minority Ethnic).

A l'inverse, en France, l'ethnie est perçue comme une euphémisation de la race. Il n'existe pas de groupes ethniques inscrits dans les textes, ils doivent émerger par auto-identification. Dans 16 Etats de l'Union européenne (dont la France, la Belgique, la Grèce, l'Irlande, Chypre et la Slovaquie), il n'existe pas de lois relatives au statut des minorités ethniques et nationales.

²² <https://www.unia.be/fr/articles/affaire-feryn-dire-que-lon-va-discriminer-cest-deja-discriminer-10-juillet-2008>

Le Comité chargé de la surveillance et du respect de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination (Convention des Nations Unies entrée en vigueur le 4 janvier 1969) note régulièrement des manquements des législations domestiques à préciser le spectre de la discrimination raciale. En voici quelques-uns :

- En Lettonie : le fait que la race ne soit pas qualifiée précisément conduirait à des interprétations restrictives ou à l'abandon de la race comme motif de discrimination au profit de l'indigence sociale, lorsqu'il est notamment question des discriminations de populations pauvres et racisées.
- En Allemagne : les confusions entre xénophobie et discrimination raciale, ainsi qu'entre « différences culturelles » et « diversité ethnique » seraient trop nombreuses.
- Au Luxembourg, le Comité déplore que la définition de la discrimination raciale contenue dans la loi du 28 novembre 2006 sur l'égalité de traitement ne comprenne pas les critères d'origine nationale, de couleur ou de descendance.

Devant les spectres divers et parfois insuffisants de termes compris dans les différentes lois censées permettre la lutte contre les discriminations, l'auteur du rapport préconise de s'inspirer de la pratique autrichienne. En Autriche, les tribunaux ont privilégié un spectre large de protection autour du concept « d'assignation ethnique ». Il s'articule autour des critères de citoyenneté, d'expérience de migration ou de perception d'étrangéité. Cette approche lui semble opportune à protéger efficacement les populations minoritaires, tout en luttant contre des discours essentialisants.

De même, les membres du groupe d'experts regrettent que la référence à la descendance soit si peu utilisée en Europe continentale, au profit de l'origine ethnique ou raciale. La descendance permettrait selon eux de prendre en compte dans l'examen de l'affaire les systèmes de stratification sociale du pays d'origine des requérants. Cela a notamment été le cas dans l'affaire *Chandhok contre Tirke*. La Cour d'Appel du Tribunal du Travail du Royaume-Uni a qualifié de discrimination raciale l'exposition d'une femme indienne travaillant dans une famille indo-britannique à de mauvais traitements parce qu'elle appartenait dans son pays à la caste des servants.

La couleur et la descendance permettent ainsi d'interroger les perceptions des parties discriminantes. Les condamner contribue à lutter publiquement contre les préjugés. A l'inverse, l'origine ethnique ou raciale demandent d'être rapportées à des éléments objectifs d'appartenance de la personne discriminée, au risque parfois de contribuer à perpétuer les amalgames. En matière de contentieux européens, les auteurs alertent sur l'importance de toujours contextualiser les analyses afin de considérer le cumul de vulnérabilités de certaines populations, au regard de l'histoire de la construction sociale des groupes exposés aux stéréotypes et de leurs ségrégations.

Ainsi, qu'il s'agisse de statistiques ethniques ou de discriminations raciales, on a vu combien les termes utilisés divergent. Si les corpus législatifs, jurisprudentiels et académiques s'étoffent, la sémantique ne gagne pas en simplicité, ni en unanimité, au point que l'Union européenne fasse appel à des cabinets de conseil linguistique pour la traduction de ses enquêtes sur l'expérience de discriminations et les migrations.

Si l'on s'en tient à la France, on remarque un écart de plus en plus marqué entre les langages administratif et militant. Le premier réduit la race à un concept mortifère empreint des théories

racistes qui justifient qu'on s'en détourne. Le second pense la race comme une construction sociale qui détermine des positions et des chances, une communauté d'expérience de domination. Avant de prouver les maux, il nous faut encore tâcher de choisir les mots.

Références bibliographiques

- **Autour de la statistique européenne**

BROUSSE Cécile, « Définir et compter les sans-abris en Europe : enjeux et controverses [*] », *Genèses*, 2005/1 (n° 58), pp. 48-71. DOI : 10.3917/gen.058.0048. URL : <https://www.cairn.info/revue-geneses-2005-1-page-48.htm>

BROUSSE Cécile, « Réflexions sur la nomenclature socio-économique européenne en gestation », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 10, no. 2, 2012, pp. 241-250.

BROUSSE Cécile, « L'Union européenne, un espace social unifié ? », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2017/4 (N° 219), p. 12-41. DOI : 10.3917/arss.219.0012.

BRUNO Isabelle, « La déroute du benchmarking social. La coordination des luttes nationales contre l'exclusion et la pauvreté en Europe », *Revue française de socio-économie*, 2010/1 n°5, pp. 41 – 61

DEAUVIEAU Jérôme, PENISSAT Étienne, BROUSSE Cécile *et al.*, « Les catégorisations ordinaires de l'espace social français. Une analyse à partir d'un jeu de cartes », *Revue française de sociologie*, 2014/3 (Vol. 55), p. 411-457. DOI : 10.3917/rfs.553.0411.

FILHON Alexandra, DEAUVIEAU Jérôme, de VERDALLE Laure *et al.*, « Un projet de nomenclature socioprofessionnelle européenne : une construction savante face aux variations nationales de représentation du monde social [1] », *Sociologie*, 2013/4 (Vol. 4), pp. 373-393. DOI : 10.3917/socio.044.0373. URL : <https://www.cairn.info/revue-sociologie-2013-4-page-373.htm>

GUIRAUDON Virginie, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : L'histoire de la directive « race », *Sociétés contemporaines*, n°53, 2004

KIEFFER Annick, OBERTI Marco, PRETECEILLE Edmond, « Enjeux et usages des catégories socioprofessionnelles en Europe », *Sociétés contemporaines*, 2002/1-2 (n° 45-46), pp. 5-15. DOI : 10.3917/soco.045.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-societes-contemporaines-2002-1-page-5.htm>

NIVIERE Delphine, « Négocier une statistique européenne : le cas de la pauvreté », *Genèses*, 2005/1 (n° 58), pp. 28-47. DOI : 10.3917/gen.058.0028. URL : <https://www.cairn.info/revue-geneses-2005-1-page-28.htm>

[ROWELL Jay, PENISSAT Etienne, « La fabrique de classes sociales « européennes » : enquête sur les producteurs d'une nomenclature socioprofessionnelle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Mars 2012, pp. 134-145.](#)

VOLDMAN Danièle, « À la recherche de statistiques européennes sur les habitations au XX^e siècle », *Le Mouvement Social*, 2013/4 (n° 245), pp. 17-27. DOI : 10.3917/lms.245.0017. URL : <https://www.cairn.info/revue-le-mouvement-social1-2013-4-page-17.htm>

Communications institutionnelles

de MICHELIS Alberto et CHANTRAINE Alain, *Mémoires d'Eurostat. Cinquante ans au service de l'Europe*, Luxembourg, Offices des publications officielles des Commissions européennes, 2003.

FARKAS Lilla, "Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity", *Directorate General for Justice and Consumers*, 2017

- **Autour des théories critiques de la race**

BESSONE Magali, SABBAGH Daniel, *Race, racisme et discriminations. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, coll. « L'avocat du diable », 2015.

BLANK Rebecca M., DABADY Marilyn, CITRO Constance F., *Measuring Racial Discrimination. Panel on Methods for Assessing Discrimination*, National Research Council, National Academic Press, 2004, (340 p.)

ESSED Philomena, *Understanding Everyday Racism*, 1991

DELGADO Richard, STEFANCIC Jean, *Critical Race Theory. An introduction*, New York University Press, 2017

FASSIN Didier, FASSIN Eric, *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*. Editions La Découverte, Paris, 2006, 2009 (274 p.)

GUILLAUMIN Colette, *L'Idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Nice : Institut d'études et de recherches interethniques et interculturelles, 1972, (256 p.)

GUILLAUMIN Colette, *Sexe, race et pratique du pouvoir. L'idée de nature*, Côté-femmes, Paris, 1992

KASTORYANO Riva, *Les codes de la différence. Race, origine religion. France, Allemagne, Etats-Unis*. Presses de Sciences Po, « Académique », 2005 (330 p.) ISBN : 9782724609611. DOI : 10.3917/scpo.kasto.2005.02. URL : <https://www.cairn.info/les-codes-de-la-difference-race-origine-religion-f--9782724609611.htm>

LAURENT Sylvie, *Pauvre petit Blanc. Le mythe de la dépossession raciale*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, Clamecy, 2020

MAZOUZ Sarah, *Race*, Anamosa, Collection « Le mot est faible », 2020

SULLIVAN Shannon, TUANA Nancy, *Race and Epistemologies of Ignorance*, New York State University of New York Press, 2007

« L'identification de la discrimination raciale » - partie 2

Nicolas MOIZARD, *professeur à l'Université de Strasbourg, Institut du travail et UMR 7354 DRES*

I. Comment identifier la discrimination raciale au travail en droit français ?

La presse se fait régulièrement l'écho de discriminations raciales au travail²³, sans que pour autant cela se traduise par un contentieux important²⁴. Dans le vocabulaire des sciences sociales, il est souvent question de « domination » ou d'« oppression » systémiques d'un groupe sur un autre²⁵. La présente contribution se limitera à la qualification juridique de discrimination qui suppose de caractériser un traitement moins favorable, généralement d'un groupe par rapport à un autre, fondé sur un motif illicite²⁶. Si cette qualification juridique ne couvre pas tous les comportements défavorables et violents liés à la race, ceux-ci pourraient toutefois constituer un harcèlement discriminatoire²⁷.

Pour que les dispositifs de lutte contre la discrimination raciale soient opérationnels, il convient de connaître les éléments permettant d'identifier la « prétendue race », visée par le Code du travail²⁸. Cette détermination sera nécessaire à plusieurs niveaux. Celui de la charge de la preuve, tout d'abord, et plus spécialement des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination²⁹. Il ne s'agit pas à ce stade d'apporter la preuve de la discrimination mais on peut s'interroger sur les types d'éléments utiles qui pourraient être amenés. Pour la discrimination indirecte, il convient de comparer un groupe par rapport à un autre³⁰. Quels sont les éléments de rattachement à un groupe de salariés victimes de discrimination raciale ? On peut enfin s'interroger sur les justifications patronales. S'agissant de la discrimination indirecte, quels pourraient-être des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ? Une justification liée par exemple à l'efficacité du travail serait-elle étrangère à la discrimination ? On pourrait aussi évoquer les exigences professionnelles essentielles et déterminantes que le Code du

²³ V. par ex. « Près d'une agence d'interim sur deux testée par SOS-Racisme accepte les critères de discrimination de ses clients », *Le Monde*, 8 oct. 2021 ; « De la viande de porc déposée dans des casiers de salariés de Keolis, en plein ramadan, à Saint Jean de la Ruelle », *La République du centre*, 11 avril 2022.

²⁴ L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de race en droit français », *Revue des droits de l'homme* (en ligne), 19/2021.

²⁵ J. Suaudeau, M.-F. Niang, *Universalisme*, anamoa, 2022, 101 p., p. 23.

²⁶ V. le Rapport annuel de la Cour de cassation de 2008 qui évoque une « comparaison avec d'autres placés dans une situation identique, à l'exception du critère discriminatoire dont la prise en compte est invoquée » (p. 86).

²⁷ V. L'article 1^{er} de la loi 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF, N° 123, du 28 mai 2008) : « La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant » ; V. également l'art. 2, par. 3 de la directive 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

²⁸ Art. L 1132-1 du Code du travail. V. également l'art. 225-1 du Code pénal. L'adjectif « prétendue » a été ajouté par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²⁹ La victime « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » (art. L 1134-1 al. 1 du Code du travail).

³⁰ Art. 1 al. 2 de la loi 2008-496 du 27 mai 2008 : « Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

travail³¹ et le droit de l'Union ouvrent curieusement à ce motif, même si la motivation de la directive 2000/43 impose une interprétation stricte de cette notion sur ce motif³².

La chambre sociale de la Cour de cassation a rattaché la lutte contre les discriminations au travail à l'obligation de sécurité de l'employeur³³, ce qui a permis de prendre en considération les agissements de tiers qui ont une autorité de fait, phénomène qui peut se rencontrer en entreprise dans le cadre de la discrimination raciale. La lutte ne suppose donc pas seulement de donner des moyens à la victime et de l'accompagner mais aussi de mettre à la disposition de l'employeur des outils de prévention puisque c'est désormais à ce stade que les juges évaluent le respect de l'obligation de sécurité.

Si l'on suit le droit de l'Union, la discrimination est identifiée, dans la directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, par « *une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique* »³⁴. S'agissant plus spécifiquement du droit français, le Code du travail vise, s'agissant de la victime, « *son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnique, une nation ou une prétendue race* ». Il sera difficile d'utiliser frontalement la notion de race à tous les stades de l'établissement de la discrimination. La directive 2000/43 ne définit pas la notion de « race ». Le seul élément stable consiste à rappeler que la « race » ne renvoie pas à un sens biologique dans le droit positif. Le considérant 6 du préambule de la directive précise que « *l'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot « race » dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories* ». Du point de vue du droit français, aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution, la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Le Conseil constitutionnel a interdit, sur ce fondement, la constitution de statistiques ethniques³⁵.

II. Comment avancer contre la discrimination raciale dans la lutte sans élaborer de statistiques ethniques ?

Comment identifier des personnes « racisées », ce qui relève de constructions et des contextes historique et sociaux précis, plutôt qu'une « race », qui s'insère dans une échelle ?

La situation la plus simple est celle où le comportement de l'employeur est ostensiblement raciste. Cela pourra éventuellement se caractériser par un environnement de travail raciste et être qualifié de harcèlement discriminatoire, même si les juridictions françaises sont encore prudentes sur cette qualification. La Cour de justice de l'Union européenne élargit le champ en n'imposant pas de victimes identifiables en cas de déclaration publique discriminatoire de l'employeur³⁶. La discrimination pourra émaner des collègues de la victime, de la pression des clients ou des partenaires commerciaux de l'entreprise. Mais la discussion continuera parfois sur le caractère raciste ou non de l'atteinte à la personne au travail.

³¹ Art. L 1133-1 du Code du travail.

³² Le considérant 18 de la directive 2000/43 mentionne « des circonstances très limitées ».

³³ Cass. soc. 30 janvier 2019, n° 17-28.905, PB.

³⁴ Art. 4, dir. 2000/43.

³⁵ V. not. la Déc. n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. V. C. Willmann, « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », Dr. soc. 2008, p. 166.

³⁶ CJUE, 10 juillet 2008, Feryn, C-54/07, point 25.

La race n'est pas nécessairement la conséquence d'un référentiel fixe mais un rapport de pouvoir lié à un contexte donné. Comment faire émerger la discrimination qui en résulte ?

La caractérisation de la discrimination raciale passera souvent par une forme de contournement grâce à une interaction entre plusieurs critères illicites de différenciation (1) ou par des éléments objectifs qui dessinent une discrimination fondée sur ce motif (2). Le droit français se doit d'avancer. Le droit international et européen attribue à la victime un droit à un recours effectif (3).

1. Le contournement : l'interaction entre plusieurs critères

Dans le champ des politiques volontaristes d'entreprise, le terme de diversité a été préféré à celui de race. Outre que cela permet d'éviter le terme de race, la diversité est aussi un moyen d'éviter l'obligation de quotas selon un référentiel ethno-racial. Bien qu'il fasse l'objet en 2006 d'un accord national interprofessionnel³⁷, d'un label en 2008³⁸, qui s'intéresse de façon très large à vingt-quatre critères définis dans la loi, et plus récemment de l'expérimentation d'un index diversité et inclusion pour mesurer la diversité liée aux origines sociales, géographiques ou culturelles, le terme n'est pas précisément défini et rares sont les accords collectifs qui l'ont rattaché à la discrimination raciale³⁹. Des actions correctrices en matière d'égalité prévues par le Code du travail peuvent également en relever, comme c'est le cas des « mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques »⁴⁰.

Dans le cadre du contentieux, il faut convaincre une juridiction de l'existence d'une discrimination raciale, sans que celle-ci craigne que son raisonnement signifie la reconnaissance d'un groupe racial au sein de la communauté nationale ou qu'elle participe à élargir des fissures au sein de la collectivité de travail. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 octobre 2003, dans l'affaire *Moulin Rouge*, fait figure d'exception en faisant référence à une procédure de recrutement qui révèle que « l'examen du fichier personnel a confirmé qu'aucun commis de salle *de race noire* n'était employé à la différence du personnel de cuisine »⁴¹.

La chambre sociale de la Cour de cassation qualifie par une discrimination de raciale, sans s'en expliquer davantage. Par exemple, elle retient la qualification de « discrimination raciale » s'agissant d'un recrutement alors qu'il est indiqué que la directrice « ne fait pas confiance aux Maghrébines »⁴².

D'autres motifs de discrimination visés par le Code du travail et plus facilement identifiables que la « prétendue race » peuvent être opérationnels pour qualifier une discrimination raciale, sans avoir à employer ce terme. Il peut y avoir une stratégie de contournement du terme, mise en lumière par Marie Mercat-Brun qui parle de « stratégie d'évitement du critère racial »⁴³ ou,

³⁷ A.N.I. du 112 octobre 2006 sur la diversité au travail, étendu par arrêté du 22 février 2008.

³⁸ Label Diversité (<https://certification.afnor.org>).

³⁹ V. DARES, *Egalité, diversité, discrimination, Etude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, Doc. d'études, n° 182, juin 2014, 63 p. ; M.-K. Kiapekaki, *Les partenaires sociaux européens et français et la diversité au travail*, thèse, Université de Strasbourg, 14 déc. 2021.

⁴⁰ Art. L 1133-5 du Code du travail

⁴¹ Cour d'appel de Paris, 11^{ème} ch. Crim, 17 octobre 2003, *Dr. ouvr.* 2004, p. 329.

⁴² Cass. Soc. 18 janv. 2012, n° 10-16.926, P.

⁴³ M. Mercat-Brun, « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Dr. soc.* 2017, p. 361.

comme Lionel Zevounou, d'« euphémisation »⁴⁴. Il s'agit en premier lieu de l'« origine ». Discrimination raciale et origine se confondent souvent dans les motifs des décisions de justice⁴⁵. Ce peut être aussi le nom de famille⁴⁶. D'autres motifs encore pourraient être utiles, comme les « convictions religieuses », l'« apparence physique », le « lieu de résidence », voire la « capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ». Le droit européen reconnaît d'autres critères qui pourraient servir de critères miroirs. Ainsi, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne vise notamment la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, la langue, la religion ou les convictions, l'appartenance à une minorité nationale⁴⁷.

Si l'on s'éloigne du droit du travail, la Cour de cassation a estimé s'agissant des contrôles d'identité au faciès, qu'il y avait une discrimination, si le contrôle est réalisé sur la base « *de caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée* »⁴⁸. La conjonction de ces critères permet de montrer qu'il existe bien des critères raciaux chez l'auteur de la discrimination et aider ainsi à rendre évidente l'existence d'une discrimination. Si l'on ne reconnaît pas la discrimination intersectionnelle⁴⁹, qui croise deux critères de discrimination pour faire apparaître celle-ci, on risque d'exclure de nombreuses situations. Si l'on doit recourir à plusieurs motifs (apparence physique et origine par exemple), on se trouvera toutefois dans l'impossibilité de mettre en œuvre une action de groupe en matière de discrimination qui impose d'agir sur un seul et même motif pour toutes les victimes⁵⁰.

Une autre méthode, distincte ou complémentaire de la pluralité de motifs, consiste à utiliser des éléments objectifs qui dessinent une discrimination.

2. Des éléments objectifs qui dessinent une discrimination

Une autre méthode proche de la précédente et qui peut se combiner à elle, est de recourir à des éléments objectifs qui laissent supposer la discrimination raciale. Le déplacement de la charge de la preuve y incite. Le plus fréquent est le nom de famille, comme dans l'affaire dite AIRBUS, où la HALDE avait pris en considération le patronyme d'origine étrangère sur le registre du personnel⁵¹. La position du nom de famille est singulière dans la mesure où celui-ci devient un indice de la discrimination raciale, tout en étant en soi un critère de discrimination.

La même démarche se retrouve dans le Guide défenseur des droits/CNIL « *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances* »⁵² destiné aux politiques des ressources humaines des

⁴⁴ Lionel Zevounou, Rev. des droits de l'homme, *préc.*.

⁴⁵ V. également s'agissant d'un plan social, Cass. Soc. 8 avr. 1992, n° 90-41.276 P. sur l'« origine étrangère », v. Cass. Soc. 25 sept. 2013, 12-16.790, inédit.

⁴⁶ Cass. Crim. 23 juin 2009, n° 07-85.109 P.

⁴⁷ Ces critères sont la reproduction de ceux présents à l'art. 14 CEDH.

⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ. 9 novembre 2016, n° 15-24.210, PB.

⁴⁹ V. M. Mercat-Bruns, « Discrimination intersectionnelle », in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021, 390 p.. La ch. soc. de la Cour de cassation a fait un pas timide vers cette reconnaissance (Cass. Soc. 11 janvier 2012, n° 10-28.213, PB).

⁵⁰ Art. L 1134-7 du Code du travail.

⁵¹ Cass. Soc. 15 déc. 2011, n° 10-15.873 dans le moyen annexe : « au regard du contexte de l'embauche au sein d'Airbus France, les investigations menées par la HALDE ont fait apparaître que sur 288 personnes recrutées entre 2000 et 2006, toutes, comme M. X..., ont la nationalité française, mais deux seulement ont un patronyme d'origine maghrébine ; que pour la période du 1er janvier 2005 au 30 juillet 2006, sur le site de Saint Éloi, le registre unique du personnel révèle qu'aucun des 43 agents de qualification embauchés en contrat à durée indéterminée n'a de patronyme à consonance maghrébine ».

⁵² CNIL/Défenseur des droits, *Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*.

entreprises, qui privilégie, sous réserve de précautions méthodologiques, la pluralité de critères et d'indices et insiste sur le ressenti de la personne. Tout en écartant toute nomenclature ou référentiel ethno-racial, le guide précise qu'il « est néanmoins possible d'aborder le critère de « l'origine » à partir de données objectives telles que le lieu de naissance et la nationalité à la naissance de l'intéressé et de ses parents, mais également, si nécessaire, par des données subjectives portant sur le ressenti d'appartenance ou sur la manière dont la personne estime être perçue par autrui »⁵³.

Tous les indices retenus serviront à identifier des groupes de personnes à comparer à d'autres qui ne comportent ces caractéristiques. Une fois cette comparaison effectuée, la preuve de la discrimination se déduira alors de l'impossibilité de justifier autrement et objectivement les éléments de fait avancés⁵⁴. Si l'on se réfère à d'autres motifs de discrimination, la méthode n'est pas toujours couronnée de succès. Le licenciement des salariés victimes d'un accident ou d'une maladie professionnelle en est un bon exemple. Pour justifier ce licenciement, l'employeur doit démontrer les perturbations dues aux absences et la nécessité de procéder au remplacement définitif. Faute de remplir ces conditions, la rupture du contrat de travail pendant la période de suspension devrait laisser supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé⁵⁵. Or, selon la chambre sociale de la Cour de cassation, le licenciement d'un salarié malade sans remplacement définitif n'est pas nécessairement discriminatoire⁵⁶. Rien ne peut plus à ce stade justifier le licenciement par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et pourtant, pour la Cour de cassation, la discussion est encore ouverte. Devant les difficultés d'appréhender en justice le critère racial, le risque est présent qu'en l'absence de comportement raciste ostensible, la discrimination ne soit pas retenue.

3. Pour un droit à un recours effectif

Le respect du droit de l'Union européenne, que ce soit la directive 2000/43 ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union, interdit aux autorités publiques françaises de supprimer la race des motifs illicites de discrimination⁵⁷.

Il est nécessaire que le droit français rende effective la lutte contre la discrimination raciale. Les manquements des autorités publiques nationales est parfois constaté par des instances mondiales⁵⁸. Les praticiens doivent disposer d'outils pour identifier ce type de discrimination. Comme le relevait Jean-Michel Belorgey en 1999 dans un rapport remis à la ministre du travail, « on ne traite que ce qu'on nomme »⁵⁹. La discrimination raciale intègre davantage que pour d'autres motifs de discrimination, des comportements intériorisés qui sont parfois l'héritage de la colonisation⁶⁰. En fonction de la diversité des situations, pour mettre à jour une discrimination, le patronyme sera pertinent dans certains cas mais sera insuffisant dans d'autres.

⁵³ *Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, préc., fiche n° 16 : interroger les perceptions et le vécu des salariés sur les discriminations.

⁵⁴ V. par ex. Soc. 7 février 2012 : Renault, 10-19.505, PB.

⁵⁵ V. en ce sens, E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, HyperCours, Dalloz, 2022, n° 544.

⁵⁶ Soc. 27 janvier 2016, n° 14-10.084, PB

⁵⁷ Au niveau de l'ONU, il pourrait être évoqué la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1965.

⁵⁸ V. par ex. s'agissant de la convention des Nations Unies sur l'élimination toutes les formes de discrimination raciale, l'opinion du Comité pour l'élimination de la torture, 10 mai 2016, *Laurent Gabre Gabaroum*, c/89/D/52/2012.

⁵⁹ J.-M. Belorgey, *Lutter contre les discriminations*, Rapport à madame la ministre de l'emploi et de la solidarité, mars 1999, p. 20.

⁶⁰ V. J. Suaudeau et M.-F. Niang, *Universalisme*, préc. ; v. également L. Zevounou qui évoque « l'arrière-plan historique » (*Revue des droits de l'homme*, préc.).

Pour reprendre les termes de Didier Fassin qui sont transposables aux relations de travail, « *la lutte contre le racisme est avant tout un combat politique sans les moyens juridiques de sa mise en œuvre* »⁶¹. Le droit de la non-discrimination construit par l'Union européenne peut être l'un des vecteurs de l'effectivité de la lutte contre la discrimination raciale, voire selon l'expression de Robin Médard Inghilterra, de sa réalisation⁶². Il impose d'attribuer aux victimes une protection juridictionnelle « *effective et efficace* »⁶³ en cas de discrimination raciale. La CJUE donne autant d'importance à la fonction dissuasive qu'à la fonction réparatrice des sanctions. Les termes de « *détresse sociale* », utilisés par la Cour de justice au sujet des victimes de discrimination indirectes en raison du sexe, pourraient s'appliquer à la discrimination raciale⁶⁴, lorsque l'auteur de la discrimination aura notamment profité de la précarité de la situation juridique et économique des victimes⁶⁵. La Commission européenne est pour sa part favorable à des données disponibles⁶⁶.

Un recours contre l'Etat français pourrait être engagée devant la CJUE pour manquement à la directive 2000/43 et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, compte tenu de la difficulté pour la victime de se constituer des éléments de preuve en cas de discrimination raciale et par conséquent de rendre effectif le droit de l'Union. En attendant, les juges français ont les moyens de faire une interprétation plus exigeante des dispositions nationales, lues à la lumière du droit européen.

Faute pour le droit français de permettre une lutte effective contre les discriminations au travail liées à la « *prétendue race* », il en ressort une hiérarchie entre les motifs de discrimination défavorable au critère racial. Rien n'autorise pourtant de dévitaliser la non-discrimination en raison de la race⁶⁷, alors qu'une récente étude l'INSEE constate à la fois la montée du sentiment de discrimination sur 10 ans et que « *près de la moitié des personnes se disant discriminées n'ont rien fait parce qu'elles pensent qu'entamer une démarche ne servirait à rien* »⁶⁸.

⁶¹ D. Fassin, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, 2002/4, vol. 52, p. 403.

⁶² R. Médard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, LGDJ, bibl. de droit public, tome 323, 2022, 690 p.

⁶³ CJUE 15 avril 2021, C-30/19, *Braathens Regional Aviation*, points 35-37. Outre les prescriptions des articles 7 et 15 de la directive 2000/43, l'article 47 de la CDFUE impose un droit à un « recours effectif » en cas de violation des droits et libertés garantis par le droit de l'Union. A rapp. de la jurisprudence de la CourEDH sur le fondement de l'art. 13 de la CEDH. V. par ex. CEDH, Kudlac. Pologne [GC], 2000, § 158 ; Ramirez Sanchez c. France [GC], 2006, § 160.

⁶⁴ CJUE 24 février 2022, C-389/20, TGSS, point 70.

⁶⁵ A rapp. de la décision du CPH de Paris du 17 décembre 2019 dans l'affaire des travailleurs maliens sans papiers sur un chantier parisien, victimes d'une discrimination systémique. V. C. Wolmark, « Discrimination systémique, de nouvelles perspectives à la lutte contre judiciaire contre les discriminations », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1893, 3 févr. 2020. V. également, dans CPH de Paris 10 novembre 2017, dans l'affaire des agents d'entretien de la gare du nord, avec l'appui du Défenseur des Droits.

⁶⁶ V. par le plan d'action de la Commission européenne présenté le 24 novembre 2020 en faveur de l'intégration et de l'inclusion 2021-2027

⁶⁷ Selon F. Sudre, la race fait partie des motifs de discrimination que la Cour européenne des droits de l'homme « singularise ». V. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 14^{ème} ed., 2019, 1013 p., n° 276.

⁶⁸ INSEE Première, « En dix ans, le sentiment de discrimination augmente, porté par les femmes et le motif sexiste », n° 1911, juillet 2022.

Table-ronde 2 : Quelles stratégies face aux discours de haine et injures racistes ?

« Race, droit et lutte contre les discours de haine »

Lionel Zevounou, *maître de conférences en droit public, université de Paris Nanterre*⁶⁹

Le propos tenu en avril 2019 par l'écrivain Renaud Camus sur Twitter et sur lequel je propose de réfléchir est le suivant : « *une boîte de préservatif offerte en Afrique, c'est 3 noyés en moins dans la Méditerranée, 100 000 euros d'économies pour la CAF, 2 cellules de prison libérées et 3 centimètres de banquise préservés* »⁷⁰.

Il fera l'objet d'une action du ministère public pour injure publique envers un groupe de personnes, à raison de son origine, ou de son appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée⁷¹ à laquelle se joindront, en tant que parties civiles, cinq associations (UEJF, Association J'accuse!, LICRA, MRAP, SOS Racisme). La 17^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal correctionnel de Paris a considéré que ce propos tenu par Renaud Camus n'est pas répréhensible à l'aune de la loi sur la presse de 1881, car les juges ont estimé que le délit d'injure publique en raison d'une origine, d'une ethnie, d'une race ou d'une religion n'était pas caractérisé au regard de la liberté d'expression.

De manière assez classique, les juges rappellent dans cette affaire qu'il leur appartient de vérifier que « *le prononcé d'une condamnation pénale ou civile ne porterait pas une atteinte excessive à la liberté d'expression* ». Tout en rappelant que dans cette affaire, la satire, le second degré, etc. sont, au sein d'une société démocratique, protégés par la liberté d'expression, les juges en rappellent les limites au regard de l'article 10 de la CESDH. Ces limites, définies par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont les suivantes : « Dignité de la personne humaine », « Intention de nuire », et « Attaque personnelle ».

I- L'idéologie du « Grand remplacement » devant les juges

En l'espèce, les juges considèrent que le propos de Renaud Camus est certes dirigé contre un groupe de personne au regard de son appartenance géographique ; pour autant, ils estiment que ce propos de Renaud Camus n'a aucune « *signification ou portée ségrégationniste, discriminatoire, raciste ou raciale* ». Ils reconnaissent toutefois le caractère « offensant » du Tweet de l'auteur. Un extrait de la motivation du jugement illustre les justifications au soutien de ce raisonnement :

« Cependant, pour avoir une origine géographique commune, le groupe des personnes visées par leur seule origine africaine, n'est pas considéré en l'espèce à raison de l'essence des personnes qui s'y rattachent, leur origine induisant telle ou telle

⁶⁹ Le présent propos retranscrit avec l'aide du SAF est le fruit d'une intervention orale.

⁷⁰ T. Corr., Paris, 17^e ch., 10 févr. 2021, n° 1912200903. Le jugement précise qu'un officier de police judiciaire de la BRDP constate que le tweet de R. Camus avait été retweeté 1259 fois et comportait 2990 mentions « j'aime ».

⁷¹ Articles 23 al. 1, 29 al. 2, 33 al. 3 de la loi du 29 juil. 1881.

caractéristique, ou tel comportement, mais à raison du sort tragique auquel se confrontent celles qui s'en détachent par la migration sous l'effet d'une croissance incontrôlée, dont l'auteur évoque les effets réels ou supposés qu'il déplore.

En outre, le propos poursuivi n'impute certes à ce groupe de personnes aucun fait précis susceptible d'un débat sur la preuve de sa vérité, nonobstant les chiffres précis cités avec dérision. Mais il n'est pas pour autant outrageant au sens des dispositions susvisées réprimant l'injure raciale.

Force est de constater en effet que le propos s'insère dans un débat d'intérêt général relatif à la décroissance démographique et aux effets pervers d'ordre humain, sociologique, économique et écologique d'un système ne contrôlant ni les naissances ni les flux migratoires, mettant l'accent, de façon polémique, sur le continent africain dont la croissance démographique est un fait. Ladite polémique est ici soulevée par un écrivain provocateur, sur le ton de l'ironie et sous forme caricaturale, dont le tribunal n'est pas juge du style, lequel prend publiquement des positions politiques en revendiquant de le faire sur un mode qu'il qualifie d'humoristique »⁷².

Lorsqu'on met en perspective cette décision avec la jurisprudence en matière de diffamation et d'injure raciale, on se rend compte qu'elle tranche particulièrement avec un autre courant jurisprudentiel national et européen plus soucieux du contexte. Ainsi que le souligne D. Lochak :

« Des propos considérés naguère comme participant à un débat légitime sur les avantages et les inconvénients de l'immigration auraient toutes les chances, aujourd'hui, de donner lieu à condamnation, des sketches à tonalité homophobe ou sexiste, longtemps jugés anodins, peuvent désormais tomber sous le coup de la loi »⁷³.

Je voudrais rapidement revenir de manière critique sur le raisonnement tenu par le tribunal. Une autre manière d'aborder la question semble possible. Il s'agit d'un jugement de valeur alternatif à la justification apportée par le tribunal correctionnel. Au-delà de la contradiction apportée ici, il convient d'interroger une approche restrictive du racisme donnant parfois l'impression de faire abstraction de leurs contextes historiques d'apparition. Naturellement, l'histoire ne peut tenir lieu de tribunal, mais elle permet au moins de renforcer les motivations apportées par les juges dans certains cas, comme en l'espèce.

Mon propos n'a pas non plus pour but d'alimenter les poncifs visant à faire croire que « l'on ne peut plus rien dire dans notre pays ». Ce qui m'intéresse, au contraire, c'est de discuter de ce qui peut être entendu ou pas dans le jugement par du « racisme ». À lire la décision, la caractérisation de l'injure raciale aurait été satisfaite s'il avait été possible d'établir un lien direct entre le propos de Renaud Camus et une volonté « délibérée » d'outrager les Africains en raison de leur origine. Dans notre cas, les juges estiment qu'en l'espèce un tel lien n'est pas établi. Or, c'est ici à mon avis que le raisonnement paraît critiquable : il manque d'être inscrit plus largement dans son contexte historique.

Quel est ce contexte historique ?

Ce contexte s'insère au sein d'une idéologie plus large que l'on désigne communément par celle du « grand remplacement » dont R. Camus se réclame par ailleurs. Le « grand

⁷² Trib. Corr., Paris, 17^e ch., *op.cit.*, p. 13.

⁷³ D. Lochak, « Rire et discrimination » in, D. Guignard, S. Regourd, S. Saunier (dir.), *Rire, droit et société*, 2018, Institut Universitaire Varennes, coll. « Colloques et essais », p. 95-109.

remplacement » évoque une vieille peur coloniale mise en forme d'un point de vue intellectuel dès le XIX^e siècle. On retrouve par exemple la formulation de cette idéologie chez des auteurs comme René Maunier, sociologue de la colonisation, dans un ouvrage en 3 parties intitulé *Du contact des races*⁷⁴. L'une des thèses contenues dans cet ouvrage exprime, pour le dire vite, la peur pour la France coloniale de se voir noyée démographiquement par ses colonies. Cette peur traverse la III^e, la IV^e et le début de la V^{ème} République.

J'évoque Maunier (mais on pourrait en convoquer bien d'autres) parce que ses thèses sont clairement racistes — elles abhorrent le métissage et proposent un dispositif permettant d'éviter précisément le « grand remplacement », notamment par une politique d'assimilation. Maunier parle en ce sens de processus « d'imitation » de l'élite coloniale : les maîtres. Cela n'est pas sans rappeler certains usages contemporains — y compris par des acteurs politiques — du concept d'assimilation. De fait, la généalogie du concept de « grand remplacement » mobilisée par R. Camus s'inscrit sans contexte dans celle du racisme colonial du XIX^e siècle. Cette idéologie repose sur le sentiment du déclin civilisationnel et de guerre des « races » : la peur de se faire « envahir » de l'intérieur par une majorité des colonisés que l'on dominait hier. Cette peur est dirigée contre les minorités présentes sur le sol hexagonal et les générations qui en sont issues. Les propos formulés par R. Camus s'en inspirent directement.

Dans ces conditions, comment des juges en viennent-ils à considérer que le propos de Renaud Camus n'a aucune portée discriminatoire ? On pourrait ici formuler nombre d'explications.

Une d'entre elles, non exclusive d'autres explications, serait de dire qu'une partie des juges adoptent une conception étroite du « racisme »⁷⁵ : est raciste la personne qui sciemment fait un lien entre le phénotype, un comportement ou une attitude. C'est toutefois oublier que le racisme évolue et se transforme au fil du temps. Le racisme n'est pas statique. La décision du tribunal semble passer assez vite sur les mutations du racisme contemporain sous l'impulsion de ce que l'on qualifie usuellement de « nouvelle droite »⁷⁶. La thématique du « grand remplacement » est documentée par plusieurs travaux de sciences sociales⁷⁷. Son usage ne saurait, de ce point de vue, être appréhendé comme une expression linguistique anodine, sarcastique ou caricaturale. Elle retrouve ces dernières années un écho dans l'espace public comme en témoigne cet extrait d'un propos tenu par le candidat Zemmour durant la « convention de la droite » en septembre 2019 sur lequel on reviendra :

« Ce que nos progressistes ne parviennent pas à comprendre, c'est que l'avenir n'est pas régi par des courbes économiques, mais par des courbes démographiques. Celles-ci sont implacables. L'Afrique, qui était une terre vide de 100 millions d'habitants en 1900, sera une terre pleine à ras bord de 2 milliards et plus en 2050. L'Europe, qui était alors une terre pleine de 400 millions d'habitants, quatre fois plus, n'est montée qu'à

⁷⁴ R. Maunier, *Sociologie coloniale. Introduction à l'étude du contact des races*, Paris, Domat-Montchrestien, 1932, voy. aussi : L. Zevounou, « Une relecture de l'introduction à l'étude du contact des races de René Maunier » (à paraître).

⁷⁵ On se permet de renvoyer sur cette question : L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de "race" en droit français » in, L. Zevounou (dir.), *Race et droit*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2021, p. 21-100 (spéc. p. 77-100)

⁷⁶ P-A. Taguieff, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, Gallimard, 1990, coll. « Tel » ; C-O. Doron, *L'homme altéré : Race et dégénérescence (XVII^e-XIX^e siècle)*, Champ Vallon, 2016 (voy. spéc. le passage de l'introduction relatif au risque d'enfermer la définition du racisme dans celle du rejet de l'altérité, p. 13-21).

⁷⁷ Voy. par ex : « Le mythe du "Grand Remplacement" », *Institut Convergences Migrations*, Europe, vol. 40, fiche n°2 : <https://www.icmigrations.cnrs.fr/wp-content/uploads/2022/03/DM-Fiche-2-Mythe-grand-remplacement.pdf> (consulté le 4 mai 2022) ; M. Tribalat, « La notion de grand remplacement à l'épreuve de son évaluation numérique », *Cités*, 2022/1, n°89, p. 197-205.

500 millions. Un pour quatre, le rapport s'est exactement inversé. À l'époque, le dynamisme démographique de notre continent a permis aux blancs de coloniser le monde. Ils ont exterminé les Indiens et les aborigènes, asservi les africains. Aujourd'hui, nous vivons une inversion démographique qui entraîne une inversion des courants migratoires, qui entraîne une inversion de la colonisation. Je vous laisse deviner qui seront leurs indiens et leurs esclaves. C'est vous »⁷⁸.

Le manque de perspective historique lié d'un côté à un usage assez fruste du concept de « race » et de l'autre côté au tabou que constitue l'usage du concept de « race » depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale aboutit précisément à faire entrer le propos de Renaud Camus dans les limites de la liberté d'expression.

Il aurait été possible de procéder à un raisonnement inverse : en considérant précisément que Renaud Camus n'en était pas à son premier « tweet » en la matière, d'autant que tribunal relève qu'il en avait diffusé une dizaine d'autres avant celui jugé en l'espèce. Dès lors, le raisonnement aurait pu être inversé comme suit : Renaud Camus est un coutumier de l'offense et il ne pouvait pas ignorer les conséquences que son « tweet » allait générer à l'égard de son audience qui dans sa majorité épouse la théorie du grand remplacement, souvent même sans savoir d'où elle provient.

En d'autres mots, parce que Renaud Camus n'en est pas à son [premier] coup d'essai, force est d'en tenir compte. C'est précisément parce qu'il connaît bien les contours de la jurisprudence en matière d'injure et d'incitation à la haine raciale et qu'il a déjà fait l'objet de plusieurs plaintes pour haine et injure raciale que Camus formule son propos en conséquence⁷⁹.

Cette question de propos racistes prononcés sous le sceau de la liberté d'expression a été analysée dans un ouvrage, désormais classique dirigé par K. W. Crenshaw, R. Delgado, C. Lawrence III et M. Matsuda, *Words that Wound*⁸⁰. Le livre rassemble divers articles fondateurs qui ont en commun de proposer une réflexion critique sur la quasi-absence de limite assignée à la liberté d'expression aux États-Unis. Ce livre, publié 1997, propose une analyse très fine du « propos raciste » qui dépasse l'approche d'ordre biologique. Les auteurs démontrent que l'usage de propos racistes exerce une forme de violence symbolique dont les effets psychologiques sur les destinataires sont très concrets et se traduisent par des modifications du comportement (humiliation, repli sur soi, dévalorisation voire réduction au silence). Les crimes de haine commis par les bourreaux n'échappent pas, eux non plus, à l'influence des idéologies racistes. La tuerie de Buffalo en constitue l'illustration la plus récente

⁷⁸ CA Paris, 8 sept. 2021, Pôle 2 Ch. 7, n° 246/2021, p. 4.

⁷⁹ Ce dont atteste le constat de la décision : « Renaud CAMUS est un écrivain prolifique (...) Depuis 2017, il est le fondateur et le Président du Conseil National de la Résistance Européenne (CNRE), organisation politique d'extrême droite ayant vocation, au vu de son site internet, à "réunir les personnalités qualifiées françaises et européennes, qui aspirent à œuvrer à la défense de la civilisation européenne, à s'opposer au phénomène de substitution de peuples actuellement à l'œuvre sur notre continent, y compris dans sa dimension islamique et, de façon générale à faire échec partout au totalitarisme remplaciste. Il s'exprime régulièrement sur Twitter pour dénoncer les méfaits de la croissance, prôner la décroissance démographique dans une optique écologique, critiquant la surpopulation mondiale et particulièrement celle de l'Afrique, détenant des records de natalité. Il y est question de 'génocide par substitution', de 'submersion migratoire'. Renaud CAMUS a fait l'objet d'un certain nombre de condamnations, notamment par la 17^{ème} chambre correctionnelle le 10 avril 2014, confirmé en appel (pièce n°5 de SOS RACISME) et par le tribunal d'Auch le 16 janvier 2020, dont il a été relevé appel, l'ayant condamné à deux mois d'emprisonnement pour provocation publique à la haine ou à la violence à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion.

⁸⁰ M. Matsuda, C. Lawrence III, R. Delgado, K. Crenshaw, *Words That Wounds: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, Routledge, 2018.

de la « mise en actes » de propos racistes inspirés dans ce cas précis de l'idéologie suprémaciste, elle-même enrichie de celle du grand remplacement⁸¹.

Entre reconnaître un propos raciste ancré dans notre passé colonial par plusieurs historiens et affirmer « qu'on ne peut plus rien dire aujourd'hui », il y a un fossé que beaucoup franchissent et qui relève souvent de la mauvaise foi ; celle-ci frise dans certains cas l'apologie de la parole raciste.

L'analyse que l'on vient de proposer est généralisable, car la logique du Tribunal correctionnel de Paris se retrouve, à quelques différences près, dans d'autres affaires contentieuses. Elle est par exemple à l'œuvre dans la décision déjà mentionnée de la Cour d'appel de Paris appelée à statuer sur les propos suivants du candidat Zemmour⁸² :

« L'immigration c'était la guerre, venir d'un pays étranger pour donner à ses enfants un destin français. Aujourd'hui les immigrés viennent en France pour continuer à vivre comme au pays. Ils gardent leur histoire, leurs héros, leurs mœurs, leurs prénoms, leurs femmes qu'ils font venir de là-bas, leurs lois qu'ils imposent de gré ou de force aux Français de souche qui doivent se soumettre ou se démettre c'est-à-dire vivre sous la domination des mœurs islamiques et du hallal ou fuir ?

Ainsi se comportent-ils comme en terre conquise comme se sont comporté les pieds noirs en Algérie ou les Anglais en Inde. Ils se comportent en colonisateurs, les caïds et leurs bandes s'allient à l'imam pour faire régner l'ordre dans la rue et dans les consciences, selon la vieille alliance du sabre et du goupillon, en l'occurrence, la kalach et la djellaba ».

⁸¹ Payton S. Gendron qui a froidement assassiné 10 personnes (principalement afro-américaines) dans un supermarché de la ville de Buffalo, avait rédigé un pamphlet de 180 pages faisant état du risque de « remplacement » à terme de la population blanche américaine par plusieurs minorités (noirs, hispaniques, etc.). Ce remplacement étant mis en œuvre avec l'aide des juifs. P. S. Gendron fait explicitement référence dans son texte au terme de grand remplacement ; plus largement, tout porte à croire que son meurtre s'inscrit dans le sillage de tueries antérieures perpétrées dans deux synagogues : à Poway en Californie en 2019 et en 2018 à Pittsburgh, en Pennsylvanie. Cette série de meurtres s'inspire de la tuerie de Christchurch en Nouvelle-Zélande visant la communauté musulmane. Chacune de ces tueries convoque comme motivation le risque de grand remplacement. La globalisation a pour conséquent, on le voit, un brassage d'idéologies racistes (suprémacisme blanc, grand remplacement), en sorte qu'il apparaît difficile désormais de circonscrire la tuerie de Buffalo au seul contexte politique américain.

Sur l'influence de la pensée de R. Camus sur le tueur de Buffalo, Payton S. Gendron : « Gunman Kills 10 at Buffalo Supermarket in Racist Attack », *The New York Times*, 14 mai 2022 :

<https://www.nytimes.com/live/2022/05/14/nyregion/buffalo-shooting#bodies-were-everywhere-witnesses-describe-the-scene-at-tops> (consulté le 20 mai 2022) ; sur la charge antisémite de Payton expliquant son geste en

réponse (entre autres), à la « contamination » de l'enseignement supérieur par les Critical Race Theory elles-mêmes influencées par les théories de marxistes juifs de l'école de Francfort : J. Stanley : « Buffalo shooting: how white replacement theory keeps inspiring mass murder », *The Guardian*, 15 mai 2022 :

<https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/may/15/buffalo-shooting-white-replacement-theory-inspires-mass> (consulté le 22 mai 2022).

⁸² CA Paris, 8 sept. 2021, Pôle 2 Ch. 7, n° 246/2021.

Ces propos illustrent à nouveau la thèse du grand remplacement en inversant l'idée selon laquelle existe sur le sol français une espèce de cinquième colonne, d'envahisseurs⁸³. Les majoritaires se transforment par la même occasion en victimes de minoritaires « barbarisés »⁸⁴.

Dans son arrêt, la cour d'appel de Paris fait valoir qu'E. Zemmour ne vise pas la communauté musulmane dans son ensemble, mais seulement une partie de cette dernière : « immigrés de confession musulmane en provenance d'Afrique », « immigrés de confession musulmane », « immigrés affichant leur appartenance communautaire ». L'infraction n'est par conséquent pas caractérisée. Alors que dans le jugement du Tribunal correctionnel rendu à propos de R. Camus, les juges admettent que le propos est bien dirigé contre un groupe de personne « les Africains », mais sans portée discriminatoire et raciste, la Cour d'appel de Paris estime que les propos haineux de E. Zemmour ne s'adressent pas un groupe de personne dans sa totalité. Si les deux formes d'argumentation diffèrent, elles se rejoignent par leur manque de références historiques et contextuelles permettant de situer la généalogie raciste des propos tenus.

II- Le retournement du combat anti-raciste (cas du CCIF)

Je terminerai ce court exposé en formulant l'hypothèse suivante : quand on essaie d'appréhender les tendances actuelles du droit positif français en matière de lutte contre les discriminations raciales, on a le sentiment, à lire plusieurs décisions de justice, de se retrouver devant l'étrange paradoxe où la qualification de discrimination raciale n'est, la plupart du temps, reconnue à l'encontre d'une idéologie visant à vider les combats antiracistes de leur efficacité. C'est le constat auquel parviennent plusieurs associations lorsqu'elles analysent la décision du Conseil d'État validant la dissolution du CCIF⁸⁵ qui en arrive à mettre sur le même plan discours de haine et dénonciation de l'islamophobie d'État⁸⁶ :

« Par un curieux retournement, la dissolution du CCIF est donc approuvée au motif qu'en luttant — légalement — contre les discriminations et la haine antimusulmanes, il s'est rendu lui-même coupable de discrimination et de haine... En effet, pour le Conseil

⁸³ Un recours formé par E. Zemmour est pendant devant la Cour européenne des droits de l'homme : *E. Zemmour c. France*, req. n°63539/19, 5^e Sect., introduite le 5 déc. 2019.

Ce recours vise à faire annuler une condamnation sur le fondement de l'article 24 de la loi 1881 (incitation à la haine raciale) prononcée par le Tribunal correctionnel de Paris en première instance ; en appel, le jugement a été partiellement infirmé. E. Zemmour a formé un pourvoi en cassation, rejeté par la Cour. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, sa requête vise à interroger la légalité de ses propos au regard de l'article 10 CESDH. Les propos sont les suivants :

« 1 - le propos en forme de réponse négative "non" à la question de savoir "s'il y a des musulmans en France qui vivent dans la paix, qui n'interprètent pas à la lettre les textes du Coran, qui sont totalement intégrés" ;

2- "Les soldats du djihad sont considérés par tous les musulmans, qu'ils le disent ou qu'ils ne le disent pas, comme des bons musulmans, c'est des guerriers, c'est des soldats de l'Islam" ;

3- "Non mais c'est pas du terrorisme c'est du djihadisme. Donc c'est l'Islam" et "Pour moi c'est égal" ;

4- "Nous vivons depuis trente ans une invasion, une colonisation, qui entraîne une conflagration" et "Dans d'innombrables banlieues françaises où de nombreuses jeunes filles sont voilées, c'est également l'Islam, c'est également du djihad, c'est également la lutte pour islamiser un territoire qui n'est pas, qui est normalement une terre non islamisée, une terre de mécréant. C'est la même chose, c'est de l'occupation de territoire" ;

5- "je pense qu'il faut leur donner le choix entre l'Islam et la France" :

[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:\[%22Zemmour%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-209022%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22Zemmour%22],[%22itemid%22:[%22001-209022%22]}) (consulté le 21 avr. 2022).

⁸⁴ Pour une analyse comparée de la manière dont la théorie du grand remplacement fait écho à un référent racial s'agissant de la convocation des frontières : T. Achiume, « Racial Borders », *Georgetown Law Journal* (2022, Forthcoming) : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3962563 (consulté le 4 mai 2022).

⁸⁵ Collectif contre l'islamophobie en France.

⁸⁶ CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 24 sept. 2021, *Association de défense des droits de l'homme, CCIF et autres*, n°449215, 449287 et 449335.

d'État, "critiquer sans nuance" des politiques publiques ou des lois qu'on considère comme discriminatoires, c'est pousser les victimes de la discrimination alléguée sur la pente de la radicalisation et les inviter à se soustraire aux lois de la République. En d'autres termes, avoir l'impertinence de critiquer l'État en soutenant qu'il viole le droit, c'est déjà presque un attentat. Curieuse conception de l'État de droit... Pour en arriver à cette conclusion, le Conseil d'État a totalement dévoyé un texte conçu à l'origine pour combattre la propagation d'idéologies violentes, racistes et inégalitaires, qu'il transforme ainsi en arme létale utilisable contre toute association de défense des droits et libertés »⁸⁷.

En d'autres mots, dire qu'il existerait une « islamophobie d'État » peut désormais être qualifié de discours de haine. Le raisonnement utilisé pour parvenir à cette conclusion semble le suivant : les propos visant à qualifier « d'islamophobes » l'ensemble des discours dirigés contre les « musulmans » doivent être mis sur le même plan qu'un discours de haine⁸⁸. Ce raisonnement souffre d'au moins de deux faiblesses : 1) le juge administratif ne semble procéder à aucun contrôle du décret attaqué⁸⁹. Sans doute est-ce la raison pour laquelle l'usage du concept « d'islamophobie d'État » par le CCIF, pourtant à la source de la motivation du décret de dissolution, n'est pas discuté⁹⁰ ; 2) la « logique » du 6^e de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure validant la dissolution du CCIF⁹¹, suppose que le propos « d'islamophobie d'État » incriminé s'adresse à une communauté de personnes en raison « *de [leur] origine, ou de [leur] appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».

Le problème qui se pose ici est qu'il est difficile d'identifier une communauté spécifique, autre que « l'État » ou la « Nation », ce qui serait inédit. Les motivations du décret de dissolution⁹² du CCIF affirment en substance qu'en qualifiant « *d'islamophobes des mesures prises dans le but de prévenir des actions terroristes et de prévenir ou combattre des actes punis par la loi, le "Collectif contre l'islamophobie en France" doit être regardé comme partageant, cautionnant et contribuant à propager de telles idées, au risque de susciter, en retour, des actes de haine, de violence ou de discrimination ou de créer le terreau d'actions violentes chez certains de ses sympathisants* ». La jurisprudence de la Cour de cassation définit cependant l'incitation à la haine de manière sensiblement différente : « (...) *il suffit que, tant par leur sens que par leur*

⁸⁷ « La dissolution du CCIF validée par le Conseil d'État : les associations en danger » : <https://www.gisti.org/spip.php?article6682> (consulté le 4 mai 2022).

⁸⁸ Une partie du considérant 9 affirme en ce sens : « *par la voie de ses dirigeants et de ses publications, tient depuis plusieurs années des propos sans nuance visant à accréditer l'idée que les **autorités publiques françaises** mèneraient, notamment dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, un combat contre la religion musulmane et ses pratiquants et que, plus généralement, la France serait un pays hostile aux musulmans* ».

⁸⁹ Peu commentée par la doctrine juridique, la décision qui valide la dissolution du CCIF a été critiquée par le GISTI : « La dissolution du CCIF validée par le Conseil d'État : les associations en danger » : *op.cit.*,

⁹⁰ Le gouvernement évoquait comme moyens le 6^e et 7^e de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure. Les juges écartent le 6^e pour ne retenir que le 7^e en disant que ce dernier fondement juridique n'aurait en réalité rien changé au décret de dissolution.

⁹¹ Tiré du 6^e de l'article L. 212-1 6^e) du Code de la sécurité intérieure qui dispose : « *Sont dissous, par décret en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait (...) ou qui, soit provoquent ou contribuent par leurs agissements à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine, de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence* ».

⁹² Décret du 2 décembre 2020 portant dissolution d'un groupement de fait, NOR : INTD2033449D.

portée, les propos tendent à susciter un sentiment d'hostilité ou de rejet **envers un groupe de personnes** »⁹³.

Faut-il comprendre, à la lecture de l'arrêt du Conseil d'État, qu'il ne soit pas possible d'interroger le bien-fondé d'une loi adoptée par l'État en matière de lutte contre le terrorisme ? Quels liens de corrélation existent entre les actes islamophobes dénoncés et les violences supposées qui en résultent, notamment dans le cas du CCIF ? Est-il possible *per se* de ranger le concept « d'islamophobie » au rang des idées dangereuses au même titre qu'une idéologie appelant à la violence contre un groupe de personnes ? Peut-on inciter au racisme contre l'État, lui accoler une « race », une religion ? L'arrêt n'aborde pas ces différentes questions, non plus qu'il ne procède à un contrôle de proportionnalité entre les faits reprochés et la mesure qui en résulte⁹⁴.

Tandis que certains juges hésitent à qualifier de raciste une expression qui en présente pourtant toutes les caractéristiques, d'autres entérinent le grief d'incitation à la haine raciale fait à des organisations antiracistes qui dénoncent le racisme dont sont victimes les populations qu'elles défendent — ici, la population musulmane.

Pour en revenir aux stratégies face aux discours de haine ou injures racistes, je pense qu'elles pourraient s'orienter dans trois directions au moins :

- 1) la vulgarisation, à destination des praticiens, de plusieurs travaux importants consacrés à l'histoire du racisme et de l'antiracisme français et européen ces dernières années⁹⁵ ;
- 2) la création d'espaces d'échanges entre praticiens, magistrats et universitaires dédiées à ces questions par-delà les clivages politiques. Un travail comparatif apparaît en ce sens nécessaire ;
- 3) la prise en considération d'être entré dans une époque de « racisme sans race » selon l'expression de E. Balibar.

Bibliographie :

Penser la race en juriste (avec L. Guerlain et S. Falconieri), Droit et Société, 109/2021 ;
Race et droit (dir.), Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2021.

⁹³ Cass. crim. 12 avril 1976, n° 74-92515.

⁹⁴ Dans le même ordre d'idées, le CRI (la Coordination contre le racisme et l'islamophobie) vient d'être dissoute par le ministère de l'Intérieur en octobre 2021 : <http://www.crifrance.com>

⁹⁵ Qui constituerait un levier important pour renouveler la pertinence des moyens présentés devant les juges en matière d'injure raciale et donc, de mieux éclairer les contextes des discours d'injure ou d'incitation à la haine raciale.

« La judiciarisation du discours de haine raciste »

Jérôme Karsenti, *avocat*

Le discours raciste face à la justice dans un contexte d'urgence politique

Si la question de la judiciarisation du discours de haine est posée en ce jour qui précède une élection présidentielle largement dominée par la présence des thématiques racistes, c'est qu'il y a une urgence politique.

Cette bataille politique semble perdue à court ou moyen terme et il est aisé de le constater à travers les trois grandes tendances politiques françaises :

- Une présence dominante des idées racistes sur un segment politique qui va de la droite dite « républicaine » à l'extrême droite nationaliste revendiquée (amalgame des préjugés notamment envers les musulmans, les populations issues de l'immigration en particulier d'origine africaine et moyen-orientale stigmatisées et visées comme sources de tous les maux de la société) ;
- Un macronisme dont les discours progressistes ne dissimulent plus la réalité discriminatoire des politiques menées : loi dite « contre les séparatismes », violences policières non ou peu sanctionnées, politiques publiques discriminatoires (suppression des subventions aux associations de quartier, affaiblissement des services publics, déni de la réalité des contrôles d'identité au faciès, soutien public aux représentants des syndicats de police les plus réactionnaires, etc.)
- Une gauche fracturée sur la question de la laïcité (y compris dans notre syndicat), le débat sur le port du voile dans l'espace public ou dans l'enceinte de justice notamment pour l'avocate, représente le symbole de l'opposition entre ceux qui, du fait sans doute de préjugés inconscients, développent une vision « neutraliste » et surtout *contra legem* de la laïcité, et ceux qui revendiquent la stricte application des principes issus de la Loi de 1905.

Le droit peut-il venir au secours de la défaillance des politiques et du politique ? Et plus encore que le droit, la justice serait-elle le dernier rempart avant l'anéantissement du droit ? Nous, avocats engagés dans les luttes sociales et pour l'égalité réelle, réfléchissons depuis longtemps au rôle de la justice dans l'équilibre des pouvoirs. Qu'attendons-nous de la justice ? A-t-elle pour mission et pour rôle de nous sauver du gouffre moral lorsque toutes les institutions, les corps constitués, les femmes et hommes politiques défont ? La justice a-t-elle pour mission de transformer le « vivre ensemble », de constituer une sorte de boussole, de phare, comme repère juridico-moral dans les ténèbres du présent ?

L'Histoire nous apporte des leçons inquiétantes. La justice est une justice d'hommes, souvent complaisante avec le pouvoir, perméable aux influences dominantes de la Société, et il est manifeste que loin d'être un contre-pouvoir, la justice a souvent été l'alliée des autres pouvoirs (exécutif notamment), y compris lorsqu'ils mettaient en œuvre des dispositifs discriminatoires systémiques et mortifères.

Est-ce à la conclusion de l'impuissance que ces propos préliminaires conduisent ? Je ne le crois pas, mais savoir les limites politiques et judiciaires à la lutte contre le discours de haine permet de se positionner sur le terrain du combat et de la résistance.

I. Les mutations du discours raciste en France

1) Le passage d'un discours raciste disruptif à un discours raciste accepté

Le discours raciste a longtemps été disruptif en ce sens qu'il était émis, développé dans un champ politique et médiatique relativement circonscrit, sur un continent qui était celui de l'extrême droite et de ses médias traditionnels. Ce discours était publiquement inacceptable et inaccepté par l'ensemble de la classe politique et des médias, de telle sorte qu'il était exprimé, caché, à demi-mots, par sous-entendus ou porté par des groupuscules insusceptibles de bouleverser l'Etat de droit.

Bien sûr, il y avait les saillies médiatiques de Jean Marie Le Pen (« Durafour crématoire », « détail de l'Histoire », etc...), les relais médiatiques du journal *Minute* (que personne ne lisait publiquement), les bras tendus par les docteurs Follamour de passage au pouvoir, Chirac (« le bruit et les odeurs »), Raymond Barre qui après l'attentat de la rue Copernic avait distingué ceux qui étaient visés par l'attentat « les israélites » et ceux qui avaient été tués « les innocents », mais l'émotion collective, les remparts culturels et politiques de l'indignation, l'opprobre public marginalisaient ceux qui tenaient ces propos.

Pour l'expliquer, et même si je ne suis pas historien, il me semble que les années 1980 marquent la prise de conscience du génocide commis sur les juifs et le rôle de la collaboration française par une série d'œuvres et de paroles libérées dont l'écho va être considérable (le film *Nuit et brouillard*, la série *Holocauste*, le livre de Paxton, *Shoah* de Lanzmann, etc.) ce qui rendra toute idée raciste ou antisémite inaudible.

Les citoyens et notamment la jeunesse se reconnaissent dans les combats portés par SOS Racisme, sont bouleversés par la victoire de Stirbois à Dreux, et si les immigrés, boucs émissaires de l'extrême droite, sont certes un sujet qui alimente le débat public, le discours se concentre sur les politiques migratoires en retenant globalement les coups de mentons racistes.

On assiste depuis les années 2000 – les attentats du 11 septembre 2001 constituant un évènement charnière, à un changement profond de paradigme avec une thèse à double détente.

Le discours raciste devient civilisationnel. Il se dissimule sous les atours d'une thèse prétendument philosophique, « le grand remplacement », largement défendue par Renaud Camus et popularisée par Eric Zemmour, ce chroniqueur télé « réac de service » invité sur les plateaux pour réanimer les audiences atones de l'audiovisuel, devenu candidat à l'élection présidentielle et figure iconique d'un renouveau fasciste français. Cette thèse articule l'idée que notre Société s'est développée sur le socle d'une civilisation blanche et chrétienne qui a été progressivement remplacée par des populations étrangères mais surtout musulmanes, qui sous l'influence des naturalisations et mariages mixtes, métamorphose à la fois le code génétique des populations mais également la civilisation qui s'en trouve menacée. C'est la vieille thèse resucée de la colonisation de l'intérieur par l'ennemi de l'intérieur : hier c'étaient les juifs, aujourd'hui ce sont les musulmans. Le racisme d'aujourd'hui prend en grande partie la forme de l'islamophobie.

Cependant, pour lutter contre le « grand remplacement » en cours, il faudrait prendre des décisions de nature inconstitutionnelles, ce qui est un obstacle majeur pour lutter efficacement contre le danger en cours. Car paradoxalement, les tenants de cette thèse qui pourtant semblent les garants de la France éternelle, stigmatisent l'Etat de droit comme obstacle au développement de leur thèse. C'est pourquoi derrière le discours islamophobe, perce de plus en plus un discours contre l'Etat de droit issu de la France des Lumières. Derrière le « mal musulman », c'est la France de la Révolution qu'il faut abattre, parce qu'elle est l'obstacle pour lutter efficacement contre lui, cette France de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, celle de l'égalité des hommes et des femmes face à la loi, celle du droit du sol contre le droit du sang, celle des préambules des Constitutions de 1946 et 1958 articulant l'égalité réelle, celle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, celle qui interdit sous la jeune III^{ème} République avec sa grande Loi sur la Presse de 1881 de tenir des propos diffamatoires, injurieux et racistes. C'est cette France-là qu'il faut abattre, celle dont les textes qui forment le corpus juridique de nos institutions luttent encore et toujours par le droit, contre le racisme et les discriminations.

Ainsi, ce que proposent certains des acteurs politiques contemporains, dont Eric Zemmour est le VPRP mais dont certains philosophes médiatiques (tous venus de la gauche) sont les relais (Michel Onfray, Alain Finkielkraut, Pascal Bruckner), ce n'est ni plus ni moins que de restaurer une France idéalisée dans une forme d'unité ethnique et religieuse (comme si la France de l'Ancien Régime n'avait pas eu ses guerres de religion) qui serait celle d'avant la Révolution, avant l'avènement de cette triste France « droit de l'hommiste ». Ces discours rappellent ceux d'avant-guerre : Eric Zemmour, ce Drumont contemporain selon Gérard Noiriel, cet « intellectuel » juif défenseur masochiste du régime de Vichy évoque la voix tremblante d'une indignation feinte, la France nostalgique et monarchiste de la terre et du sang chère à Charles Maurras. Ainsi, aujourd'hui, la thèse est double : il faut détruire l'Etat de droit pour pouvoir être raciste, car c'est l'Etat de droit gangrené par l'idéologie droit de l'hommiste qui empêche de dire ce que l'on doit dire pour pouvoir enfin aborder les vrais problèmes. Eric Zemmour lors du discours inaugural prononcé à l'occasion de l'évènement organisé par Marion Maréchal Le Pen la « Convention des Droites » le 28 septembre 2019 développait ainsi que la France est prise « *entre l'enclume et le marteau de deux universalismes [qui écrasent la nation.] L'universalisme marchand qui au nom des droits de l'homme asservit nos cerveaux [et] l'universalisme islamique qui tire profit très habilement de notre religion des droits de l'homme pour protéger son opération d'occupation et de colonisation de transformation du territoire français qu'il transforme peu à peu grâce au poids du nombre et de la loi religieuse en enclave étrangère* ».

Le racisme et les discriminations ont aujourd'hui un support idéologique dont l'influence irrigue l'espace public et s'attaque aux fondements même de notre état de droit. Cette idéologie a acquis ses lettres de noblesse par la validation des autorités symboliques de la Société : intellectuels, politiques, journalistes et médias. Les idéologues du « Grand Remplacement » sont en réalité les artisans d'un autre grand remplacement : celui de l'Etat de droit qui, n'en doutons pas, est celui-là bien réel.

La légitimation du discours de haine par les instances symboliques qui organisent le débat public rend la judiciarisation et la sanction du discours de haine de plus en plus compliquées tant elles apparaissent s'opposer à la liberté du débat démocratique. Voilà que les démocrates, ces ardents défenseurs de la liberté d'expression voudraient faire taire ceux qui ne pensent pas comme eux ? Voilà que ceux qui défendent la Liberté seraient en réalité des acteurs de thèses liberticides ? Pour cela, il nous faut rappeler et rappeler constamment, en multipliant les procès chaque fois que cela sera nécessaire, que derrière ce discours fardé émerge le discours de haine

et que ce discours est un délit et non une liberté. Le risque est cependant grand, face à la banalisation de la haine, que les digues démocratiques et judiciaires soient insuffisantes à empêcher le tsunami raciste.

Le racisme français a-t-il en conséquence une spécificité ? Nous sommes passés de la crainte haineuse des « immigrés » dans les années 80, à la haine du musulman aujourd'hui, sans nuance. Des attentats terroristes de septembre 2001 aux attentats de Charlie Hebdo et du Bataclan en 2015, cette haine des musulmans a pris tour à tour les habits des spécialistes (ou autoproclamés) en géopolitique, en culture et histoire française, des intellectuels et spécialistes du monde arabe, des spécialistes en tout, pourvu que cela justifie des positions islamophobes. Est-ce à dire qu'il n'existe aucun autre racisme ? Que les racismes anti-noir, anti-asiatique (et notamment chinois), antisémite n'existent plus ? Non bien sûr, mais ces racismes restent prohibés dans la conscience collective (interdiction de Dieudonné), quand l'islamophobie reçoit des couronnes de lauriers dans tout l'espace public.

Cette victoire du discours raciste dans la bataille culturelle fait vaciller la bataille judiciaire qui hésite sur les réponses à donner. C'est l'éternelle perméabilité de la justice au contexte politique et social, et pour le dire rapidement à l'esprit des temps. La justice ne nous a que très rarement donné dans l'Histoire l'exemple du courage et de l'esprit de résistance. Elle hurle avec les loups en bon serviteur.

2) Un basculement systémique du discours raciste dans les institutions régaliennes, le monde politique et les médias

Le discours raciste affecte profondément les rouages principaux de la Société démocratique. Cette extension du domaine de la haine touche directement les institutions, pourtant gardiennes des principes d'égalité, comme la police, les militaires ou les femmes et hommes politiques de tous bords. De nombreux exemples viennent illustrer une telle assertion.

Les affaires de racisme dans la police se multiplient : le procès de la « meute » de la BAC de Nuit de Nancy dont le mot d'ordre « *ni bougnoule, ni gonzesse* » a donné lieu à des condamnations lourdes d'une dizaine de policiers, le procès de deux membres des 7754 « amis » policiers facebook qui s'échangeaient des amabilités sur les musulmans et les étrangers, ou encore le représentant du Syndicat Unité SGP Police Luc Poignant qui à l'occasion de l'émission C dans l'air avait déclaré que le « *mot bamboula, d'accord ça doit pas se dire, mais ça reste encore à peu près convenable.* »

La tribune rédigée par une vingtaine de généraux parue sur le site Web Media de Valeurs Actuelles le 21 avril 2021 (date anniversaire de la qualification de Jean Marie Le Pen au second tour de l'élection présidentielle de 2002) expliquant les nombreux « dangers mortels » *« menaçant la France qui serait en « péril »* montre à quel point le racisme s'est immiscé dans les consciences des plus hautes autorités militaires. En cause de ce délitement « *un certain antiracisme* » qui serait porté par le « *racialisme, l'indigénisme et les théories décoloniales* » engendrant la « *guerre raciale* ». Ce « *délitement* » a d'ailleurs pour cause majeure, selon ces Généraux, « *l'islamisme et les hordes de banlieues* », thèse qui, au-delà d'une sémantique animalisante, établit un lien raciste entre islam, islamisme, banlieue, délinquance et terrorisme.

Ces réflexions sont d'ailleurs reprises sur le champ politique, notamment par Eric Zemmour lors du discours prononcé à la « Convention des Droites » déjà cité : « *il y a une continuité entre les viols, vols, trafics jusqu'aux attentats de 2015 en passant par les innombrables attaques au*

couteau dans les rues de France, ce sont les mêmes qui commettent, qui passent sans difficulté de l'un à l'autre pour punir les « kouffar » les infidèles. C'est le djihad partout et pour tous et par tous. » De nombreux femmes et hommes politiques de premier plan et a priori sans lien avec l'extrême droite, loin de s'émouvoir devant la stigmatisation évidente qu'engendrent de tels propos, semblent chacun vouloir faire la course en tête de celui qui sera le plus radical. Nicolas Sarkozy, Eric Ciotti ou Valérie Pécresse issus de la droite dite républicaine ont franchi le Rubicon en tendant la main à l'extrême droite sur le terrain de ses valeurs, tournant le dos au gaullisme pour replonger dans les affres du pétainisme dont les trahisons aux principes fondamentaux de la République semblent de nouveau au goût du jour.

Ces discours apparaissent d'autant moins disruptifs que la « société du spectacle » est à leurs services et qu'ils sont aujourd'hui largement repris par des médias dont la concentration capitaliste est aux mains de l'idéologie d'extrême droite. La prise de contrôle par Vincent Bolloré des grands médias, dont Canal Plus et Europe 1 sont les symboles prestigieux, libère à travers des talkshow une parole débridée, populiste et souvent raciste. Canal +, ancien haut lieu de la fête, de l'humour et de l'antiracisme de la gauche culturelle et médiatique, ainsi métamorphosé en étendard de l'extrême droite, est probablement le symbole le plus fort de ce basculement systémique du discours. Il est devenu de bon ton de ne pas être « bienpensant », et le discours dominant est celui du rejet de l'autre et principalement du musulman. D'ailleurs Vincent Bolloré reconnaît lui-même se servir des médias pour poursuivre un « but civilisationnel ». Le contrôle des Maisons d'édition EDITIS et HACHETTE, respectivement n°1 et 2 de l'édition française parachève la mise sous contrôle du discours et des textes afin d'assurer la victoire des idées dans les consciences et de préparer la prise de contrôle politique et institutionnelle qui est déjà à l'œuvre. Il est d'ailleurs assez notable de constater que le Rassemblement National n'a pas besoin de faire de surenchère dans le discours puisqu'il est un présupposé acquis de tous, compte tenu de son histoire notamment portée par la violence verbale de Jean Marie Le Pen.

II. Des réponses judiciaires inadaptées et incohérentes aux discours racistes

Indépendamment des sanctions pénales attachées aux condamnations, la justice n'examine le discours de haine que comme un fait en soi et ne le considère pas pour ce qu'il est, un préparateur, un facilitateur, un déclencheur du meurtre collectif.

Pourtant, deux exemples récents significatifs et connus permettent de mesurer la force meurtrière du discours de haine :

- Le 15 mars 2019, un terroriste assassinait 50 personnes à Christchurch en Nouvelle Zélande après avoir publié un manifeste intitulé « *the great replacement* ».
- En France, le 28 octobre 2020, un terroriste d'extrême droite tirait avec une arme à feu sur deux personnes qui sortaient d'une mosquée à Bayonne. Lors de la perquisition, on retrouvait des documents attestant de l'influence que les propos tenus par Eric Zemmour ont eus sur son geste meurtrier.

Mais avons-nous besoin de ces expériences pour savoir que l'idéologie de haine tue ? Qu'il suffise de se référer à la presse antisémite des années Dreyfus à celles de la collaboration française (*Gringoire, Je suis partout*, etc.) avec l'Allemagne nazie, pour savoir que le discours prépare les esprits au passage à l'acte criminel et au génocide. Que dire de la réponse judiciaire donnée à cette expansion du discours de haine, étant précisé qu'il ne s'agit que de mon modeste retour d'expérience ?

1) Des réponses judiciaires incohérentes, inadaptées et insuffisantes aux discours racistes

Une réponse aléatoire et sélective. L'opportunité des poursuites est maniée avec une grande sélectivité par le Ministère Public, laissant une part importante des actions judiciaires à l'initiative des Parties civiles par voie de citation directe ou par plainte avec constitution de partie civile. Il est en effet extrêmement rare à Paris que le Parquet se saisisse spontanément de propos de haine raciste sans que la procédure n'ait été déclenchée par une partie civile. De même, les plaintes simples que, souvent, nous adressons pleins d'espoir au Parquet, ne font que rarement l'ouverture d'une enquête préliminaire. Les classements sans suite ou les non-réponses du Parquet sont nombreux, comme si la répression de ce trouble à l'ordre public majeur ne concernait que les victimes. Le Parquet semble se délester sur la vigilance des associations qui n'ont que de faibles moyens, tant les subventions publiques sont en baisse. Les avocats ne sont pas payés et agissent *pro bono* pour la cause antiraciste sur leur temps et leurs deniers personnels, et les consignations sont souvent des obstacles importants à l'engagement des procédures.

Parallèlement lorsque les procédures aboutissent à des condamnations, les articles 475-1 du CPP (somme allouée en remboursement des frais de justice) octroyés sont dérisoires, donnant le sentiment que ce travail de substitution mené par les associations en lieu et place de celui dévolu au Parquet, n'obtient même pas la reconnaissance judiciaire. Il est de surcroît impossible de comprendre la cohérence des décisions du parquet : Pourquoi la Tribune des Généraux publiée dans Valeurs Actuelles fera l'objet d'un classement sans suite au motif qu'« *il apparait qu'aucune infraction pénale n'est susceptible d'être caractérisée en l'espèce* » ? Pourquoi Monsieur Régis Gauche Maire de la ville de Croix, interviewé dans « La Voix du Nord » et qui accusait sans preuve les populations roms présentes sur sa ville d'être à l'origine de vols en déclarant « *Si un Croisien commet l'irréparable je le soutiendrai. Les roms n'ont rien à faire à Croix. Oui s'il y a un dérapage, j'apporterai mon soutien. La population en a assez* » a fait l'objet d'un classement sans suite malgré la plainte de la Maison des Potes ? De même lorsque Eric Zemmour (encore lui !) déclare le 13 mai 2001 et le 25 mars 2022 sur Cnews : « *la plupart des vendeurs de cracks sont sénégalais, alors évidemment on ne dit pas que tous les sénégalais sont vendeurs de cracks* » ou encore « *je n'ai pas dit tous les sénégalais sont trafiquants de cracks. J'ai dit tous les trafiquants de cracks sont sénégalais* ». Le Parquet classe sans suite au motif que l'infraction est insuffisamment caractérisée « *notamment concernant la caractérisation du groupe visé.* » Est-ce à dire qu'Eric Zemmour finit par gagner par lassitude des juridictions qui hésitent à le poursuivre de crainte d'en faire un bouc émissaire ? Pourtant Eric Zemmour ne devrait recevoir aucune indulgence tant il semble se jouer des finesses parfois trop subtiles de la procédure. Avec aplomb il écrivait non sans imprudence dans son dernier livre « La France n'a pas dit son dernier mot » : « *j'avais pourtant dit le mot magique. J'avais dit « la plupart » des mineurs isolés sont délinquants, voleurs, violeurs. A deux reprises, je l'avais répété ce mot magique. La « plupart » c'est le sésame ouvre toi. C'est le moyen d'échapper aux condamnations judiciaires.* »

En revanche les propos racistes tenus à l'encontre de Christiane Taubira lorsqu'elle était Garde des Sceaux ont reçu à raison, une réponse immédiate du Ministère Public.

Une réponse lente. Il faut environ 18 mois de délai devant la 17^{ème} chambre aujourd'hui entre la délivrance de la citation directe et le jugement, avec le principe d'audiences relais tous les 3 mois pour interrompre la prescription. Il y a une forme de paradoxe puisque dans un souci de protection du débat public, le délai de prescription est très court (un an maximum), alors même que la sanction interviendra à un moment où l'effet dissuasif n'aura plus aucun écho tant il sera déconnecté du contexte dans lequel il a été prononcé. Ainsi le propos sanctionnable aura produit

tous ses effets conduisant à la violence et à la stigmatisation, alors même que la sanction restera lovée dans les couvertures de la confidentialité.

Une réponse inadaptée. Le caractère inadapté des réponses judiciaires aux discours racistes ressort également des condamnations prononcées à l'égard de leurs auteurs, au pénal où elles sont insuffisantes, comme au civil où beaucoup les considèrent indécentes.

Des condamnations pénales insuffisantes. Avocat intervenant au pénal, il me semble souvent contre nature de regretter la faiblesse des condamnations. Pourtant tel est le cas en matière de poursuites des propos haineux. Il y a une forme d'inadaptation des sanctions pénales à la gravité des atteintes à l'ordre public. Depuis plus de 10 ans que j'interviens aux côtés des associations antiracistes, les sanctions pénales n'ont pas augmenté. Elles se soldent par des peines d'amende qui sont relativement modestes. Ainsi, *Valeurs actuelles* qui avait titré sa « Une » pour son édition du 22 septembre 2013 « Naturalisé : l'Invasion qu'on cache (...) le poids des musulmans n'a cessé d'augmenter », associé à l'icône de Marianne en tant qu'emblème républicain, revêtue du voile islamique, n'avait été condamnée qu'à 2000 euros d'amende, alors que cette Une lui avait rapporté énormément de ventes et d'échos. Quel est l'effet prohibitif d'une telle sanction rapportée aux conséquences positives pour le journal, et à l'effet délétère occasionné sur le débat public ainsi que sur les atteintes physiques commises sur les musulmans ? Lorsque, dans le cadre d'une action initiée par le Parquet, le journal *Minute* est condamné en septembre 2015 pour sa Une sur Christiane Taubira qui titrait « *Maligne comme un singe ; Taubira retrouve la Banane* », le Directeur de Publication n'est condamné qu'à 10 000 euros d'amende.

De même, Eric Zemmour dont les livres lui rapportent une fortune (d'après la presse plus d'un million d'euros), et dont l'audience médiatique acquise notamment grâce au soutien de Vincent Bolloré lui assure des rentrées financières régulières et importantes, ose ne déclarer comme revenus lorsqu'il est convoqué en justice qu'une somme de 5000 euros par mois et ne sera condamné qu'à 10 000 euros d'amende en 2020. Pour la deuxième affaire en 2022 (les mineurs isolés), les motivations insistent sur la violence des propos tenus et les juges prononcent des attendus d'une grave solennité. Pourtant, ce ne seront que 100 jours-amende à 100 euros qui seront prononcés. De même, l'interdiction des droits civiques, pourtant à disposition du panel de sanction du Parquet, n'est jamais requise. Les tribunaux de leur côté ne la prononcent jamais, ce qu'ils pourraient faire même sans réquisition. Cette décision aurait pourtant été salutaire à l'aube d'une entrée d'Eric Zemmour en campagne présidentielle. Cette sous-évaluation de la gravité des atteintes à l'ordre public que constituent ces discours de haine participe de leur généralisation et de leur approbation par une certaine partie de la population.

Des condamnations civiles indécentes. Les tribunaux sont finalement cohérents dans le sous intérêt accordé à cette lutte. Voilà les associations contraintes de mettre en mouvement l'action publique, de la financer, de la porter avec un Parquet souvent timoré pour porter cette parole et enfin des indemnisations modiques ne tenant pas compte du préjudice subi par ces associations. La responsabilité est aussi à rechercher du côté des associations elles-mêmes qui durant de nombreuses années estimaient qu'elles pouvaient se contenter de solliciter 1 euro de dommages et intérêts, comme si, finalement, elles avaient elles-mêmes intégré l'illégitimité de demander des dommages et intérêts proportionnels au préjudice. Avec La Maison des Potes nous avons initié de demander des dommages et intérêts à hauteur de l'estimation réelle de nos préjudices. Ainsi dans les affaires concernant Eric Zemmour, nos demandes se sont élevées à 100 000 euros. Cette stratégie a eu comme effet de pousser d'autres associations comme SOS Racisme à s'aligner sur nos demandes qui n'apparaissent plus comme des demandes farfelues ni excessives, mais comme une norme à laquelle les tribunaux vont devoir s'habituer. Je suis

également l'avocat d'associations qui luttent contre la corruption, et après des débuts chaotiques pour faire reconnaître notre intérêt à agir et nos préjudices, il n'est plus rare d'obtenir 30 000 euros de dommages et intérêts et 20 000 euros au titre de l'article 475-1 du CPP. Le combat contre le discours de haine doit obtenir la même reconnaissance symbolique que la lutte contre la corruption qui a longtemps été sous-estimée. Les hommes politiques qui comparaissaient se voyaient protégés par une justice complaisante qui quand elle finissait par condamner ne prononçait que de faibles peines et des dommages et intérêts trop modestes. Une association qui sollicite des dommages et intérêts participe du sentiment de réparation subi par toutes les victimes silencieuses des propos racistes et qui faute de moyens, de temps, de disponibilité mentale, ne peuvent que subir la dégradation du discours public et ressentir dans leur chair l'humiliation des mots. Lorsque les propos racistes ne visent personne, alors la loi autorise les associations à se constituer partie civile sans l'accord des victimes. Pourquoi la justice n'admet-elle pas dans cette hypothèse que le préjudice subi par les associations est un préjudice collectif, que ce préjudice est la somme des préjudices individuels non exprimés ?

Il est temps que la justice comprenne que la devise républicaine « liberté égalité fraternité » a pour socle la lutte contre le racisme et les discriminations, et que cette lutte commence par abattre ce qui est son véhicule, le discours et l'idéologie qui la sous-tend.

2) Des réponses des juridictions supérieures perméables à l'idéologie raciste

Si les juridictions de première instance semblent plus enclines à prendre la mesure de la gravité du trouble à l'ordre public généré par le discours raciste, les juridictions supérieures sont en revanche sensibles au discours raciste et la liberté d'expression est promue jusqu'aux confins de territoires idéologiques anti-républicains pour exonérer les auteurs de toute condamnation.

Deux exemples peuvent illustrer de tels propos, comme un cheminement réactionnaire à travers le temps judiciaire.

- Reprenons l'affaire qui a vu des poursuites engagées initialement par l'UEJF contre la une de l'hebdomadaire *Valeurs Actuelles* du 26 septembre au 2 octobre 2013 « *Naturalisé : l'Invasion qu'on cache (...) le poids des musulmans n'a cessé d'augmenter* », associé à l'icône de Marianne en tant qu'emblème républicain, revêtue du voile islamique. L'UEJF avait visé les dispositions des articles 23 et 24 alinéas 8 de la Loi de 1881 prévoyant et réprimant l'infraction de provocation à la discrimination religieuse. D'autres associations se sont constituées devant le Tribunal dont la Maison des Potes que je défendais.

Le 16 décembre 2014 la 17^{ème} chambre du Tribunal de Paris condamnait le Directeur de Publication de *Valeurs actuelles* avec cette motivation : « *Au regard de l'ensemble de ces éléments, la couverture de Valeurs Actuelles apparaît dépasser la simple énonciation d'une opinion, mais tend, par les termes mis en valeurs, par les expressions employées et par la présentation iconographique, à susciter un sentiment d'hostilité et de rejet envers l'ensemble des personnes de confession musulmanes, présentée sans nuance comme à l'origine d'une invasion dissimulée et dangereuse.* »

En appel, le prévenu faisait valoir qu'aucune communauté répondant aux exigences de l'article 24 alinéa 8 n'était visée et que le sujet des articles et de la Une ne concernait que les naturalisations massives sans qu'aucune communauté ne soit plus identifiable qu'une autre.

Dans son arrêt en date du 3 décembre 2015, la Cour d'Appel de Paris condamnait en ces termes : « *Considérant que s'il relève certes de la liberté d'opinion de critiquer la politique gouvernementale de naturalisation, en lui reprochant, notamment, d'être massive et de répondre à des visées électoralistes, présenter les personnes de confession musulmane naturalisée ou susceptible de l'être comme des envahisseurs et représentant un danger d'autant plus grand pour les autres citoyens que cette invasion est dissimulée, suscite nécessairement, chez le lecteur, ainsi que le tribunal l'a estimé, un sentiment d'hostilité et de rejet à l'égard de cette communauté.* »

Un pourvoi était régularisé et par un arrêt de principe en date du 7 juin 2017 dont la teneur ne peut que laisser un goût amer, la Cour de Cassation a cassé sans renvoi l'arrêt prononcé la Chambre 7 Pôle 2 de la Cour d'Appel de Paris (dont nous reparlerons) en ces termes : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi alors que les propos litigieux, portant sur une question d'intérêt public relative à la politique gouvernementale de naturalisation, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression et que, même si leur formulation peut légitimement heurter des personnes de confession musulmane, ils ne contiennent néanmoins pas d'appel ou d'exhortation à la discrimination, à la haine ou à la violence à leur égard, la Cour d'Appel a méconnu les susvisés et les principes ci-dessus énoncés.* »

Le même hebdomadaire faisait à la même période (du 22 au 28 août 2013) la couverture de son édition avec le titre « *Roms - L'overdose - Sondage exclusif: ras le bol des Français-Assistanat...ce qu'on a pas le droit de dire* ». A l'intérieur du journal, sept pages particulièrement stigmatisantes envers la communauté Rom.

La LICRA à l'origine des poursuites visait d'une part l'infraction de provocation à la discrimination, à la haine et à la violence à l'encontre de la Communauté Rom, mais également l'infraction de diffamation à l'encontre de la même communauté. 7 passages étaient visés par la prévention.

Sans entrer dans le détail de chaque passage visé, le tribunal condamnait en rappelant notamment que « *la répétition et la juxtaposition de termes censés descriptifs tels que « fléau », « overdose », « plaie », « invasion », tous évocateurs de maladies ou catastrophes, certains comme « fléau » figurant de surcroît en rouge, en gras, et en gros caractères et d'autres voyant leur caractère dramatique accentué par leur insertion dans des phrases nominales, procédé stylistique classiquement utilisé pour renforcer une idée ou une émotion, contribuent nécessairement par-delà le supposé « constat », à opposer la communauté visée, appréhendée sous un prisme uniquement négatif, à « la France » ou aux « français », légitimement excédés par ces comportements et cernés de surcroît de toute part sans aucune échappatoire possible « qu'ils soient cernés sur leur lieu de villégiature ou restés au travail ». Ces propos sont d'autant plus clivants et de nature à susciter rejet et hostilité que les « constats » susvisés sont assortis de commentaires incitant clairement les français et leurs élus, abandonnés par les pouvoirs publics, interdits de pouvoir librement exprimer et traduire en actes concrets leur indignation et leur rejet de la population concernée « à se débrouiller seuls », expression pour le moins ambiguë - « lâchée par les pouvoirs publics, muselée par le politiquement correct...les français disent : assez! ° Il résulte de l'ensemble de ces considérations (...) ne peuvent en aucune manière apparaître comme de nature à contribuer à un débat objectif légitime sur un problème social d'une particulière acuité et doivent ainsi être analysés comme constitutifs du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence ».*

Sur appel de l'hebdomadaire, la Cour d'appel Chambre 7 Pôle 2, identiquement composée, confirmait globalement dans son arrêt du 9 décembre 2015 la décision rendue par le Tribunal.

Cette même chambre s'est trouvée dotée, postérieurement à l'arrêt rendu le 7 juin 2017 par la Cour de cassation, d'un nouveau Président qui a métamorphosé la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris en matière de répression du discours de haine épousant jusqu'à l'excès la position de la Cour de cassation.

- Le discours d'Eric Zemmour à l'occasion de la Convention des Droites, diffusé en direct sur LCI et contenant à peu près tout le panel des préjugés racistes à l'encontre de la communauté musulmane, a fait l'objet de plaintes simples déposées par l'ensemble des associations anti-racistes.

Une fois n'est pas coutume, le Parquet de Paris a ouvert une enquête préliminaire qui a donné lieu au renvoi de son auteur devant le Tribunal correctionnel pour des faits d'injures à caractère racial et de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à raison de la religion musulmane.

Dans sa décision en date du 25 septembre 2020, la 17^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal Judiciaire de Paris a condamné Eric Zemmour aux motifs suivants :

« Si la défense soutient qu'Eric Zemmour se bornerait à critiquer dans ce discours la religion musulmane, l'extrémisme des salafistes et à déplorer l'état des banlieues françaises, la formulation des passages incriminés de ce discours écrit et préparé ne stigmatise pas (...) les islamistes ou les salafistes mais les musulmans dans leur ensemble présentés comme des envahisseurs, avec un champ lexical de guerre et de colonisation : « propagande », « uniforme », « terre conquise », « kalash », « djihad », « armée d'occupation », « vaincus », « invasion », « colonisation », « occupation », « colonisateurs », de domination : « qui seront leurs esclaves », « vivre sous la domination des meurs islamiques et du halal » et de violence : « viols », « attentats de 2015 » et « innombrables attaques aux couteaux dans les rues de France ».

Cette description effrayante (l'auteur affirme en fin de discours : « vous avez raison d'avoir peur ») et rappelant à dessein l'occupation allemande pendant la seconde guerre mondiale est une exhortation implicite pour tous les passages sauf le 4 à la discrimination, la haine ou la violence envers la communauté musulmane.

S'agissant du passage 4, en affirmant que les jeunes français qui n'accepteront pas de vivre en minorité « devront se battre pour leur libération », dans ce contexte de colonisation musulmane, l'auteur exhorte explicitement à la discrimination, la haine ou la violence envers la communauté musulmane.

*Il s'agit d'un discours de haine qui ne correspond pas aux valeurs qui sous-tendent la convention européenne des droits de l'homme ; conformément à l'article 10 de cette convention, il y a lieu de déclarer Eric Zemmour, **dont l'intention délictueuse ne fait pas de doute** au regard des circonstances de leur diffusion, de la tonalité générale et de la force provocatrice des mots choisis sur l'impact desquels le prévenu ne pouvait se méprendre, coupable du chef de provocation à la haine, à la discrimination et à la violence contre la communauté musulmane à raison de sa religion ».*

Saisie en appel, la Cour rendait un arrêt le 8 septembre 2021 stupéfiant de byzantinisme pour faire échapper Eric Zemmour à une condamnation pourtant évidente, et dont je ne résiste pas à vous en donner la teneur intégrale :

« Il appartient à la Cour de rechercher si les propos litigieux visent des personnes ou groupes protégés par les articles 33 alinéa 3 et 24 alinéa 7 de la loi du 29 juillet 1881 en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Le premier passage qui est indissociable des propos tenus juste avant par le prévenu sur l'islam et l'islamophobie, vise des immigrés de confession musulmane en provenance d'Afrique. Les propos critiqués ne visent donc nullement l'ensemble des africains, des musulmans ou des immigrés, mais seulement une partie de ceux-ci.

Le deuxième passage poursuivi vient immédiatement après un développement sur l'aggravation des problèmes de l'Europe par l'immigration et l'islam. Là aussi les propos querellés ne visent nullement l'ensemble des immigrés ou des musulmans, mais uniquement les immigrés de confession musulmane.

Les troisième, quatrième et cinquième passages – qui se suivent- ne visent que les immigrés de confession musulmane, auquel il est imputé de vouloir « venir en France pour continuer à vivre comme au pays » et placer les autochtones « sous la domination de mœurs islamiques ».

Le sixième passage ne vise pas les musulmans dans leur ensemble, mais seulement une partie d'entre eux, qui affiche une appartenance communautaire par le port d'un voile pour les femmes ou d'une djellaba pour les hommes.

*Il convient de constater **qu'aucun des propos poursuivis ne vise l'ensemble des Africains, des immigrés ou des musulmans, mais uniquement une fraction de ces groupes.***

*En tout état de cause, il n'est nullement justifié de propos visant un groupe de personnes, dans son ensemble, en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.
D'où il suit que les infractions imputées ne sont pas constituées. »*

La Cour d'appel s'est ainsi « amusée » à faire comme si elle ne comprenait pas que les musulmans dans leur ensemble étaient visés. Elle a tenté par des analyses exégétiques du texte d'Eric Zemmour de distinguer des sous-groupes, puis des sous-groupes de sous-groupes, pour refuser l'identification de la communauté musulmane comme groupe visé et lui éviter la condamnation qui s'imposait. La Cour de cassation est saisie d'un pourvoi de la Maison des Potes.

Face à une justice globalement inefficace pour lutter contre les discours de haine, quelles sont les pistes de travail, d'avancées et de réflexion ?

3) Perspectives d'actions pour influencer sur le cours timoré de la justice

Je veux évoquer ici quatre expériences menées avec d'autres confrères pour tenter de secouer le cocotier judiciaire bien atone sur ces questions.

3.1. La tentative avortée du procès historique

A l'occasion du procès d'Eric Zemmour, il nous est apparu avec Slim Ben Achour avec qui j'intervenais au soutien de la défense de la Maison des Potes, que le moment était venu de sortir de la banalisation confidentielle de ces procès, et que nous étions à un moment de basculement historique, similaire dans l'intensité au climat de haine antisémite d'avant-guerre, dont la cible contemporaine était les musulmans. Pour mettre en perspective cette dimension, nous avons cru pertinent de nous tourner vers les grands historiens français, et qu'à l'occasion du procès ils puissent venir témoigner, à partir de leur savoir, des similarités entre le passé et le présent, et des risques pour les populations musulmanes.

Hélas, seul Gérard Noiriel, auteur d'un livre comparant Eric Zemmour et Edouard Drumont (*Le venin dans la plume*), a accepté, non de venir témoigner physiquement, mais de nous remettre une attestation à l'attention du tribunal.

Les autres historiens contactés (et dont je tairai le nom), y compris les chercheurs travaillant sur le Site-Memorial du camp des Milles et qui pourtant mènent un travail pédagogique considérable à destination du jeune public pour le sensibiliser aux conséquences dramatiques de la banalisation du discours de haine, ont refusé de venir témoigner. L'argument a toujours été peu ou prou le même : l'historien est toujours mal compris de la justice, il n'est pas là pour participer à l'œuvre de justice, il est là pour éclairer le passé et donner à comprendre le présent uniquement par le travail de recherche et d'édition.

Cette vision aseptisée de l'historien m'apparaît désastreuse tant elle permet au « Savoir » (avec un Grand S) de rester confiné dans sa tour d'ivoire, en évitant la responsabilité politique de la confrontation au présent.

3.2. La mise en cause des chaînes y compris lors d'une diffusion en direct

Toujours dans ce procès concernant Eric Zemmour à la Convention des Droites, nous avons tenté de mettre en cause la chaîne LCI en tant que complice des propos tenus, et ce en contradiction avec la Loi qui ne permet pas de le faire lorsque les propos ont été tenus en direct, ce qui était le cas.

Cependant, nous avons voulu faire reconnaître la responsabilité de la chaîne qui, à grand renfort de publicités, avait annoncé cette diffusion en direct en sachant parfaitement les thèses défendues par le polémiste et le cadre politique dans lequel son discours s'inscrivait à l'initiative de l'évènement organisé par Marion Maréchal Le Pen.

Nous avons soutenu que la chaîne de télévision française d'information LCI a propagé volontairement son discours à plus d'un million de téléspectateurs, sans aucune intervention de sa part durant 32 minutes. Nous plaidions que ce discours qui aurait pu n'avoir qu'un caractère relativement confidentiel, ou limité à un auditoire déjà sensibilisé au discours raciste et seul présent à la réunion publique, a eu une diffusion et un écho considérable en raison de sa diffusion in extenso en direct par la chaîne LCI.

Cette diffusion large participe de la banalisation d'un discours raciste dans l'espace public et il ne nous paraissait pas possible d'exclure LCI de sa part de responsabilité juridique et judiciaire. Le tribunal ne nous a pas suivis.

3.3. Le contournement de la loi

Plus récemment dans le cadre du collectif STOP BOLLORÉ initié notamment par Arié Alimi, la Maison des Potes que je représente et le MRAP représenté par Kaltoum Gachi, nous avons déposé une plainte simple tentant de contourner les difficultés juridiques de la Loi de 1881 et de permettre la mise en cause de tous les responsables de cette généralisation de la haine ainsi que la possibilité que des peines sévères puissent être prononcées.

Un groupe de travail a passé au crible toutes les émissions de « face à l'info » sur CNEWS au cours de laquelle sévissait Eric Zemmour et extrait l'ensemble des phrases susceptibles de recevoir une qualification pénale.

Ainsi nous avons soutenu que deux infractions principales pouvaient être retenues, relevant du droit pénal général.

D'une part, l'infraction visée à l'article 412-8 du Code Pénal et qui dispose « *Le fait de provoquer à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque la provocation est suivie d'effet, les peines sont portées à trente ans de détention criminelle et à 450 000 euros d'amende. Lorsque la provocation est commise par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables.* »

D'autre part, l'infraction visée à l'article 227-24 du Code pénal qui dispose : « *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique, y compris des images pornographiques impliquant un ou plusieurs animaux, ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. Les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans.* »

Enfin, compte tenu du rôle joué par Vincent Bolloré dans cette bataille idéologique et de ses déclarations indiquant qu'il menait une bataille civilisationnelle, sa complicité directe pourrait être recherchée sur le terrain du droit pénal général (art. 121-7 du code pénal).

3.4. La saisine de l'ARCOM

Enfin la loi du 24 août 2021 a fusionné le CSA et HADOPI renforçant la responsabilité des plateformes et le contrôle des contenus, par la création de l'ARCOM.

Cet objectif louable nous a fait saisir cette autorité afin que des sanctions puissent être prononcées.

Ces tentatives pour tordre le cou à un cadre judiciaire trop étriqué pour poursuivre utilement les auteurs de propos haineux, incitent à penser à une refonte de la loi

3.5. Vers une réforme de la loi sur la presse concernant le discours raciste

Dire que le cadre légal n'avance pas serait mensonge. La loi créant l'ARCOM va dans le sens d'un contrôle renforcé, mais en même temps déjudiciarise le contrôle et les sanctions. Air du temps, les juges font peur au pouvoir politique et l'on préfère les commissions, les autorités indépendantes, les commissions d'enquêtes au juge.

Dans le même temps, la loi permet dorénavant les comparutions immédiates pour les poursuites concernant l'incitation à la haine et le Parquet de Paris en charge de la question des discriminations s'est doté d'un pôle spécifique de répression du discours de haine en ligne et s'est vu récemment doté de nouveaux magistrats.

Je termine sur trois pistes de réflexion qui me tiennent à cœur et sur lesquelles il faudrait, à mon sens, travailler :

- La responsabilité en cascade rendant responsable le Directeur de publication du journal, alors même que le journal serait épargné financièrement est une incongruité. Les journaux doivent être responsables financièrement du contenu éditorial.
- Il faudrait retenir la possibilité d'une mise en cause des chaînes de télévision et de radio, y compris pour les propos tenus en direct, lorsque celles-ci invitent des personnalités ayant pour habitude de tenir des propos racistes. Les chaînes ne peuvent pas se dédouaner de leur responsabilité, alors qu'en invitant tel ou tel chroniqueur coutumier de saillies polémiques ou racistes, elles savent que leur recherche d'audience repose sur ces dérapages. Il s'agit donc de dérapages organisés et, d'une certaine manière, souhaités par les chaînes qui ne sauraient se cacher derrière une irresponsabilité de droit.
- Je sais que je vais entendre pousser de hauts cris du côté des avocats attachés à la loi sur la presse, mais je suis favorable à ce que le discours de haine incitant à la discrimination et la violence, sorte du champ du droit de la presse, pour que les délinquants qui les profèrent comparaissent devant des juridictions habituées à juger les délinquants. Tous.

Table-ronde 3 : Quelles stratégies face aux politiques publiques produisant des discriminations ?
--

« La nationalité française vit-elle encore le temps maudit des colonies ? »

Flor TERCERO, *avocate*

Je remercie la section strasbourgeoise du Syndicat des avocats de France et la commission discrimination du syndicat de m'avoir conviée à évoquer le thème du racisme et de la nationalité française. Je ne suis pas une spécialiste à proprement parler de la nationalité française, mais j'ai une connaissance intime d'une discrimination directe dont je peine aujourd'hui plus que jamais à trouver une justification : la discrimination sur la base de la nationalité. Je suis en effet avocate en droit des étrangers. Et la question de la nationalité française irrigue naturellement mon domaine d'activité.

Il n'en demeure pas moins que pour la préparation de mon intervention, j'ai sollicité les conseils avisés de Stéphanie CALVO et Vanina ROCCICHIOLI qui sont des spécialistes du contentieux de la nationalité française. Je les remercie pour leur aide précieuse. Je remercie également Nohra BOUKARA pour son accueil et pour nos échanges autour du thème que j'ai à traiter et tant d'autres qui ont un rapport avec le colloque.

Cette intervention emprunte largement aux analyses faites par des historiens et juristes qui sont cités. Une bibliographie extensive accompagne également cet exposé qui vous sera diffusé ultérieurement.

Plutôt que de faire un plan juridique en deux parties, je vous propose plutôt d'évoquer l'origine et l'évolution de la discrimination raciste en matière de nationalité, pour évoquer les relents actuels de cette discrimination qui se perpétue, pour finir par l'évocation des pistes juridiques pour la combattre. Un point reste peut-être à développer : le droit comparé qui serait très intéressant à explorer mais que je n'ai pas eu l'occasion d'étudier et que j'aurais eu du mal à développer dans le temps imparti pour mon exposé.

1) Origine et évolution de la discrimination raciste en matière de nationalité

Aux temps des colonies, la République française justifiait la violence de la colonisation au motif qu'elle faisait œuvre de civilisation.

Une manifestation de cette violence a été la création de catégories juridiques pour maintenir les colonisés à l'écart des bénéfices d'une citoyenneté pleine et entière, car ils n'étaient pas prêts encore à cette civilisation tant promise.

Patrick WEIL, historien, dans un article publié en 2004 intitulé « Histoire et mémoire des discriminations en matière de nationalité française » identifie quatre discriminations en matière de nationalité française depuis 1875 :

- les femmes (qui épousent des étrangers) jusqu'en 1947 (je rappelle que jusqu'en 1944 toutes les femmes françaises ont été discriminées car elles n'ont été autorisées à voter et donc à

- exercer les droits attachés à la citoyenneté française, que jusqu'à l'ordonnance du 21 avril 1944) ;
- les naturalisés : soumis, entre 1927 et 1984, à des incapacités électives ou professionnelles ;
 - les juifs sous Vichy : la loi du 7 octobre 1940 a abrogé le décret Crémieux qui en 1870 avait naturalisé tous les juifs d'Algérie. 110 000 juifs d'Algérie sont ramenés du statut de citoyen à l'état de sujet. Quand un juif était repéré, à travers son patronyme ou son certificat de naissance, la commission ordonnait une enquête en préfecture ;
 - et enfin, et non pas les moindres, les musulmans d'Algérie qui jusqu'en 1962 n'étaient dotés que d'une « *nationalité dénaturée* ».

J'ajouterai la catégorie juridique des « métis » qu'on examinera plus loin.

Pour devenir pleinement Français, les Musulmans d'Algérie devaient être « naturalisés » (seuls 7000 l'ont été entre 1865 et 1962). Les colons d'origine européenne en Algérie, les blancs donc, par la loi du 26 juin 1889 réintroduisant le *jus solis*, étaient des Français à part entière.

Pour expliquer le nombre très faible de musulmans d'Algérie devenus Français, la raison la plus couramment invoquée est le souhait d'une très large majorité d'entre eux de conserver le statut personnel dicté par le Coran. Mais, outre le fait que de nombreux musulmans furent dissuadés par l'administration coloniale de déposer une demande de naturalisation, le simple fait de renoncer au statut personnel de musulman (c'est-à-dire aux cinq coutumes incompatibles avec le Code civil) ne suffisait pas pour acquérir la pleine nationalité. Le converti non naturalisé reste considéré comme un indigène musulman soumis aux tribunaux répressifs indigènes, mais aussi au tribunal du cadî là où il existe.

Pour justifier cette règle, la cour d'appel d'Alger a statué en 1903 que le terme musulman « *n'a pas un sens purement confessionnel, mais qu'il désigne au contraire l'ensemble des individus d'origine musulmane qui, n'ayant point été admis au droit de cité, ont nécessairement conservé leur statut personnel musulman, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils appartiennent ou non au culte mahométan* » (CA Alger, 5 novembre 1903, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1904.2.25).

Cette assignation à l'origine ethnique ou religieuse, qui maintient le musulman converti dans le statut de l'indigénat tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une naturalisation, montre le caractère raciste et non pas simplement civil ou religieux, du statut d'indigène musulman en Algérie. Les Musulmans d'Algérie, tout « Français » qu'ils étaient, restaient soumis au Code de l'indigénat : ils se voient appliquer des sanctions s'ils se réunissent ou s'ils quittent le village sans autorisation ou s'ils font des réclamations trop vives auprès de l'Administration.

Les conceptions coloniales de la nationalité et de la citoyenneté ont en partie été diffusées en France par le biais de la notion d'« assimilation », employée d'abord en Algérie et dans les colonies avant d'être adoptée, en 1927, comme condition de la naturalisation, puis de devenir un élément central des discours politiques sur la place des migrants et de leurs descendants dans la société française.

Après la deuxième guerre mondiale, ces discriminations sont atténuées ou supprimées, mais la majorité des musulmans est maintenue dans un deuxième collège lié à leur statut personnel.

Ce n'est qu'en 1962 avec l'indépendance qu'ils acquièrent une pleine nationalité, la nationalité

algérienne ou pour une minorité d'entre eux, résidant en France, la nationalité française.

Leurs enfants sont devenus Français automatiquement par l'effet du double droit du sol qui attribue la nationalité à l'enfant né en France d'un parent né en France : l'Algérie, c'était la France avant 1962 et le plus souvent ces enfants nés en France après 1962 l'étaient de parents nés en Algérie avant 1962.

C'est au milieu des années 1980 qu'est née – à droite – la contestation du droit du sol qui visait directement les enfants d'Algériens. Cette contestation aboutit en 1993 à la réforme du code de la nationalité qui ne les concernait plus juridiquement dans leur très grande majorité, mais qui obligeait les enfants des autres étrangers à demander à être Français, plutôt que la nationalité leur soit attribuée automatiquement à leur majorité.

La revendication d'appartenance à l'Algérie des jeunes Français dont les parents sont d'origine algérienne, prend corps dans la France des années 1986-1995... Ce sont des années pendant lesquelles les enfants d'immigrés maghrébins, visés en premier par la réforme du code de la nationalité, ont senti qu'ils étaient devenus indésirables sur le sol français, qu'ils étaient tout juste tolérés.

C'étaient aussi des années où ceux qui, nés en France de parents algériens ont dû apprendre à se considérer à leur corps défendant comme des « Français de papier »⁹⁶.

De Gaulle soutenait une conception ethnique de la nation (une conception raciste clairement) mais s'est rallié à une conception égalitaire insensible à l'origine, devant la vive réaction de plusieurs juristes résistants tels Teitgen, Parodi, Cassin ou Tissier, ce qui a permis au droit du sol de survivre après la décolonisation⁹⁷.

Plus récemment, pendant l'hiver 2015-2016, la réponse politique aux attentats terroristes du mois de novembre précédent à Paris a inclus le projet, finalement abandonné, de compléter l'arsenal juridique existant en matière de *déchéance de nationalité*. Il s'agissait d'étendre aux binationaux nés français une mesure que le code civil ne retient que pour les individus ayant acquis la nationalité par naturalisation, or, la binationalité acquise à la naissance concerne principalement des personnes dont les parents ont émigré d'un pays du Maghreb.

En parallèle de ces développements politiques, la pratique juridique a elle aussi rencontré de plus en plus souvent la question coloniale puisque, depuis la décennie 1980, une proportion toujours plus importante du contentieux en matière de nationalité a concerné des individus nés sur le territoire d'une colonie avant les indépendances ou leurs descendants. À partir des

⁹⁶ Voir Patrick WEIL, sociologue : « Je ne peux m'empêcher de penser que l'extrême sensibilité à ce débat et à cette réforme du droit de la nationalité, le choc subi et le traumatisme qu'ils ont pu engendrer tenaient à ce qu'il ramenait symboliquement ces descendants de musulmans d'Algérie, au statut antérieure leurs parents avaient déjà subi en Algérie coloniale. (...) Jamais ailleurs qu'en Algérie coloniale la France n'avait poussé aussi loin la confusion entre les mots du droit et les choses du vécu, et vidé de leur contenu le terme même de nationalité, comme d'ailleurs de l'ensemble des proclamations, des « fictions » du droit républicain. »

⁹⁷ Voir Emmanuelle SAADA, historienne, dans un article intitulé « Nationalité et citoyenneté en situation coloniale et post-coloniale » publié en 2017 : « En ce début de XXI^e siècle, les articulations de la nationalité et de la citoyenneté avec l'histoire coloniale de la France sont paradoxales en ce qu'elles relèvent d'une évidence rarement explicitée. En effet, les débats politiques sur ces points ainsi que les pratiques juridiques et administratives se focalisent sur le statut d'individus nés dans des territoires anciennement colonisés par la France ou de leurs descendants. Pourtant, ces débats ne montent pas en généralité et n'évoquent pas, de manière plus globale, comment les définitions de la nationalité et de la citoyenneté ont été marquées en profondeur par le phénomène colonial. »

années 1980, la remise en cause de leur nationalité, ou de celle de leurs descendants, repose sur une interprétation de plus en plus restrictive de la notion de « domicile » par la jurisprudence, impliquant notamment un « caractère stable » et des « attaches familiales », et non plus seulement un emploi régulier en France. Désormais, c'est la dissection de l'état civil du pays d'origine qui sert de base au refus et au retrait de la nationalité.

2) Les catégories juridiques racistes et leur persistance dans la jurisprudence

Selon l'historien américain Gary Wilder, la contradiction n'est pas entre une métropole tolérante et un outre-mer rongé par le racisme : elle traverse au contraire l'ensemble du « modèle républicain », qui a longtemps exclu de la citoyenneté de multiples populations – les femmes, les mineurs, les aliénés, les criminels, les domestiques. La situation coloniale peut dès lors être considérée davantage comme un révélateur du caractère profondément exclusif du « modèle républicain » que comme le lieu de son invention.

C'est au nom de la « civilisation » qu'on a refusé aux indigènes l'entrée dans la cité française. Et dans la mesure où la civilisation française s'incarnait concrètement dans les principes du code civil, c'est parce qu'ils restaient soumis à un statut personnel spécifique, imposé et codifié par l'administration coloniale, que la citoyenneté leur a été refusée.

En Algérie, laboratoire du grand partage entre citoyens et sujets, puis en Afrique subsaharienne, les juristes coloniaux ont justifié l'exclusion des indigènes en évoquant leur soumission aux principes du Coran, considéré par l'élite coloniale comme un texte religieux tout autant que politique et social.

C'est tout particulièrement la conception de la famille et du mariage, et au premier chef la polygamie, qui était mise en avant comme principal obstacle à l'exercice de la citoyenneté.

Ce type de raisonnement n'est pas nécessairement contradictoire avec une conception contractuelle du lien de nationalité, dominante chez les juristes de la fin du XIXe siècle, qui suppose l'adhésion à un certain nombre de valeurs ou de normes, ou encore, pour paraphraser Ernest Renan, auteur souvent cité dans les débats sur la nationalité des années 1990, un « plébiscite de tous les jours ».

L'existence même d'une procédure d'accession à la pleine citoyenneté semble confirmer le caractère ouvert de la cité française. Mais les nombreux obstacles, en droit et en pratique, semés sur la route des indigènes désirant devenir citoyens à part entière illustrent le soupçon permanent quant à leur capacité à *s'assimiler* pleinement à la civilisation française.

Si les indigènes ne peuvent bénéficier de la pleine citoyenneté, c'est que ce qui les tient éloignés de la civilisation est un ensemble de caractères distinctifs immuables, imperméables à l'éducation, souvent présentée par les observateurs coloniaux comme un superficiel « vernis » apposé à une civilisation ancestrale.

L'application coloniale de la grande loi de 1889 sur la nationalité française, avec le règlement d'administration publique de 1897, confirme ce point : le droit du sol n'a jamais été appliqué aux populations indigènes dans les colonies françaises, non pas parce que les vertus de la socialisation française sont moins marquées outre-mer, mais pour éviter que des indigènes et ceux qui leur sont assimilés ne deviennent automatiquement citoyens français : les enfants de

Tunisiens et de Marocains en Algérie et ceux de Chinois en Indochine, par exemple, sont assimilés en droit à des indigènes.

En revanche, les enfants d'Européens nés dans les mêmes territoires peuvent bénéficier des mesures relatives au droit du sol, énoncées par la loi de 1889.

La fin de l'Empire français a conduit à l'émergence de nationalités nouvelles. Le partage entre Français et ressortissants de ces nouveaux pays s'est fait à partir :

- du critère de la filiation (Viêt Nam et Afrique équatoriale et occidentale),
- du lieu de la résidence habituelle au moment des indépendances (Afrique),
- ou encore du statut juridique (en Algérie, les Français de droit commun sont restés français alors que ceux de droit local sont devenus algériens).

La notion de « métis » comme celle d'« indigène » ne recouvrent pas de concept juridique et ressortent du vocabulaire courant employé généralement avant la Deuxième Guerre mondiale. La définition du « métis » renvoie, juridiquement, à celle d'un individu né d'une « personne de statut civil de droit local » et d'un(e) Français(e).

Lorsque les parents étaient inconnus, ou l'un des parents inconnu et « présumé d'origine française ou de souche européenne » - ce qu'il fallait prouver, *une telle preuve renvoyant à une présomption fondée sur la couleur de la peau* - le métis pouvait obtenir, selon une procédure judiciaire, la reconnaissance de la qualité de Français.⁹⁸

La polygamie à la française...

Aux termes de l'article 1^{er} de la convention franco-vietnamienne du 16 août 1955, l'expression « originaire du Viêt-nam » désigne les personnes « issues de père et de mère de génération vietnamienne ou faisant partie des minorités ethniques » dont l'habitat se trouve sur le territoire du Viêt-nam. En vertu de l'article 3 de cette convention, les anciens sujets français originaires de Cochinchine (Sud-Viêt-nam) ont la nationalité vietnamienne, quel que soit le lieu où ils se trouvaient le 8 mars 1949. L'intéressée, née à Saïgon de parents vietnamiens, s'est vu attribuer la nationalité vietnamienne, quel qu'ait été son domicile au 8 mars 1949. Sa demande de réintégration dans la nationalité française doit être rejetée (Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 1995, n° 93- 12.668 : JCP éd. G, n° 14, p. 106).

⁹⁸ Cf. Jean François KLEIN in la revue *Moussons* (2022, n° 39), « Recherches en sciences humaines sur l'Asie du Sud-Est » en commentaire du livre écrit par Emmanuelle SAADA *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté* publié en 2007 : « D'une part, les métis étaient la preuve vivante de la transgression possible de la frontière tacitement reconnue dans le monde colonial, c'est-à-dire le non-contact entre dominant/dominé, coloniaux/colonisés. D'autre part, l'abandon de ces enfants les condamnait, lorsqu'ils n'étaient pas reconnus par leur père à se « déciviliser », davantage d'ailleurs par le rang que par le sang. Ces êtres, à la fois hybrides culturellement et bâtards juridiquement, en font des étrangers ou des « indigènes » dans leur propre monde. Marqués par leur double exclusion – du monde « indigène » comme du monde colonial européen – les métis de la colonie représentent une catégorie sociale potentiellement facteur de désordre, tant à la fois sur le plan social et politique que dans la nécessité de leur trouver une place dans l'ordonnement des catégories juridiques aux colonies.

Reléguée à la marge de la société coloniale, leur existence les place juridiquement au cœur de la question coloniale. En effet, les métis non reconnus par leur père ne peuvent accéder à la place de citoyen, restent à vie – et ce malgré leur sang et leur éducation lorsqu'ils en reçurent avant le départ de leur père – des sujets d'empire, au même titre que leur mère.

Dès lors, naissait une difficulté à les classer : si leur faciès en faisait des citoyens français, leur état civil en faisait des « indigènes ». Craignant que cette injustice ne transforme ces « déclassés » en ennemis irréductibles du système colonial, les autorités administratives ainsi que des édiles coloniaux s'attelèrent à ce problème. »

Le décret du 5 novembre 1928 sur les métis nés de parents inconnus en AOF et ses avatars dans les autres colonies est le texte de base en la matière. Il introduit la race comme condition de la citoyenneté française ; l'innovation de ce texte juridique réside dans le fait que son application est ici limitée à la population des enfants issus du métissage.

Dans l'Archipel des Comores (sauf Mayotte), les îles de la Grande-Comore, Anjouan et Mohéli, ont accédé à l'indépendance le 31 décembre 1975 (L. n° 75-1337, 31 déc. 1975 : JO, 4 janv. 1976). Comme en Algérie, ont conservé la nationalité française les Français de statut civil de droit commun et ceux originaires de Mayotte et les personnes qui ont souscrit la déclaration de reconnaissance de la nationalité française prévue à l'article 10 de la loi n° 75-560 du 3 juillet 1975 (JO, 4 juill.), déclaration qui a pu être souscrite jusqu'au 11 avril 1978. Mais la filiation de l'enfant est régie par la loi personnelle de la mère (C. civ., art. 311-14). Selon une consultation du procureur général de Moroni, si en droit islamique, le défaut d'enregistrement du mariage n'entraîne pas sa nullité, sa preuve pouvant être faite par tous moyens, par contre « *la reconnaissance d'enfant naturel ainsi que la légitimation sont prohibées (harâm) par le droit musulman* ». Or les appelants se bornent à alléguer que leurs parents s'étaient mariés, mais ne l'établissent par aucun moyen de preuve (CA Paris, 1^{re} ch., sect. C, 5 mars 2009, n° 07/14216 □ CA Paris, 1^{re} ch., sect. C, 5 mars 2009, n° 07/14217).

On peine à trouver l'ordre public international de la France... Pour écarter les indésirables de la nationalité française, on préfère discriminer les enfants naturels.

Dans le territoire des Afars et des Issas (Djibouti), ont conservé la nationalité française (art. 3) les Français originaires de la République française telle que constituée à la date du 28 juin 1977 (originaires de la métropole). La seule circonstance que la loi du 20 juin 1977 détermine les catégories de personnes qui devaient conserver la nationalité française, notamment en raison de leur résidence sur le territoire des Afars et des Issas n'est pas, par elle-même, discriminatoire au sens des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (□ Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2020, n° 19-15.150, n° 658 F - P + B).

En Algérie, l'application coloniale de la grande loi de 1889 sur la nationalité française, avec le règlement d'administration publique de 1897, confirme ce point : le droit du sol n'a jamais été appliqué aux populations indigènes dans les colonies françaises, non pas parce que les vertus de la socialisation française sont moins marquées outre-mer, mais pour éviter que des indigènes et ceux qui leur sont assimilés ne deviennent automatiquement citoyens français : les enfants de Tunisiens et de Marocains en Algérie et ceux de Chinois en Indochine, par exemple, sont assimilés en droit à des indigènes.

En revanche, les enfants d'Européens nés dans les mêmes territoires peuvent bénéficier des mesures relatives au droit du sol, énoncées par la loi de 1889.

Cette assignation à une sous-catégorie d'humains en raison de l'origine ethnique, le statut de droit local, est encore perpétué aujourd'hui par la Cour de cassation qui rappelle qu'en l'absence de dispositions expresses, le statut civil de droit commun *n'est pas susceptible de renonciation* : en l'espèce, l'intéressée s'est vu délivrer deux certificats de nationalité française comme ayant conservé la nationalité française lors de l'accession à l'indépendance de l'Algérie, sa grand-mère étant de statut civil de droit commun. Cassation de l'arrêt de la cour d'appel qui avait décidé qu'elle ne pouvait se prévaloir du statut de droit commun de sa grand-mère, « qui s'est comportée comme étant de statut de droit local en optant pour la nationalité algérienne et

en changeant son nom de consonance française pour adopter celui de Fatima Mekhancha, le 8 juin 1965, après l'accession de l'Algérie à l'indépendance » (Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-27.294).

Vous êtes blanc, ou métis, vous restez Français même si votre mère soutenait l'indépendance algérienne... n'en déplaise au parquet. Par contre, comme on l'a vu, le statut de droit local n'est pas susceptible de renonciation non plus. Vous êtes arabe, vous restez Musulman d'Algérie, même si vous vous êtes converti au catholicisme.

3) La preuve de l'état des personnes : catalyseur du néo-colonialisme français

Lorsque les autorités ne peuvent plus mobiliser le droit raciste issue de la décolonisation, elles s'attèlent alors à refuser toute reconnaissance de nationalité, parfois même lorsque les personnes ont joui de la citoyenneté sous couvert de certificat de nationalité française délivré par les autorités judiciaires françaises en métropole, sur la base d'actes d'état civil qu'elles estiment apocryphes des décennies plus tard, en particulier lorsque ces actes ont été établis dans des pays où l'état civil est considéré comme « peu fiable », où les autorités sont facilement corrompues, et où la fraude est massive selon les autorités françaises (cf. Guinée, Bénin, RDC, Congo, en général l'Afrique subsaharienne...).

Le 17 mars 2022, se tenait le colloque sur l'état des personnes organisé par la Cour de cassation⁹⁹. Les différentes interventions permettent de conclure que la France est obsédée par la fraude et que la suspicion généralisée des autorités françaises sur les actes d'état civil étrangers est excessive.

A telle enseigne que Monsieur le Professeur FULCHIRON en vient à conclure qu'il faudrait pallier l'atteinte à l'identité des personnes dépourvues d'état civil par l'élargissement des hypothèses des actes de notoriété et jugements supplétifs, en rappelant une jurisprudence de la Cour d'appel de Paris de 1977 : il est d'intérêt ordre public à ce que toute personne résidant en France soit munie d'un état civil.

En réponse, l'adjointe du bureau de la nationalité de la Direction des affaires civiles et du sceau indique qu'une instruction va être adressé aux parquets pour s'opposer au recours aux jugements supplétifs car le Ministère de justice estime que le nombre de requêtes a explosé en passant de 923 requêtes en 2015 à 1661 requêtes en 2020.

Effectivement, les avocat.es confrontés à la suspicion fondée sur l'article 47 du code civil recourent à ce que Laurent FICHOT, avocat général près la Cour d'appel de Rennes, a qualifié de « *blanchiment* » de l'état civil : jugements supplétifs ou déclaratifs concernant l'état civil pris par des juges français lorsque la personne est privée d'identité par le refus des autorités françaises de reconnaître la force probante d'un acte d'état civil étranger.

Les autorités françaises remettent en cause l'état civil étranger en estimant qu'il n'est pas fiable et déclarent que l'aide au développement pour améliorer la fiabilité des services d'état civil étrangers est une priorité.

Pourtant, en 2019, la France s'est retirée de la Commission internationale de l'état civil qui siège à Strasbourg, dont le but est justement d'améliorer la coopération internationale en matière d'état civil.¹⁰⁰

⁹⁹ Cf. <https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-preuve-de-letat-des-personnes-questions-actualite>.

¹⁰⁰ Cf. <https://conflictoflaws.net/2020/just-published-the-international-commission-on-civil-status-in-danger/>

A Toulouse, le 26 novembre 2021, s'est tenu également un colloque organisé par l'association des Avocats pour la défense des étrangers de Toulouse, sur le thème de l'état civil étranger « de la présomption d'authenticité à la suspicion généralisée ».

Le texte qui fonde cette présomption d'authenticité d'un acte d'état civil étranger est l'article 47 du code civil. Le texte a fortement été remanié au gré des préoccupations du législateur sur la suspicion de tout ce qui est étranger.¹⁰¹ Jusqu'en 2003, « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* ».

Depuis, la remise en cause de la force probante des actes étrangers n'a cessé de s'aggraver.

A l'occasion de la loi sur la bioéthique et afin de remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation permettant la transcription en France des actes de naissance lorsque les parents ont recours à la gestation pour autrui, le législateur a introduit encore une dernière phrase qui laisse la doctrine perplexe, la rédaction actuelle de l'article 47 du code civil est : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Celle-ci est appréciée au regard de la loi française* ».

La rédaction de l'article, pourtant large et relativement imprécise quant aux éléments laissant soupçonner une fraude, suppose tout de même que l'autorité, judiciaire ou administrative, justifie pourquoi elle l'ordonne. Or, pour certains pays, 90 % des actes sont considérés apocryphes (ex. la Guinée). C'est à dire qu'aucune irrégularité ni falsification, ni mensonge n'est caractérisée, mais les autorités émettent un « doute » à leur égard et se permettent ainsi de remettre en doute un acte étranger fondamental pour l'identité de la personne.

Sur le fond, les actes étrangers sont déclarés non probants soit parce que la vérification a révélé que l'acte produit concernait en réalité une autre personne, soit parce que l'acte présente des énonciations non conformes à celles du document qui a été produit par l'intéressé, soit enfin parce qu'il présente des irrégularités formelles au regard de la loi du pays concerné.

Ce dernier cas de figure est le plus choquant. Certaines personnes voient la reconnaissance de leur nationalité refusée parce que l'acte de naissance ne comporte pas, par exemple, l'heure de leur naissance, la signature de l'officier d'état civil ou sa qualité. Parce que le cachet ne permet pas d'identifier l'auteur. Parce que le tampon n'est pas traduit. Parce que la hauteur du code barre n'est pas compatible avec les modèles des consulats...

Les discordances dans l'orthographe des noms, prénoms, dates et lieux de naissance apparaissent trop souvent rédhibitoires aux yeux des juridictions saisies qui déclarent les actes non probants et refusent la nationalité française, alors même que les demandeurs ne sont pas responsables des lacunes de l'administration de leur pays d'origine. Des lacunes analogues sont d'ailleurs constatées en France, où le problème se règle par un jugement rectificatif d'état civil, sans que le caractère probant de l'acte soit contesté. Ici aussi la discrimination est manifeste. Les refus fondés sur des divergences de transcription dans l'alphabet latin de noms

¹⁰¹ Il est renvoyé à l'article très complet de Nathalie Ferré, enseignante-chercheuse en droit privé à l'université de Paris XIII : « Soupçon systématique de fraude », *Plein droit*, n° 85, juin 2010.

propres arabes, par exemple, sont particulièrement injustifiables.

Dans les cas plus délicats où la mesure de vérification de l'acte étranger, encore appelée authentification ou levée d'acte, révèle que l'acte concernerait un autre individu, l'administration se dispense d'exposer contradictoirement comment elle a procédé à la vérification, et un long contentieux révèle parfois qu'en réalité elle n'a pas interrogé le bon centre d'état civil ou qu'elle a fourni une indication erronée dans les références de l'acte.

Certes, la fraude existe, mais aucune donnée tangible ne permet d'en déterminer l'ampleur. L'administration se sent donc autorisée à procéder à des vérifications systématiques et arbitraires, parfois plusieurs fois pour un même acte.

Ainsi, une fois un certificat de nationalité obtenu, donc après que l'acte ait été vérifié, certains consulats, au moment de l'établissement des cartes d'identités et des passeports français, procèdent à de nouvelles vérifications des actes produits, allongeant encore les délais imposés à l'intéressé pour se voir délivrer ses papiers français.

Mis à part l'article 47 du code civil qui fait office de fondement textuel, aucune disposition, législative ou réglementaire, n'en organise le déroulement précis.

Par ailleurs, il existe avec la plupart des pays d'Afrique qui sont d'anciennes colonies françaises des conventions bilatérales, notamment de coopération judiciaire, qui prévoient la reconnaissance, horslégalisation, des actes d'état civil entre la France et le pays concerné. Ces conventions sont manifestement bafouées.

Dans le cas des Algériens ayant accédé au statut civil de droit commun, le ministère public va plus loin encore. D'une part, il conteste systématiquement devant les tribunaux la valeur probante des actes d'état civil non transcrits au fichier central de Nantes, alors qu'il est établi et reconnu qu'un tiers de ces actes ne l'ont jamais été « faute de moyens et de diligence des autorités coloniales ». Il allègue en outre que « *le fait de ne pas être en mesure de produire des actes de cette nature [c'est-à-dire figurant au fichier de Nantes] démontre que les ascendants du demandeur ne peuvent pas être les descendants de l'admis* ». Ces tentatives en vue d'établir une jurisprudence d'exception, dont l'illégalité et le caractère discriminatoire et tout simplement mensonger sont évidents, n'ont pas, d'une façon générale, abouti devant les tribunaux, malgré un certain flottement.

Tout n'est pas totalement négatif. Ainsi, la Cour de cassation a écarté le moyen tiré du défaut de transmission de la procédure au parquet si les actes de naissance, le jugement supplétif et d'autres actes étaient cohérents entre eux (Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 2016, n° 15-50060). Elle a aussi censuré un arrêt d'appel qui avait cru pouvoir procéder à la révision du jugement du juge marocain en invoquant une prétendue contrariété à l'ordre public français (Cass. Civ. I, 20 mars 2019, n° 18-50.005).

Toutefois, les juges ont toujours recours à une **notion extensive de la fraude**, ce dont il résulte l'impossibilité pour celui qui revendique le droit né de la fraude de se prévaloir du fait de ne pas en être l'auteur (Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n° 17-20.588). La jurisprudence retient en effet **une conception objective** de la fraude. Dans un arrêt du 4 juillet 2018, la Cour de cassation a ainsi jugé : « *que la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que la possession d'état dont elle se prévalait ayant été constituée par fraude, peu important qu'elle n'en ait pas été à l'origine, Mme B. ne pouvait prétendre à la nationalité française à ce titre* » (Civ. 1^{ère}, 4 juillet

2018, n°17-20.588 ; voir également en ce sens : CA de Paris 23 juin 2015 n°15/00492; CA de Nancy 28 novembre 2016 n°15/02701 ; CA de Paris 10 mai 2016 n°15/12532; Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2020, n°19-50.027).

C'est dans cet esprit que la Cour de cassation a approuvé la **négarion de la valeur d'actes authentiques des actes transcrits** (Cass. Civ, 08 juillet 2020, n° 19-15.088), estimant que la transcription d'un acte étranger était sans effet et constituait simplement une mesure de publicité.

Dans l'obsession de la suspicion sur les actes d'état civil établis à l'étranger, les autorités françaises ont décidé de soumettre ces actes à la vérification systématique par les autorités consulaires françaises.

Alors que la légalisation était plutôt une affaire confiée aux autorités des pays qui ont émis les actes (c'est le consul du pays dont est issu l'acte qui authentifie la qualité de l'autorité qui a signé l'acte), le législateur a introduit un dispositif qui donne à l'autorité consulaire française le dernier mot sur la régularité d'un acte d'état civil produit devant les autorités en métropole. Il figure à l'article 16 II de la loi du 23 mars 2019 de programmation et réforme de la justice¹⁰².

En application du 1° de l'article 4 du décret d'application 2020-1370 du 10 novembre 2020¹⁰³, les Etats pour lesquels les services consulaires français ne sont pas en mesure de procéder à la légalisation des actes publics qu'ils émettent sont les suivants : République de Guinée ; République d'Angola ; Union des Comores.

Par une décision n° 2021-972 QPC du 17 février 2022, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les premier et troisième alinéas du paragraphe II de l'article 16 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, au motif de l'absence de recours effectif pour permettre aux personnes de contester des refus explicites ou implicites de légalisation¹⁰⁴. L'abrogation de ces dispositions est toutefois reportée au 31 décembre 2022.

Comment ne pas voir dans cette obsession de contrôle des actes d'état civil étrangers une attitude néocoloniale ? Comment justifier que l'autorité consulaire d'un pays étranger en

¹⁰² « II. - Sauf engagement international contraire (conventions bilatérales et multilatérales de dispense ou d'apostille notamment), tout acte public établi par une autorité étrangère et destiné à être produit en France doit être légalisé pour y produire effet.

La légalisation est la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu.

Un décret en Conseil d'Etat précise les actes publics concernés par le présent II et fixe les modalités de la légalisation. » Pour un aperçu de l'état des conventions et de l'exigence de légalisation : https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/leg_-_tableau_recap_du_droit_conventionnel_-_17-21_cle81db4e.pdf 09-

¹⁰³ « I° Les actes publics émis par les autorités de l'Etat de résidence dans des conditions qui ne permettent manifestement pas à l'ambassadeur ou au chef de poste consulaire français d'en assurer la légalisation, sous réserve que ces actes aient été légalisés par l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire de cet Etat en résidence en France. »

¹⁰⁴ « 10. Toutefois, d'une part, il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat, telle qu'elle ressort notamment de la décision de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, que le juge administratif ne se reconnaît pas compétent pour apprécier la légalité d'une décision de refus de légalisation d'un acte de l'état civil. D'autre part, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative ne permettent aux personnes intéressées de contester une telle décision devant le juge judiciaire.

11. Au regard des conséquences qu'est susceptible d'entraîner cette décision, il appartenait au législateur d'instaurer une voie de recours. »

France ne soit pas digne de confiance pour valider les actes établis par les autorités de son pays ? Comment ne pas voir dans cette obsession un marqueur de discrimination sur l'origine de la personne quand on analyse la liste des pays soumis à légalisation pour s'apercevoir qu'il s'agit essentiellement de pays pauvres, qui ont souffert de l'impérialisme colonial européen ?

Certaines autorités refusent ainsi de collaborer avec les autorités françaises. C'est le cas des autorités sénégalaises qui ne répondent à aucune levée d'acte et ne permettent pas au personnel du consulat français de venir vérifier la tenue des actes d'état civil dans les mairies sénégalaises.

4) L'application des normes supranationales en matière de nationalité

La Cour de cassation a examiné les deux grandes lois réglant les questions complexes de nationalité à la suite de l'indépendance de l'Algérie au regard de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966.

Affirmant que « *la détermination, par un État, de ses nationaux par application de la loi sur la nationalité ne peut constituer une discrimination, même au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'est assuré le droit à une nationalité* », la Cour de cassation estime que les dispositions de l'ordonnance du 21 juillet 1962 retenant le critère de statut personnel et la loi du 20 décembre 1966 ne sont pas contraires aux dispositions de la convention de 1966. (Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 2007, n° 04-17.632, n° 520 FS - P + B).

On n'en saura pas plus sur ce qui a motivé la Cour à trancher ainsi.

La cour administrative d'appel de Nantes a jugé que l'application de l'article 8 de la Convention au sens du droit à la vie privée et familiale n'est pas applicable aux décisions prises en matière de naturalisation. N'est pas non plus applicable l'article 14 de la Convention (interdiction de la discrimination), « *la possibilité pour un étranger d'acquérir la nationalité d'un État signataire de cette même convention n'[étant] pas au nombre des droits reconnus par celle-ci* » (CAA Nantes, 2^e ch., 28 févr. 2014, n° 13NT02250). La Cour de cassation applique cette même conception, notamment dans un arrêt du 20 avril 2017 (Cass. 1^{re} civ., 20 avr. 2017, n° 16-50.027) relatif à une filiation qui était contestée en raison du fait qu'il s'agissait d'une filiation naturelle.

Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme évoque les questions de nationalité en les rattachant à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi bien que ni la Convention ni ses protocoles ne garantissent le droit à la nationalité, elle estime que le refus arbitraire d'accorder la nationalité peut, dans certaines circonstances, soulever des problèmes sous l'angle de cette disposition, compte tenu des répercussions qu'un tel refus peut avoir sur la vie privée de l'intéressé (CEDH, déc., 12 janv. 1999, n° 31414/96, Karashev c/ Finlande). Il en est de même en matière de retrait de la nationalité.

La Cour européenne reconnaît également un droit à l'identité comme composante du droit au respect de la vie privée, qui garantit à l'individu une sphère dans laquelle il peut poursuivre librement le développement et l'épanouissement de sa personnalité (Cour EDH, 23 mars 2017, *A.-M.V. c. Finlande*, n° 53251/13, § 76) Elle juge en effet que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain (Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n°65192/11, § 96).

La Cour européenne considère plus précisément dans les situations où le requérant rencontre des obstacles relatifs à la production de documents nécessaires pour prouver son identité, ces restrictions, qui portent atteinte au droit à l'identité de l'intéressé, doivent être strictement proportionnées aux buts poursuivis par de telles mesures (Cour EDH, 22 février 1994, *Smirnova c. Russie*, n° 16213/90, §§ 95-97). Il peut être affirmé que la nationalité, en ce qu'elle est un élément de l'identité, relève du domaine de la vie privée. Les attributs de cette nationalité, dont font partie le droit d'entrer et de circuler librement sur le territoire de leur pays et l'impossibilité d'en être expulsé, sont donc également des éléments de la vie privée.

Pourquoi ne pas aller jusqu'au bout alors ? Et soumettre à l'appréciation de la Cour le caractère raciste des distinctions créées par la colonisation qui sont toujours appliquées aujourd'hui par les juges français. Impensable ! Tous les ressortissants de pays colonisés pourraient potentiellement devoir reconnaître la nationalité française. Mais ne serait-ce pas là une mesure de réparation de la violence que la République française a infligée à des populations et territoires qu'elle avait la prétention de civiliser ?

En ce qui concerne la négation de l'identité d'une personne, que ce soit sa nationalité, son patronyme, son lieu de naissance, sa filiation, dans le cadre de la suspicion générale contre les actes d'état civil étranger, tout un chantier est à explorer sur l'application de l'article 8 et 14 de la CEsDH.

5) « Risque migratoire », l'un des avatars juridiques du racisme contemporain : le cas de Mayotte

De nos jours, les différences de traitements, de régime juridique, de garanties procédurales, dans les DOM TOM sont justifiées par le législateur, et validées par les juridictions, y compris le Conseil Constitutionnel, sur le fondement de « l'important risque migratoire » (Guyane, Mayotte en particulier).

Le droit du sol à la française a ainsi été modifié spécifiquement à Mayotte avec la loi asile et immigration en 2018. Elle ajoute un frein sur ce territoire : il faut, qu'au moment de la naissance, l'un des parents réside en France de manière régulière et ininterrompue depuis plus de trois mois.

« C'est une très grosse rupture du principe d'égalité, estime Jules LEPOUTRE, professeur de droit public. On ne devient pas Français de la même manière selon l'endroit sur le territoire français où l'on naît. »

Supprimer le droit du sol à la française pourrait-il être possible à Mayotte en vertu de cette première brèche, comme le souhaite ESTROSI en visite à Mayotte ?

En 2018, le Conseil constitutionnel avait validé cette modification en se fondant sur l'article 73 de la Constitution, qui permet d'adapter une loi en outre-mer en raison de « caractéristiques et contraintes particulières », ici l'immigration irrégulière.

La situation des **enfants Français d'étrangers résidant à Mayotte**, est révélatrice de ce racisme qui ne dit pas son nom.

Il résulte de l'article L.441-8 du CESEDA que les ressortissants d'état tiers qui résident

régulièrement à Mayotte doivent obtenir une autorisation spéciale matérialisée en la forme d'un visa.

Le Conseil d'Etat a estimé que l'article L.832-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile « *ne portait pas atteinte à la liberté d'aller et venir de l'étranger* » qui se voyait refuser le droit de séjourner en métropole au motif qu'il n'avait pas sollicité le visa qui lui était nécessaire en tant que titulaire d'un titre de séjour délivré à Mayotte (CE, 4 avril 2011, n° 345661).

Néanmoins, il est patent qu'une telle disposition, par ricochet, porte atteinte à la liberté de l'enfant français né de parents étrangers qui résident à Mayotte, d'aller et venir entre Mayotte et la métropole.

L'enfant français bénéficie lui de droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme, dont le protocole n°4 dispose :

« Article 2 – Liberté de circulation

Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence [...]

Article 3 – Interdiction de l'expulsion des nationaux

Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. »

Le droit communautaire garantit également la liberté d'aller et venir des ressortissants de l'Union Européenne. L'article 18 (ex-article 8A) du Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957 prévoit que : « *Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* ».

Les enfants français de résidents mahorais de nationalité étrangère ont, de par leur nationalité française, un droit de circuler et de séjourner librement sur tout le territoire et pas seulement à Mayotte où ils sont nés, la République française étant indivisible en vertu de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958.

Or l'atteinte portée aux droits des enfants protégés par l'article 8 de la CEDH se fait sur le fondement de l'origine étrangère de leurs parents et de leur statut administratif.

En effet, un enfant français né d'un parent titulaire d'un titre de séjour délivré en métropole se voit en France reconnaître le droit effectif d'entrer et de circuler sur la totalité sur territoire national. Cene serait pas le cas des enfants dont les parents auraient obtenu un titre de séjour délivré à Mayotte, qui fait pourtant partie de la République une et indivisible qu'est la France.

On pourrait raisonner de façon absurde sur les implications de cette disposition censée garantir le respect des lois migratoires françaises : les enfants français d'un étranger en situation irrégulière en France métropolitaine ou à Mayotte ont plus de droits que les enfants français d'un étranger qui est ou a été en situation régulière à Mayotte !

Pour conclure, selon que vous soyez blanc aux yeux bleus, ou que vous disposiez de la même marque de voiture que le consommateur français, la « *loi de la proximité* », justification d'un

commentateur de RMC au choix de solidarité avec les réfugiés ukrainiens au détriment des autres réfugiés plus basanés, vous permettra plus facilement d'être considéré comme étant assimilé ou assimilable et bénéficiaire de la nationalité française.

Bibliographie

- 1) Suret-Canale Jean. Conklin (Alice L.), Mission to civilize. The republican idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930. In: Revue française d'histoire d'outre-mer, tome 86, n°322- 323, 1er semestre 1999. De l'inventaire du monde à la mise en valeur du globe. Botanique et colonisation (fin 17e siècle-début 20e siècle) pp. 354-357;
https://www.persee.fr/doc/outre_0300-9513_1999_num_86_322_3732_t1_0354_0000_1
- 2) Etude « Nationalité » dans le Dictionnaire permanent « Droit des étrangers », Editions législatives
- 3) N° 79 de *Plein droit*, Gisti, « Français : appellation contrôlée »
<http://www.gisti.org/spip.php?article1321>
- 4) NATIONALITÉ ET CITOYENNETÉ EN SITUATION COLONIALE ET POST-COLONIALE ,Emmanuelle Saada, Le Seuil, « Pouvoirs », 2017/1 N° 160 | pages 113 à 124
<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2017-1-page-113.htm>
- 5) HISTOIRE ET MÉMOIRE DES DISCRIMINATIONS EN MATIÈRE DE NATIONALITÉ FRANÇAISE, Patrick Weil, Presses de Sciences Po, « Vingtième Siècle. Revue d'histoire », 2004/4no 84 | pages 5 à 22
<https://www.cairn.info/revue-vingtieme-siecle-revue-d-histoire-2004-4-page-5.htm>
- 6) *Le statut juridique des enfants métis nés en Afrique Occidentale Française de parents inconnus : Entre idéalisme républicain et turpitudes coloniales*, MAMADOU BADJI, Droit et cultures, Revue internationale interdisciplinaire 61 2011-1 p. 257-283
<https://doi.org/10.4000/droitcultures.2535>
- 7) Comptes rendus Livres *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Emmanuelle Saada, JEAN-FRANÇOIS KLEIN, Moussons - Recherche en sciences humaines sur l'Asie du Sud-Est 13-14 | 2009 Vietnam : Histoire et perspectives contemporaines p. 404-406
<https://doi.org/10.4000/moussons.1148>
- 8) MEMO NATIONALITE FRANCAISE, Ligue des droits de l'homme, 4 février 2011
<https://www.ldh-france.org/Memo-nationalite-francaise/>
- 9) LE STATUT CIVIL DE DROIT LOCAL À MAYOTTE : UNE IMPOSTURE ? Sophie Blanchy, Yves Moatty, Éditions juridiques associées | « Droit et société » 2012/1 n° 80 | pages 117 à 139
<https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2012-1-page-117.htm>
- 10) Une république française « post-coloniale » La fin de la guerre d'Algérie et la place des enfants des colonies dans la cinquième république par Todd Shepard 14 septembre 2006
<https://lmsi.net/Une-republique-francaise-post>
- 11) Visibilité de l'islam et espace public français, Fatima Khemilat, Bruno Béthouart et Marcel Launay (dir.), « Les religions dans la rue », Les Cahiers du Littoral – 2, n° 14, 2015
- 12) Kiffe ta race, [Rokhaya Diallo](#), [Grace Ly](#), Paru le 13 janvier 2022, First
- 13) The Invention of Decolonization: The Algerian War and the Remaking of France, [Todd Shepard](#), 2008, Cornell University Press
- 14) Un monde en nègre et blanc Enquête historique sur l'ordre racial, 16 janvier 2020, Aurélie Michel, Points

« L'exclusion sans fin des citoyens itinérants »

Nara RITZ, *coordinateur*, et Chloé LAILLER, *chargée de mission, pour l'Observatoire pour les Droits des Citoyens Itinérant (ODCI)*

I. Intervention de Nara RITZ

1) Discriminations associatives et financements communautaires ?

C'est assez inhabituel que l'on propose aux concernés de parler de ce sujet, je voulais donc vous en remercier. Quand il s'agit de parler des gens du voyage, c'est souvent de la part de personnes très « spécialisées », a priori plus que les concernés. Même si je suis assez convaincu que nous ne sommes pas propriétaire de notre histoire, nous savons néanmoins ce que nous souhaitons ou non, et nous souhaitons prendre en main les décisions qui nous concernent. C'est pour cela que l'on a créé l'ODCI : cette association a été créée par des Voyageurs et Voyageuses, mais n'a jamais voulu être composée que par des gens du voyage. Le principe était de ne pas reproduire ce que l'on reproche aux autres associations, dont certaines ont une tendance « coloniale » et paternaliste, qui font pour les gens mais sans eux. L'ODCI a donc choisi d'être dirigée autant par des Voyageurs et Voyageuses que par des sédentaires, et d'agir avec le droit sur les questions liées à notre habitat traditionnel, la caravane.

Quand on investit le champ associatif les choses ne sont pas forcément simples, notamment quand on crée une association communautaire. Si en plus nous ne sommes pas en accord avec les associations et/ou organismes d'États, l'image que l'on renvoie de nous n'est pas tendre. Soit, nous sommes des incompetents et il n'est pas utile de nous solliciter - hormis pour une petite consultation -, soit quand nous remettons en cause des choix que nous n'estimons pas pertinents, ou bien le manque de réactions (lois discriminatoires, expressions racistes d'élus, expulsions...) ou la non-participation des concernés dans les organes de décision, on nous accuse de conspirationnisme voire d'intégrisme. C'est simple, efficace et ça évite toute remise en question, en nous rendant responsable de la situation.

Avec cela - et ce sujet n'est jamais traité -, ce sont les difficultés à trouver des financements permettant le fonctionnement de nos associations. Indépendamment des compétences de nos militants / salariés et bénévoles, c'est quasiment impossible d'avoir de l'écho chez les financeurs français – fondations, État, etc. Encore plus si vous ne dépendez pas ou ne mettez pas en avant les associations nationales portées par des « gadjé ». Trop risqué de laisser l'autonomie aux concernés ? la question des voyageurs n'intéresse pas ? Discrimination systémique ? Malgré cela, énormément de fonds nationaux sont versés à des associations de non-voyageurs. Les budgets sont énormes (cf. rapport de la cour des comptes), il y a une vraie niche économique sur le sujet et les budgets sont orientés vers ceux qui contribuent aux stratégies de contrôle et d'enfermement social.

Aujourd'hui, pour lutter efficacement et durablement, nous ne pouvons pas nous limiter au bénévolat. Les compétences nécessaires, la régularité de la veille, les frais de justice, etc. nécessitent d'être financés un minimum pour assurer la place de nos professionnels.

2) Identités voyageuses : entre stéréotypes, préjugés et narratif dominant

Qui sommes-nous ? Il y a beaucoup de stéréotypes sur les voyageurs-es.

Non, nous ne sommes pas forcément Roms. Non, nous n'habitons pas forcément que dans une caravane. Non, nous n'avons pas tous besoin que d'« aires d'accueil ». Non, être Voyageur ne sous-entend pas voyager toute l'année. Non, nous ne sommes pas tous musiciens, voleurs, etc. Il y a autant de manière d'être Voyageurs que de Voyageurs, et autant de manière de voyager que d'individus. Les diversités sont réelles et normalisées, vouloir figer les identités et/ou les manières de vivre est une grave erreur. Pourtant cela permet de proposer qu'un type de solution sociale, qu'une « solution » d'habitat. Autant de « propositions » qui ont pour objectif d'amener à la sédentarisation.

La catégorie gens du voyage est utilisée pour cibler des personnes qui habitent de manière permanente dans un habitat mobile et qui n'ont pas d'adresse fixe. En association avec cette catégorie hyper réductrice, il existe des textes de lois spécifiques aux « gens du voyage » constamment à charge et qui servent directement les élus en fonction de leurs choix d'accueils périodiques ou permanents. Il est donc possible de jongler entre les lois et la catégorie, et de nous distinguer comme des gens du voyage ou non quand cela arrange. Cela permet de pouvoir légalement nous évincer, ou nous interdire l'accès, ou nous obliger à séjourner dans une aire d'accueil ou un territoire, ou nous positionner comme des sédentaires permanents et nous « proposer », plutôt, imposer le type d'habitat destiné aux sédentaires sans autre choix.

La loi principale qui organise l'« accueil » des gens du voyage s'appelle la loi Besson. Pour faire simple elle impose aux communes ou groupements de communes de plus de 5 000 habitants de créer des « aires d'accueils », sous peine de sanction, sur lesquelles les gens du voyage doivent stationner, aussi sous peine de sanction s'ils vont ailleurs. Ce qui pourrait être perçu comme une bonne chose. En réalité, lesdites « aires » sont un moyen de contrôler les voyageurs par le parage. A quel autre type de population impose-t-on un lieu d'habitat ? Nous n'avons même pas le choix du quartier, de la commune si celle-ci n'est pas définie comme zone « d'accueil ». Sachant que la majorité des « aires d'accueils » ne sont pas réalisés et qu'aucune commune n'a été jamais sanctionnée.

Des Voyageurs, par contre, ont bien été sanctionnés, expulsés, même quand les « aires » n'étaient pas réalisées ou fermées ou insalubres. Incohérent mais réel. Pour celles qui existent, les emplacements sont toujours excentrés des centres villes, proche d'autoroutes, voies ferrées, déchetterie, dans des états de salubrité plus que discutable, etc. Bref les notions de dignité ne sont jamais prise en considération quand il s'agit de réfléchir cet « accueil ». Je ne vous parle pas de l'image que cela renvoie. Il est fréquent que les « gadjé », sans connaissance de cela affirment que « s'ils sont là et dans cet état c'est bien qu'ils aiment cela ». Ce qui conforte les stéréotypes.

Associé à ce type de lois discriminantes il y a aussi les « non-lois », comme la non-reconnaissance de la caravane comme logement. A cause de cela, il est quasiment impossible de faire assurer sa caravane à l'année ou de percevoir un crédit pour en acheter une. Aussi, peu importe le nombre d'enfants, les parents ne peuvent pas bénéficier des aides au logement, ni des assurances habituelles. Bien sûr, cela engendre d'autres soucis. Nous sommes convaincus qu'il est important de commencer par cette reconnaissance et que ça permettra de solutionner beaucoup de situation.

Il est intéressant d'observer comment s'organise les décisions pour en arriver là de la part de l'Etat et des « conseillers » de l'Etat. Finalement comme le reste. Il suffit de citer Coluche pour l'expliquer : « Dites-moi de quoi vous avez besoin, je vous expliquerai comment vous en passer ». Personne ne prend aucun risque pour ne pas froisser les dirigeants, on ne remet pas en cause des évidentes discriminations, et rien ne change et chacun reste à sa place.

Les stéréotypes qui nous collent à la peau sont aussi entretenus soit par des images, une histoire d'origine et/ou avec un narratif bien maîtrisé. Par exemple, on lit des études anthropologiques nous expliquant que nous sommes d'abord des tsiganes. On nous renvoie encore aujourd'hui à cette hypothétique « origine » Indienne. On nous dit que nous sommes les mêmes que les migrants Roms des pays de l'est. On cultive les amalgames jusqu'à les traduire comme des « besoins culturels ». Ces « gens-là, c'est leurs cultures d'habiter dans des endroits insalubres, comme le vol, la non-scolarisation, etc. » Et nous serions censés avoir tous les mêmes besoins. Pour certains on les laisse dépasser dans des bidonvilles qui seraient culturels, pour les autres on les parque sur des places désignées rappelant les « Camps » et on les amène ainsi progressivement à partir en maison et se sédentariser une bonne fois pour toute.

Le brouillage narratif des décideurs concernant les voyageurs est bien présent. Le seul objectif de cette démarche est d'imposer des significations, une lecture de la réalité allant à l'encontre de celle des Voyageurs. Cela permet d'affirmer que les politiques en place ne sont pas discriminatoires voire qu'elles sont bienveillantes.

On « romantise » des faits avec des mots qui laissent sous-entendre, si on ne se penche pas réellement sur le sujet, que tout est mis en place de manière positive pour les Voyageurs.

Nous pourrions prendre comme exemple le terme « aire d'accueil ». Une Aire est entre autres ainsi que l'on appelle le nid des rapaces et/ou une surface occupée par une espèce animale et/ou végétal. Il est par essence douce et/ou sécurisante. C'est aussi une surface plane aménagée, réservée à une activité précise (Aire de jeux, de repos, aire culturelle, etc.) donc liée à un service adapté à des besoins. L'accueil, elle, est une démarche plutôt positive. Ce qui n'est pas la réalité de « l'aire d'accueil des gens du voyage ».

Il en est de même pour les termes de terrains tolérés, il n'y a aucune générosité dans cette dynamique – les notions de Nomades, Itinérants et la vision binaire qu'elle entretient entre sédentaire et voyageur, etc.

L'idée de cette intervention est de vous dire d'être vigilant quand quelqu'un explique savoir qui sont les gens du voyage et ce qui est « bon pour eux ». Ces stéréotypes sont sources de fantasmes, divisent, culpabilisent et essaient aussi de faire rendre l'inacceptable acceptable aux citoyens.

II. Intervention de Chloé LAILLER

Ces préjugés et stéréotypes, cette volonté de contrôle des Voyageurs, se retrouvent dans le droit français - reflet et outil de la discrimination systémique. Ce droit est l'héritier d'une succession de législations concernant celles et ceux appelés alors « bohémiens » puis « nomades », législations dont l'aspect discriminatoire a culminé avec l'internement des Voyageurs dans des camps sur le territoire français dans les années 1940, puis avec la mise en place des carnets de

circulation obligatoires à faire viser au minimum tous les trois mois par les autorités – carnets qui n'ont disparu qu'en 2017.

1) Un droit discriminatoire

Pourquoi le droit français concernant les Voyageurs est-il discriminatoire ? Parce que ce droit se place du point de vue de la norme sociale dominante : la personne sédentaire qui habite dans un bâti classique, dans sa maison, son appartement. Les besoins des personnes sortant de cette norme ne sont pas pris en compte. Cela se traduit par le statut de la caravane, celle-ci n'étant pas considérée comme un logement en droit français. Elle est bien considérée comme un domicile, comme un habitat, avec les protections juridiques que cela entraîne, mais pas comme un logement - empêchant les Voyageurs d'accéder aux droits afférents. Cela crée une discrimination indirecte. Par exemple, outre les problèmes d'accès aux assurances et aux aides sociales (type APL, chèque énergie, etc), cela rend possible des coupures d'eau et d'électricité n'importe quand dans l'année, alors que celles-ci sont fortement encadrées – voire interdites - pour les personnes n'habitant pas en caravane. Il n'y a pas non plus d'éloignement ou de normes de sécurité vis-à-vis de sites potentiellement dangereux, et l'exemple le plus frappant est l'« aire d'accueil » de Rouen-Petit Quevilly située à quelques mètres de l'usine Lubrizol et qui n'a jamais été évacuée lors de l'accident industriel survenu en 2019. Cette aire ne possédait pas (et ne possède toujours pas) les moyens de sécurité associés à la proximité de ce type de site (ex : local de confinement).

Lorsqu'il y a des évolutions législatives faisant avancer la vision du logement en France, on fait en sorte d'en écarter les Voyageurs. Par exemple, la loi ALUR de 2014 a commencé à reconnaître dans le droit français l'habitat mobile et léger. Ce type d'habitat peut être considéré comme un logement s'il s'agit d'une résidence principale plus de huit mois par an. Exception d'importance : la caravane. Le critère amenant l'exclusion de la caravane est celui des moyens de mobilité et, donc, la possibilité d'itinérance. Si on enlève à la caravane utilisée comme résidence principale ses roues, et donc ses moyens de mobilité, elle peut être considérée comme un logement. Cela exclut de fait la très grande majorité des Voyageurs. On est donc bien loin des clichés sur les Voyageurs qui profiteraient des aides sociales et d'un statut privilégié « au-dessus des lois ».

2) Une prise en compte juridique sous l'angle du contrôle et des restrictions

Lorsque la législation française essaie de prendre en compte les Voyageurs, c'est dans un régime spécifique. Mis en place sous couvert de « respecter leur style de vie », ce régime est en fait une vision stéréotypée créant les conditions de l'exclusion. La législation particulière s'appliquant aux seuls Voyageurs, à ceux dits « gens du voyage » participe à leur discrimination systémique. Elle crée des droits de seconde zone, qui sont d'ailleurs bien souvent uniquement des obligations.

La loi centrale de ce régime est la loi dite « Loi Besson II », loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 sur « l'accueil des gens du voyage ». A noter que la législation parle « d'accueil », mettant de fait les Voyageurs dans une position d'extériorité : ils ne sont pas de chez nous, on les accueille simplement. Cela fait des Voyageurs de véritables étrangers de l'intérieur.

Cette loi Besson II, en substance, dit qu'on va créer des endroits spécifiques pour permettre aux Voyageurs de vivre selon leur mode de vie. Elle encadre la création de terrains pour installer les « résidences mobiles constituant l'habitat traditionnel des Voyageurs ». Mais ce qu'amène dans

les faits cette loi, c'est la création de la notion d'« installation illicite ». Il existe maintenant des terrains autorisés où les Voyageurs peuvent mettre leurs caravanes. Mais, en parallèle, est développée l'infraction de stationnement illicite et toutes les sanctions pénales qui en découlent.

La législation crée donc des obligations pour les Voyageurs, qui doivent vivre sur les terrains créés pour eux (et différents de ceux d'autres populations vivant de façon mobile, comme les camping-caristes à l'année), et ceux qui ne sont pas sur ces terrains désignés risquent expulsions et sanctions pénales. Celles-ci sont en pratique très courantes. Par ses enquêtes, l'ODCI estime les expulsions de Voyageurs, toutes procédures confondues, à environ une par jour en France.

La Loi Besson II indique que ce sont aux Etablissement Public de Coopération Intercommunale (EPCI, c'est-à-dire les intercommunalités) et aux communes de gérer l'accueil, la création, l'aménagement, la gestion et l'entretien de ces aires d'accueil. En échange, elles ont le droit d'interdire l'installation de toutes personnes gens du voyage dans les autres espaces de leur territoire. Le problème, c'est qu'au fur et à mesure, des moyens se sont développés pour les communes de ne pas prendre part à ces obligations, par exemple en aidant à financer une aire d'accueil dans une autre commune ou en montrant les efforts qu'elle fait pour chercher un terrain. Mais certaines communes cherchent depuis 20 ans ! Il n'y a aucune sanction pour ces communes qui ne respectent pas leurs obligations. La seule sanction qui existe est la décision du préfet de prendre en charge la création à la place de la commune, sauf que cette procédure de substitution n'a été mise en œuvre qu'une seule fois, et même pas jusqu'au bout. Il y a alors un déséquilibre car, à l'inverse, pour les Voyageurs, la pression est de plus en plus forte. Les sanctions pénales augmentent au fur et à mesure des lois et des années. En 2018, la loi a doublé les peines pour stationnement illicite : c'est désormais 7500 euros d'amende et 1 an d'emprisonnement. Il y a également la possibilité de saisie des véhicules tracteurs : on ne saisit pas la caravane (protection du domicile) mais on ne vous laisse pas votre véhicule, vous ne pouvez donc plus bouger. Surtout, la loi donne des facilités aux communes pour expulser et sanctionner. L'article 9 de la Loi Besson II permet, si la commune est considérée comme respectueuse de ses obligations (et donc même si l'aire d'accueil est complète ou fermée, ou située sur une autre commune), qu'elle vous expulse de manière ultra rapide et sans passer devant un juge, en 24 heures. Les personnes peuvent contester cette mise en demeure de quitter les lieux mais elles ont donc 24 heures pour : trouver un avocat, trouver les preuves, compléter les dossiers d'aide juridictionnelle si besoin est, envoyer tout cela au Tribunal Judiciaire compétent qui peut être à des dizaines de kilomètres de là... En dehors de cette procédure ultra-accelérée, les communes et EPCI peuvent toujours avoir recours à l'expulsion de droit commun.

Le résultat est que les personnes se trouvent sanctionnées alors même que les communes ne respectent pas leurs obligations. Le nombre de terrain autorisé est insuffisant. Aujourd'hui, d'après le dernier recensement effectué par le chercheur indépendant William Acker, il y a 1358 aires d'accueil (aires permanentes et aires de grand passage) réparties sur 1255 communes, sur les près de 35 000 communes qui existent en France. Tout le reste du territoire national est *de facto* interdit aux Voyageurs. Selon une étude menée par la FNASAT, 95% des Plans Locaux d'Urbanisme interdisent l'installation des résidences mobiles des Voyageurs. Si vous êtes Voyageur, que vous avez trouvé un travail et que vous devez déménager, cette commune vous est potentiellement interdite à la résidence sous peine de sanction et d'expulsion.

Les localisations géographiques des « aires d'accueil » sont de toute façon problématiques : à l'extérieur ou en périphérie des villes, éloignés des services publics et des autres habitations, près de déchetteries, d'usines, de sites dangereux voire de sites Seveso. Ce sont des zones où d'autres habitations ne pourraient être installées, amenant certains chercheurs et sociologue,

dans la ligne du Bureau Européen de l'Environnement, à parler de « racisme environnemental ». Surtout, les normes applicables à ces aires sont au rabais par rapport aux normes liées au logement, y compris en termes de décence et d'accès aux sanitaires. Il n'y a d'ailleurs aucun contrôle d'effectué par les autorités sur le respect des normes de décence.

Enfin, il faut également noter que les « aires d'accueil » ne répondent pas à la diversité des besoins des Voyageurs et Voyageuses : c'est un habitat collectif, le temps de séjour y est limité (3 mois renouvelable sur justificatif jusqu'à 10 mois, sans recours en cas de refus du gestionnaire). Qu'en est-il des personnes souhaitant rester plus longtemps pour des raisons de santé, de scolarité, de travail ou bien même par choix ?

Le résultat de cette législation est donc l'interdiction de résidence des Voyageurs sur la majorité du territoire français avec la création d'une ségrégation de fait et d'une relégation en dehors des villes dans des terrains souvent indécentes ne répondant pas aux besoins les plus fondamentaux de ces personnes.

3) Un accès à la justice limité

La solution pourrait être de pouvoir accéder au juge, de pouvoir contester l'expulsion, les conditions de vie, etc devant les tribunaux. Oui, il y a des jurisprudences très intéressantes de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, notamment un arrêt qui condamne la France pour violation de l'article 8 de la Convention suite à l'expulsion de Voyageurs sans solution de relogement. Dans cet arrêt Winterstein c. France du 17 octobre 2013, La Cour rappelle ainsi « *que la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité des gens du voyage, même lorsqu'ils ne vivent plus de façon nomade, et que des mesures portant sur le stationnement des caravanes influent sur leur faculté de conserver leur identité et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition* ».

Le problème est qu'au fil des années, les différentes législations mettent en place des procédures sans contrôle du juge. Le juge n'intervient qu'*a posteriori* et seulement si les personnes introduisent un recours. C'est par exemple le cas avec la procédure d'expulsion ultra-accelérée prévue à l'article 9 de la Loi Besson. De même, la loi de 2018 qui double les sanctions pénales met aussi en place une amende forfaitaire délictuelle pour installation illicite. L'avis d'amende forfaitaire délictuelle, indiquant le montant de l'amende (500 € majoré 1000 €) et l'inscription du délit au casier judiciaire, arrive directement dans le courrier des Voyageurs suite à un PV électronique des forces de l'ordre, sans passer par le juge. La contestation de ces amendes est très compliquée puisqu'il faut consigner la somme de 500€, pouvoir remplir correctement le formulaire de requête, et le tout dans les 45 jours suivant la réception de l'avis (qui est parfois compliquée lorsqu'on Voyage et qu'on est éloigné de son adresse de domiciliation).

La dernière difficulté pouvant limitée l'impact du contentieux est le flou autour de « qui sont les gens du voyage » et l'absence de critères claires d'appartenance à la catégorie. Ce flou est lié au fait que la notion n'est pas neutre mais est en fait ethnicisante, liée à une origine ethnique réelle ou supposée, cachée derrière le terme « habitat traditionnel » utilisé dans la loi. L'article 1er de la Loi Besson II parle de : « *personnes dites gens du voyage et dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles installées sur des aires d'accueil ou des terrains prévus à cet effet* ». Cet article dispose donc que les gens du voyage sont ceux qui habitent sur les terrains pour gens du voyage... On voit bien que le législateur tourne en rond pour éviter de dire ouvertement qu'il s'agit de personnes associées à une soi-disant origine. Le problème est que ce flou a un impact sur les recours et le contentieux devant les juges en France. Certains juges

suivent des raisonnements manifestement influencés par des stéréotypes ou des préjugés, notamment sur l'itinérance, la sédentarité, etc. Cela induit des décisions contradictoires. Par exemple, lors d'interventions volontaires de l'ODCI dans deux dossiers similaires, la Cour d'Appel de Paris a estimé dans une première décision que l'intervention volontaire était irrecevable pour défaut d'intérêt à agir puisque la personne était propriétaire du terrain, qu'elle y habitait la majorité de l'année, qu'elle ne pouvait donc pas être considérée comme itinérante ni appartenir à la catégorie des 'Gens du Voyage' et ce même si elle présentait son ancien livret de circulation et vivait en caravane. Puis, dans une autre décision un mois plus tard, la Cour d'Appel de Paris juge à l'inverse que la propriété du terrain et l'absence d'itinérance n'empêchent pas l'appartenance aux 'Gens du Voyage', puisque la personne vit en caravane. Le flou induit un arbitraire total ce qui nuit aux droits des personnes.

Les conséquences de ce droit spécifique aux Voyageurs sont extrêmement graves. Beaucoup de Voyageurs se retrouvent dans des situations difficiles et n'ont d'autres solutions que soit l'errance face à l'absence de lieux de vie autorisés, soit l'abandon de leur mode de vie pour un bâti classique afin de pouvoir vivre paisiblement. **C'est leur droit à la mobilité, à leurs cultures, et leur existence même qui sont menacés.**

Références bibliographiques :

ACKER William, *Où sont les 'gens du voyage ?' Inventaire critique des aires d'accueil*, Éditions du commun, mars 2021.

Observatoire pour les Droits des Citoyens Itinérants, *L'exclusion sans fin : la réalité du droit au logement des 'gens du voyage' en France*, Rapport, septembre 2021.

« Le contentieux des « contrôles au faciès » »

Slim BEN ACHOUR, *avocat* (contribution réalisée à partir d'une intervention effectuée lors du colloque en binôme avec Omer MAS CAPITOLIN, *militant associatif*)

Ce colloque doit son existence à l'urgence que nous ressentons de réfléchir aux actions que nous pouvons mener dans un contexte de banalisation de la pensée raciste et de la montée de l'intolérance.

Ce besoin est d'autant plus urgent que parmi les offres politiques concourant aux élections présidentielles et législatives à venir figurent des projets autoritaires, discriminatoires et ouvertement racistes. Des projets criminels sont à l'ordre du jour.

Ce regain de la pensée raciste constitue probablement une réponse, une résistance aux demandes d'égalité de plus en plus insistantes formulées par des pans entiers de la société française.

Dans ces circonstances, que peuvent apporter les juristes, notamment les avocats ?

Tout d'abord, ne pas oublier. Outre l'Histoire, ne pas oublier les principes, les droits fondamentaux. A fortiori, quand on est avocat et que l'on entend utiliser « l'arme du droit »¹⁰⁵.

Sans entrer, à ce stade, dans un débat sur les définitions du racisme, rappelons tout au moins que la loi française appréhende les manifestations du racisme schématiquement de trois manières : a) la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 sanctionne les paroles, écrits, images qui stigmatisent, humilient ou attisent le racisme, b) le Code pénal, où les violences racistes relèvent des circonstances aggravantes des crimes et délits, c) le droit de la non-discrimination (non codifié) s'intéresse aux comportements liés à la discrimination sur l'origine et/ou au racisme ; certains sociologues qualifient la discrimination de « *racisme en acte* ».

Dans les faits, le racisme est multiple. Il s'exprime à l'occasion de blagues, de violences pouvant mener jusqu'au génocide. Il s'exprime de façon individuelle ou collective, la frontière entre ces deux manières étant particulièrement poreuse. En effet, l'analyse systémique, ou selon la perspective et l'objet de l'examen, l'analyse structurelle, institutionnelle, voire culturelle, sont de plus en plus mobilisées pour comprendre le phénomène du racisme et de la discrimination raciale.

Concernant le contrôle au faciès précisément, les associations, les personnes, se mobilisent depuis des décennies sur le sujet. Principalement dans des registres laissant peu de place, voire pas du tout, à la mobilisation par le droit. Un tournant eut lieu après l'étude du CNRS de 2009 concluant de façon évidente que ce que les policiers appellent les « contrôles de routine » (ie conduits sans motifs précis), visent toujours les mêmes et constituent en réalité de véritables contrôles au faciès¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sur ce paradigme du droit comme arme politique, qui a inspiré la présente rubrique, lire Liora Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, collection « Contester », 2020. [N.D.L.R]

¹⁰⁶ Open society justice initiative, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, 2009. Ce rapport, fruit d'une étude réalisée par une équipe de chercheurs français dirigée par Fabien Jobard et René Lévy, est notamment disponible sur les sites internet du Centre national de la recherche scientifique (CNRS) et du Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP).

Les statistiques établies à cette occasion sont venues corroborer les études sociologiques déjà réalisées dans ce domaine, confirmant l'existence d'une véritable « *cérémonie de dégradation* »¹⁰⁷ qui participe sans aucun doute à la marginalisation, à l'exclusion et à la déshumanisation d'une partie de la population. Ce d'autant plus que les contrôles sont souvent accompagnés de palpations, fouilles, comportements et propos illicites.

Lorsqu'il est fait référence au dossier sur les contrôles au faciès, beaucoup mentionnent une multitude de contentieux, au civil et au pénal, dont le contrôle d'identité est toujours au cœur des violations des droits fondamentaux.

Néanmoins, au sens strict, le dossier sur les « contrôles au faciès » est constitué de treize dossiers individuels contre l'Etat (l'agent judiciaire de l'Etat), des actions civiles en réparation du préjudice subi (I).

Certains de ces dossiers sont pendants devant la Cour EDH (II-1).

Par ailleurs, la lutte contre les contrôles au faciès utilise désormais une nouvelle voie judiciaire permettant de passer d'une dimension individuelle à une dimension collective et de la réparation du préjudice à la mise en place de solutions : l'action de groupe. Une telle action a été initiée en janvier 2021 devant le Conseil d'Etat par six associations¹⁰⁸, sur le fondement de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle (n°2016-1547) du 18 novembre 2016 (II-2).

I- le contentieux des contrôles d'identité discriminatoire contre l'Etat devant les juridictions civiles

I-1) La prohibition de la discrimination raciale est placée tout en haut de l'ordre juridique national, européen et international

En effet, les discriminations remettent en cause **l'égalité des individus**, qui constitue le fondement même des droits humains.

Aussi, le principe de non-discrimination défini à l'article 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 entrée en vigueur le 4 janvier 1969¹⁰⁹ est **au cœur de la protection internationale des droits de l'homme**, protection rendue effective par le caractère contraignant de nombreuses prescriptions, dont notamment : article 2 de la Convention précitée ; article 26 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 entré en vigueur le 23 mars 1976 ; article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000, dotée depuis le 1^{er} décembre 2009 de la même valeur juridique que celle des traités ; la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 qui consacre l'exigence de non-discrimination en son article 14 : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue,*

¹⁰⁷ Lire Emmanuel Blanchard, « Contrôle au faciès : une cérémonie de dégradation », *Plein droit*, n° 103, décembre 2014.

¹⁰⁸ Amnesty international France, Human rights watch, Maison communautaire pour un développement solidaire, Open Society Justice Initiative, Pazapas Belleville, Réaji.

¹⁰⁹ « 1. Dans la présente Convention, l'expression « discrimination raciale » vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique... »

la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » ; la Cour de Justice de l'Union européenne qui, appliquant le droit de l'Union au regard des textes internationaux, nationaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a dégagé un principe de non-discrimination (CJCE, 19 oct. 1977, *Ruckdeschel*, Aff. jtes C- 117/76 et 16/77).

Le droit interne prohibe également toute discrimination liée aux origines. Ainsi en est-il de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (article 1^{er} et article 6), du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et de la Constitution du 4 octobre 1958 qui rappelle, en son article 1^{er}, que « *La France (...) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

Dans cette droite ligne, le Conseil constitutionnel a érigé le principe d'égalité entre les individus au rang de principe à valeur constitutionnelle (Cons. const, 27 décembre 1973, *Taxation d'office* n° 73-51 DC), qu'il utilise de façon autonome sans référence à une disposition particulière (Cons. const, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 88-248 DC).

Notons également la directive européenne 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et, dans cette droite ligne, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*¹¹⁰.

Enfin, soulignons en raison de sa particulière pertinence, la notion de discrimination systémique issue du droit international des droits de l'homme. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'organisation des Nations Unies, dans son observation générale n° 20 relative aux principes de non-discrimination, fait une description éclairante de la discrimination systémique : « *cette discrimination systémique peut être comprise comme un ensemble de règles juridiques, de politiques, de pratiques ou d'attitudes culturelles prédominantes dans le secteur public ou le secteur privé qui créent des désavantages relatifs pour certains groupes et des privilèges pour d'autres groupes* ».

¹¹⁰ Article 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.*

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2. »

Ces grands principes rappelés sont attachés à chaque individu et ont reçu des traductions juridiques concrètes en matière de contrôles d'identité. Rappelons qu'en 1993, deux décisions importantes avaient été rendues par le Conseil constitutionnel concernant la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité (Cons. Const., 5 août 1993, n°93-323 DC).

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme condamne expressément, et avec force, les discriminations raciales comme il le sera évoqué plus loin, ainsi que de nombreuses Cours à travers le monde.

I-2) Les actions civiles dirigées contre l'Etat en réparation du préjudice subi du fait de contrôles d'identité discriminatoires à raison de l'origine

Il convient tout d'abord de lever un malentendu. Le contentieux relatif aux contrôles d'identité discriminatoires n'est pas un contentieux pénal. Si une réflexion a été menée en ce sens pendant un temps, notamment en raison de la gravité de la pratique en question, cette piste a été rapidement abandonnée. Ce, notamment pour deux raisons : d'une part, une action pénale aurait visé un ou des policiers individuellement, sans remettre en cause le système des contrôles discriminatoires ; d'autre part, elle aurait posé un évident problème de preuve du contrôle discriminatoire.

Considérant ces inconvénients, une action civile classique en réparation du préjudice subi du fait de contrôles d'identité discriminatoires en raison de l'origine dirigée contre l'Etat a été retenue. Ce contentieux a duré quatre ans et demi de la saisine du TGI de Paris en avril 2012 aux décisions de la Cour de cassation du 9 novembre 2016. Les contrôles d'identité en cause avaient été réalisés en diverses parties du territoire national sur de jeunes hommes perçus comme appartenant aux « minorités visibles », selon la terminologie retenue par la Cour de cassation.

En fonction des contrôles réalisés apparaissaient la violation des droits garantis, tels que la non-discrimination, droit évoqué précédemment mais également la liberté de circuler librement (article 2 du protocole 4 de la ConvEDH), le droit à la liberté et à la sûreté (article 5 de la ConvEDH), le droit au respect de la vie privée (article 8 de la ConvEDH), le droit à un recours effectif, (article 13 de la ConvEDH)¹¹¹ ainsi que le droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants (article 3 de la ConvEDH).

En raison de la difficulté de matérialiser la réalité des contrôles et de la discrimination, que nous évoquerons plus loin, les demandeurs avaient eu recours à une ou plusieurs attestations de témoins.

Prenaient également place dans le dossier probatoire les statistiques élaborées après l'étude précitée du CNRS ainsi que des études sociologiques et une multitude de rapports réalisés par des organisations spécialisées dans la défense des droits fondamentaux¹¹². Il convient de souligner que deux études menées par la Direction Centrale de la Sécurité Publique en 2015 ont

¹¹¹ On retrouve ce droit au recours effectif également dans l'article 16 de la DHDC de 1789. Il a été consacré par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994 : «il résulte de l'article 16 de la déclaration de 1789 qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes d'exercer un recours effectif devant une juridiction ».

¹¹² Voir annexe déposée au soutien de la requête devant la Cour EDH le 8 mai 2017 compilant les études et enquêtes relatives aux contrôles d'identité discriminatoires : <https://www.justiceinitiative.org/uploads/0370b7f1-2c57-4fae-9427-9125eebce6d7/litigation-echr-seydi-france-background-french-20170523.pdf>

montré que les contrôles d'identité ont conduit à un taux d'interpellation de 4 %¹¹³, soit un taux particulièrement bas, l'interpellation suivant un contrôle ne préjugant pas de la commission d'une infraction. Ceci est d'autant plus remarquable que si les interpellations aboutissent à la caractérisation d'une infraction, celle-ci peut être liée au contrôle lui-même (voir notamment les contrôles illégaux « dégénéral » en outrage).

Rapportés aux 10 à 14 millions de contrôles réalisés par an¹¹⁴, ceci nous donne une idée de la mobilisation de ressources extrêmement importantes pour un bénéfice quasi nul. La pratique des contrôles d'identité doit également être appréciée au regard de ses effets sur les individus, la population et ses coûts pour la collectivité, que l'on veuille bien se souvenir de la mort des jeunes Zyed et Bouna et des révoltes de 2005 qui ont suivies.

S'agissant du régime de la preuve, des règles spécifiques s'appliquent en matière de discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte. L'effectivité du droit requiert une adaptation des règles de preuve, tant il est difficile pour les victimes de prouver une discrimination. Un aménagement de la charge de la preuve est fixé par les textes en raison de l'asymétrie existante dans la mobilisation de la preuve entre les personnes contrôlées et les membres des forces de l'ordre¹¹⁵.

En l'espèce, les demandeurs étaient d'autant plus enclins à soutenir l'applicabilité de ce régime de preuve dérogatoire au droit commun que les contrôles d'identité ne font l'objet d'aucun enregistrement, aucune traçabilité¹¹⁶, et qu'en tout état de cause, les policiers et leur hiérarchie ne souhaitent pas les justifier, assumant le caractère opaque de cette pratique.

En première instance, l'Etat, suivi par le parquet, a répondu par un argumentaire légitimant la discrimination raciale: selon lui, les règles d'égalité et de non-discrimination ne s'appliquaient pas aux contrôles d'identité, seules les dispositions spécifiques relatives à ces contrôles – qu'ils soient administratifs ou judiciaires – devant être respectées¹¹⁷, de sorte qu'il appartenait aux demandeurs de rapporter la preuve d'une faute lourde susceptible de caractériser des contrôles discriminatoires.

Le 2 octobre 2013, le tribunal de grande instance de Paris validait cette défense bien éloignée des principes fondateurs de la République et des normes internationales impératives.

¹¹³ Etudes réalisées par la Direction centrale de la Sécurité Publique dans l'Hérault et le Val-d'Oise en 2014 : taux de 4 % d'élucidation concernant les contrôles pratiqués.

¹¹⁴ Compte-rendu des débats à l'Assemblée Nationale en date du 29 juin 2016 concernant le récépissé de contrôle : il est évoqué la réalisation de 14 millions de contrôles d'identité réalisés chaque année.

¹¹⁵ **Voir article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.**

Le fait que la victime ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, en cas de préjudice causé à cette personne, la responsabilité de la partie défenderesse.

Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales. »

¹¹⁶ Sur la traçabilité, voir les travaux et les observations formulées devant les juridictions par le Défenseur des droits

¹¹⁷ Voir l'article 78-2 du code de procédure pénale.

Heureusement, à hauteur d'appel, les treize requérants notaient l'intervention du Défenseur des droits¹¹⁸.

L'étrange « *transgression* » que semblait constituer l'application des principes d'égalité et de non-discrimination à tous, sans exception, a été levée par les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 24 juin 2015 (RG n°13/24255).

Par la suite, devant la Cour de cassation, l'Etat s'est à nouveau distingué, n'hésitant pas à soutenir que les policiers étaient fondés à contrôler des personnes perçues comme noires en raison de la mention par le procureur de la République, dans ses réquisitions, d'infractions à la législation sur les étrangers. Le sous-entendu était terrible et n'a pas échappé à la presse¹¹⁹ : être Français, ce serait donc être « blanc » ! C'en était apparemment trop, car le parquet prit alors ses distances avec la position de l'Etat.

La Cour de cassation, par ses arrêts du 9 novembre 2016 (Civ. 1ère, 9 novembre 2016, n°15-25.873, n°15-25.876 et n°15-25.877), a confirmé pour l'essentiel la position de la Cour d'appel de Paris en jugeant :

« Mais attendu que la faute lourde résultant d'une déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi, au sens de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, doit être regardée comme constituée lorsqu'il est établi qu'un contrôle d'identité présente un caractère discriminatoire ; que tel est le cas, notamment, d'un contrôle d'identité réalisé selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine, réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable ; Qu'il appartient à celui qui s'en prétend victime d'apporter des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination, et, le cas échéant, à l'administration de démontrer, soit l'absence de différence de traitement, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; Attendu, d'abord, que l'arrêt constate que les études et informations statistiques produites attestent de la fréquence de contrôles d'identité effectués, selon des motifs discriminatoires, sur une même catégorie de population appartenant aux « minorités visibles », c'est-à-dire déterminée par des caractéristiques physiques résultant de son origine ethnique, réelle ou supposée ; que, se fondant sur un témoignage, il retient que les opérations de contrôle ont visé, durant une heure trente, de façon systématique et exclusive, un type de population en raison de sa couleur de peau ou de son origine ; que la cour d'appel en a souverainement déduit que M. X apportait des éléments de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination ; 86 5 1245 Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a souverainement estimé que l'Agent judiciaire de l'Etat ne démontrait pas en quoi ce contrôle d'identité était justifié par des circonstances objectives, étrangères à toute discrimination ; qu'elle en a exactement déduit que la responsabilité de l'Etat se trouvait engagée sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire ; D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi... ».

¹¹⁸ Cf. Décision du Défenseur des droits MSP-MDS-MLD-2015-021 du 3 février 2015, en ligne sur son site www.defenseurdesdroits.fr.

¹¹⁹ Lire notamment Michaël Hajdenberg, « L'Etat justifie les contrôles au faciès », *Mediapart*, 25 février 2016. [N.D.L.R.]

II- L'espoir du changement : les décisions à intervenir de la CEDH et du Conseil d'Etat à la suite de l'action de groupe introduite en juillet 2021

Après les décisions de la Cour de cassation du 9 novembre 2016, auxquelles il convient d'ajouter la décision du Conseil Constitutionnel du 24 janvier 2017 (Cons. Const., décision n°2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017), il était pour le moins attendu une réaction rapide des autorités afin de mettre un terme à la pratique, à la politique des contrôles discriminatoires.

En guise de réponse, les gouvernements successifs se sont contentés de déclarations incantatoires reconnaissant du bout des lèvres la pratique dénoncée sans jamais mettre en œuvre des mesures effectives et efficaces pour faire cesser ce grave manquement.

Rappelons que le 4 décembre 2020, le Président de la République entendait s'exprimer en direction de la jeunesse et plus précisément à une partie de celle-ci dans un entretien accordé au média *Brut*, regrettant de n'avoir rien entrepris pour qu'il soit mis fin à la pratique des contrôles d'identité au faciès¹²⁰.

Il convient d'ajouter que quelques mois plus tard, l'Etat était de nouveau condamné par 3 arrêts remarquables rendus par la Cour d'appel de Paris le 8 juin 2021 condamnant, une nouvelle fois, l'Etat pour faute lourde après avoir qualifié chacun de ces contrôles de « *discriminatoire* » (CA Paris, 8 juin 2021, n°RG 19/00865 ; 19/00867 ; 19/00872).

Dans ces circonstances, il était tout compte fait heureux que parmi les arrêts de la Cour de cassation, certains ont validé des contrôles d'identité considérés par les requérants comme discriminatoires, ouvrant ainsi la voie vers la Cour européenne des droits de l'homme et la possibilité d'une condamnation aboutissant à une modification législative et des politiques et pratiques policières (II-1).

Par ailleurs, les personnes affectées par les contrôles discriminatoires ainsi que les associations qui les soutiennent actant l'incurie de l'Etat devant la situation alarmante, la persistance de contrôles d'identité discriminatoires généralisés et l'absence de réforme ont décidé d'utiliser la nouvelle voie juridique ouverte par l'action de groupe pour obtenir que des mesures utiles soient (enfin) prises pour corriger cette défaillance systémique dans la mise en œuvre des contrôles d'identité (II-2).

II-1) L'action pendante devant la Cour EDH

Si les arrêts de la Cour de cassation en date du 9 novembre 2016 constituent de véritables avancées, pour autant huit dossiers ont confirmé la validité des contrôles d'identité.

Si les tribunaux français ont reconnu une discrimination raciale lorsqu'ils pouvaient retenir une comparaison avec des personnes perçues comme issue de la population « majoritaire », ils la rejetaient dans des endroits ou situations dans lesquels la comparaison était impossible du fait de contrôles réalisés au sein d'une population issues ou perçues comme appartenant aux « minorités visibles ». Un tel raisonnement revient à donner un blanc-seing aux forces de l'ordre à se livrer à des discriminations dans les quartiers dits « populaires ».

¹²⁰ <https://www.brut.media/fr/news/replay-le-president-de-la-republique-emmanuel-macron-repond-a-brut--6aef2ca4-a4d3-47a0-9c71-f92299239ea1>

En outre, bien que les Tribunaux français aient accepté formellement de déplacer la charge de la preuve, ils n'en ont pas moins exigé des requérants qu'ils démontrent le caractère discriminatoire des contrôles. Les tribunaux ont par ailleurs admis que les justifications des contrôles fournies par les autorités se fondent sur des stéréotypes concernant les minorités ethniques. Pour ces raisons, six des requérants ont saisi la Cour EDH le 8 mai 2017¹²¹. La Cour EDH a communiqué l'affaire au Gouvernement français le 6 octobre 2021, la considérant comme une affaire à « impact »¹²².

Concernant la discrimination, deux points méritent d'être développés dans le présent article : les obligations positives pesant sur l'Etat de faire respecter l'obligation de non-discrimination et l'aménagement de la charge de la preuve.

1) Les obligations positives pesant sur l'Etat de faire respecter le principe de non-discrimination

Il appartient à l'Etat non seulement de ne pas discriminer mais également de prendre les mesures positives nécessaires pour éviter toute forme de discrimination.

Rappelons, tout d'abord, que la Cour EDH juge que : « **La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi, celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse** » (CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c./ Russie*, req. n°s 55762/00 et 55974/00, spe. § 56 ; en ce sens déjà, CEDH, G. Ch., 6 juillet 2005, *Natchova et aut. c./Bulgarie*, req. n°s, 43577/98 et 43579/98, spe. § 145).

Ensuite, la Cour EDH met à la charge des Etats des obligations « positives » (CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c./ Irlande*, req. n°6289/73, spe. §§ 24, 25 et 32), précisant par ailleurs que : « **La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs** ».

En effet, depuis longtemps, la Cour EDH rend des décisions exemplaires caractérisant des violations des droits fondamentaux combinés avec la prohibition de la discrimination, notamment concernant des contrôles d'identité (v. *East African Asians c. United Kingdom*, nos 4624/70 et autres, rapport de la Commission du 14 décembre 1973, Décisions et rapports 78, CEDH, 10 mai 2011, *Chypre c. Turquie*, requête n°25781/94, § 306, CEDH, 24 juillet 2012, *B.S. c/ Espagne*, req. n°47159/08, § 67, CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c./ Russie*, req. n°s 55762/00 et 55974/00, CEDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, req. n° 4158/05, § 85).

Les obligations positives concernent d'une part des obligations matérielles, c'est-à-dire un cadre juridique approprié susceptible de garantir, de prévenir les contrôles discriminatoires, d'autre part, des obligations procédurales relatives à l'obligation d'enquêtes effectives

¹²¹ <https://www.justiceinitiative.org/uploads/7b045d76-7c2f-43c8-a786-e197db09bfa2/litigation-echr-seydi-france-french-20170523.pdf>

¹²² « *Affaires particulièrement importantes pour le développement du système de protection des droits de l'homme et qui soulèvent de nouvelles questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme* », voir communiqué de presse du Greffier de la Cour du 17 mars 2021.

lorsqu'un fait discriminatoire est dénoncé et de sanctions. A défaut de satisfaction de ces obligations, cela équivaldrait à méconnaître la gravité des contrôles au faciès et les considérer comme des actes ordinaires.

Or, en France, le cadre légal des contrôles d'identité n'est pas conforme à l'article 14 de la CEDSDH en ce qu'il ne prévoit pas de critères suffisamment précis limitant le pouvoir discrétionnaire de la police et ouvrant la porte à des discriminations telles que celles dont les requérants ont été victimes.

*Concernant les contrôles sur réquisitions du ministère public*¹²³. Les contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République ne sont pas « strictement encadrés ». La pratique révèle que les réquisitions, souvent délivrées à la demande des autorités de police,¹²⁴ autorisent des contrôles pour un très grand nombre d'infractions et des lieux et périodes de temps définis de manière très large, permettant à la police de contrôler n'importe quelle personne.¹²⁵ Les agents ne doivent pas justifier les contrôles ni les baser sur le comportement de la personne contrôlée. Comme l'ont révélé les travaux de la Défenseure des droits, les contrôles sont effectués en grande partie sur des critères subjectifs, tels que le ressenti ou « l'instinct » des membres des forces de l'ordre.¹²⁶ Les contrôles sur réquisitions se caractérisent par ailleurs par une absence de contrôle du procureur de la République sur leur exécution. Ainsi, ces contrôles ne sont contrôlés par les procureurs de la République, ni en amont, ni en aval de la réquisition.

*Concernant les contrôles administratifs*¹²⁷. Selon l'article 78-2 al. 3, « L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens. » Ces contrôles dits « préventifs » sont largement critiqués comme étant « le cœur de la discrimination policière sur une base ethnique »,¹²⁸ car ils peuvent être décidés sans qu'aucun lien avec le comportement de la personne ne doive être établi. Dans le prolongement des travaux de Droits, c'est ce qu'a confirmé la Mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'émergence et l'évolution des différentes formes de racisme et les réponses à y apporter : « C'est à l'occasion de ces contrôles, qui ne sont justifiés par aucun comportement et n'ont pas pour but la recherche de l'auteur d'une infraction, que les risques de contrôles « au faciès » sont les plus grands ». Dans ces circonstances, le texte ne prévoit aucune limite, aucun frein. Ainsi, que les contrôles soient requis ou préventifs, nul besoin pour les forces de l'ordre de répondre à une nécessité liée à la commission d'une infraction ou à un comportement annonciateur d'un trouble spécifique.

¹²³ Voir § 52, p 19 OBSERVATIONS DES REQUERANTS EN REPONSE AUX OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT <https://www.justiceinitiative.org/uploads/a985bd72-79b9-4b02-b242-ebba8b6598f4/merits-and-just-satisfaction-brief-and-statement-of-facts-04182022.pdf.pdf>

¹²⁴ CNCDH, Avis sur la prévention des pratiques de contrôles d'identité abusives et/ou discriminatoires, 8 novembre 2016, p. 22, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/161108_avis_pratiques_des_controles_didentite_format_a5.pdf. « Il n'est pas rare que les réquisitions soient délivrées à la demande des autorités de police et que la détermination des lieux et des périodes des contrôles s'effectuent en concertation avec ces dernières ».

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Défenseur des droits. Décision n° MDS-20.12-199, 21 déc. 2012. Défenseur des droits. Décision n° 2019-090, 2 avrii 2019. Défenseur des droits. Décision n° 2021-054, 9 mars 2021.

¹²⁷ Voir §54, p 20 OBSERVATIONS DES REQUERANTS EN REPONSE AUX OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT <https://www.justiceinitiative.org/uploads/a985bd72-79b9-4b02-b242-ebba8b6598f4/merits-and-just-satisfaction-brief-and-statement-of-facts-04182022.pdf.pdf>

¹²⁸ Assemblée nationale, Rapport d'information, Mission d'information sur l'émergence et l'évolution des différentes formes de racisme et les réponses à y apporter, 9 mars 2021, Audition de M. Sebastian Roché, 9 juillet 2020, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/racisme/115b3969-ti_rapport-information#_ftn417

*Concernant les contrôles judiciaires*¹²⁹. L'article 78-2 alinéa 1 du CPP permet le contrôle de personnes à l'égard desquelles existent une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis, tenté de commettre ou se préparent à commettre une infraction. Les travaux menés ces dernières années ont montré la nécessité de resserrer également ce cadre légal aux fins d'objectiver le choix de la personne à contrôler et éviter des contrôles discriminatoires. Selon la CNCDH : « *Il apparaît à la lecture de cette disposition législative peu restrictive que presque n'importe quelle situation pourrait, le cas échéant, être rédigée dans un procès-verbal dans les termes adéquats* ». ¹³⁰ Ajoutons une absence de justification des contrôles d'identité par les forces de l'ordre auprès des personnes contrôlées.

Enfin, soulignons une absence d'enquête lorsqu'il est dénoncé des contrôles discriminatoires. Cette situation généralisée a été particulièrement bien illustrée dans les décisions de la Cour d'appel de Paris du 8 juin 2021 précitées concernant les contrôles subis par trois élèves d'une classe de terminale à la gare du Nord (après une visite scolaire à Bruxelles pour visiter les institutions européennes). Malgré le nombre de caméras ayant filmé les contrôles, les enregistrements audio des appels réalisés par les policiers pour vérifier les identités, aucun élément n'était transmis dans le cadre de l'instance, en raison, de leur destruction. Il doit être précisé que dès les contrôles réalisés, la professeure, les réseaux sociaux, la presse et des démarches judiciaires rapides auraient dû provoquer une enquête immédiate des autorités. Enfin, il convient de le préciser, parmi les deux brigades ayant procédé aux contrôles, une ne pouvait toujours pas être identifiée ... quatre ans après les faits.

Ajoutant à ce cadre légal défectueux, il convient de pointer ce que la société civile et le défenseur des droits dénoncent depuis de nombreuses années : les carences de l'Etat dans la traçabilité des contrôles d'identité et le fait que seules les autorités ont en leur possession les éléments relatifs aux contrôles litigieux.

Dans ces circonstances, c'est bien l'omission de l'Etat qui entrave l'effectivité des recours pour les victimes de discrimination puisqu'elle les prive de la preuve du contrôle subi et de son motif.

2) L'aménagement de la charge de la preuve : la preuve incombe à l'Etat qui la détient

La Cour EDH a à plusieurs reprises reconnu que « *lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, la charge de la preuve pèse selon la Cour sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante* » (CEDH, GC, *D.H. et autres c. République tchèque*, para. 179. Voy. également CEDH, GC, *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, requêtes n°43577/98 et 43579/98, para. 157 ; CEDH, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, requête n° 33401/02, para. 183).

Par ailleurs, rappelons qu'en matière de discrimination, notamment indirecte, la preuve statistique est admise et utilisée afin de faire peser une présomption de discrimination. La Cour européenne des droits de l'homme souligne que « *lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesure ou de pratique sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été*

¹²⁹ Voir § 55, p 21 OBSERVATIONS DES REQUERANTS EN REPONSE AUX OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT <https://www.justiceinitiative.org/uploads/a985bd72-79b9-4b02-b242-ebba8b6598f4/merits-and-just-satisfaction-brief-and-statement-of-facts-04182022.pdf.pdf>

¹³⁰ CNCDH, Avis sur la prévention des pratiques de contrôles d'identité abusives et/ou discriminatoires, *op. cit.*, p. 21.

*soumis à un examen critique de la cour, paraissent fiables et significatives, **suffisent pour constituer le commencement de preuves apportées par le requérant** » (CEDH, 13 nov. 2007, n° 57325/00, D.H. et a. c/ Rép. tchèque).*

Ce d'autant plus qu'il convient de souligner qu'un contrôle d'identité se déroule à un moment donné et se produit souvent en l'absence de témoins ou en présence de témoins refusant de témoigner (à supposer qu'ils soient sollicités ...) qu'ils aient peur de représailles ou non. C'est une difficulté probatoire accrue à prendre en considération¹³¹.

En l'espèce les requérants, perçus comme d'origine africaine ou nord-africaine, ont apporté le commencement de preuve requis, dès lors qu'ils ont fait état, avec suffisamment de précisions, du fait qu'ils ont été contrôlés par la police et ont référé à des statistiques fiables et significatives et des rapports qui attestent de la pratique généralisée des contrôles d'identité discriminatoires en France.

Ce d'autant plus que, bien qu'ils n'y étaient pas légalement tenus, les requérants ont produit des témoignages circonstanciés de personnes ayant assisté aux contrôles, apportant bien plus qu'un commencement de preuve. Ces témoignages ont décrit aussi les propos dégradants ou déplacés, insultes, fouilles et palpations qui ont souvent accompagné ces contrôles.

Pourtant, la Cour de cassation a, à deux titres, appliqué de manière erronée les règles probatoires¹³².

Elle a d'abord négligé de prendre en compte les carences de l'Etat dans la traçabilité des contrôles d'identité et le fait que seules les autorités ont en leur possession les éléments relatifs aux contrôles litigieux.

Ensuite, la Cour de cassation a limité l'acceptation d'un commencement de preuve aux situations où la victime apportait la preuve d'une comparaison directement observée lors du contrôle dénoncé. Ce faisant, elle a fait peser sur les victimes l'obligation de rapporter une preuve impossible puisque, le plus souvent, les contrôles d'identité se déroulent sans témoins : les victimes sont donc dans l'incapacité d'apporter un élément de comparaison.

Bien plus, la Cour de cassation a négligé que la discrimination se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable : le comparateur peut être hypothétique ou résulter d'études et de statistiques. Exiger des requérants qu'ils démontrent que d'autres personnes n'ont pas été contrôlées au titre du commencement de preuve, viole les règles probatoires telles qu'elles découlent, notamment, de l'article 14 de la Convention.¹³³

Rappelons que la Cour EDH a notamment relevé que **« si les requérants en l'espèce ne sont ni de race noire, ni d'origine asiatique, le risque que les pouvoirs soient utilisés de manière discriminatoire contre ces catégories de population est une réalité (...). Les statistiques disponibles montrent l'usage disproportionné qui en est fait contre les personnes de race**

¹³¹ Voir Mirna Safi et Patrick Simon, « Les discriminations ethniques et raciales dans l'enquête Trajectoires et Origines : représentations, expériences subjectives et situations vécues », Economie et Statistique, 2013, p. 258

¹³² Voir § 34 , p 13 OBSERVATIONS DES REQUERANTS EN REPOSE AUX OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT <https://www.justiceinitiative.org/uploads/a985bd72-79b9-4b02-b242-ebba8b6598f4/merits-and-just-satisfaction-brief-and-statement-of-facts-04182022.pdf>

¹³³ CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, para. 53.

noire ou d'origine asiatique (...) » (CEDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, req. n° 4158/05, § 85).

Dans ces circonstances, l'Etat sera bien en peine d'établir la justification des contrôles, c'est dire démontrer l'existence d'un but légitime et un rapport raisonnable de proportionnalité entre le but visé et les moyens utilisés.

En effet, la marge d'appréciation laissée par la Cour aux Etats est très limitée pour ne pas dire impossible en présence d'une discrimination raciale jugée « *particulièrement odieuse* »¹³⁴.

Or, les contrôles d'identité visant les minorités visibles ne poursuivent pas de but légitime. Comme l'ont rappelé l'ECRI¹³⁵ et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹³⁶, le profilage ethnique ne peut pas constituer une réponse possible, quand elle est posée en ces termes, aux défis posés par la lutte contre la criminalité. Il constitue une discrimination raciale, viole les droits humains, contribue à répandre des attitudes xénophobes et est inefficace.¹³⁷

Par ailleurs, il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé : un contrôle d'identité basé sur l'origine ethnique ne peut jamais être justifié. La directrice de l'Inspection Générale de la Police Nationale a elle-même remis en cause l'efficacité des contrôles d'identité.¹³⁸

II-2) L'action de groupe introduite devant le Conseil d'Etat : à problème systémique, solution systémique

La loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle (n°2016-1547) du 18 novembre 2016 a imposé l'action de groupe dans le système juridique français, dont l'objectif est de protéger les droits des personnes, lesquels étaient jusqu'alors, sur le plan collectif, dépourvus de tous moyens d'action à l'effet d'engager la responsabilité de l'Etat.

Le Défenseur des Droits dans son avis n°20-01 du 5 février 2020 relatif au bilan et aux perspectives des actions de groupe décrit parfaitement l'intérêt particulier de ce type d'action pour mettre un terme aux discriminations :

« l'action judiciaire individuelle est insuffisante pour réprimer les pratiques discriminatoires en France. (...) son orientation corrective et préventive fait remplir à la procédure juridictionnelle d'autres fonctions, qui lui donnent une forme et une portée inédites. (...) Dans sa dimension collective, l'action de groupe oblige à réfléchir autrement sur le traitement judiciaire des discriminations. Au-delà des

¹³⁴ CEDH, *Timichev c. Russie*, para. 56, CEDH, GC, *D.H. et autres c. République tchèque*, para. 176 ; CEDH, GC, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, requêtes n°s 27996/06 et 34836/06, para. 44. Voy.

¹³⁵ Conseil de l'Europe, ECRI, Recommandation de politique générale n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, juin 2007, para. 25, <https://rm.coe.int/recommandation-de-politique-generale-n-11-de-l-ecri-sur-la-lutte-contr/16808b5ae0>

¹³⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Le profilage ethnique en Europe: une question très préoccupante, Résolution 2364 (2021)1, para. 4, <https://pace.coe.int/fr/files/28889/html>

¹³⁷ Voy. également Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Rosalind Williams Lecraft c. Espagne*, 17 août 2009, para. 7.2. , <https://digitallibrary.un.org/record/662897/>

¹³⁸ Assemblée nationale, Rapport d'information, Mission d'information sur l'émergence et l'évolution des différentes formes de racisme et les réponses à y apporter, 9 mars 2021, Audition de Mme Brigitte Jullien, 10 décembre 2020.

qualifications de situations individuelles, elle nous invite à envisager l'hypothèse de leur cumul et de leur multiplication lorsque l'analyse porte sur la situation d'un groupe déterminé (...). C'est ainsi que la notion même de discrimination systémique émerge en droit français au même moment que l'action de groupe, susceptible de lui apporter une réponse (rapport public de Madame PECAUT-RIVOLIER).

L'intérêt de cette qualification juridique est de permettre au droit d'être un levier pour la reconnaissance de la réalité dynamique des discriminations, caractériser la complexité de leur cumul dans une dimension sociologique pouvant être repérée grâce aux outils diagnostiques du droit : des discriminations qui se combinent, interagissent et prennent à la fois la forme de discriminations directes et indirectes envers un groupe stigmatisé, c'est-à-dire des comportements visant à exclure ou à défavoriser de manière volontaire ou non, perpétuant également les effets de décisions anciennes, de discriminations subies, de croyances, de règles qui se maintiennent et de stéréotypes ancrés.

La qualification de discrimination systémique permet de débusquer des discriminations banalisées et de remettre en cause les pratiques qui les génèrent. C'est la preuve de la somme des actes envers les personnes membres du groupe discriminé qui va conduire à la reconnaissance de la discrimination systémique : l'effet cumulatif qui crée un climat d'exclusion entretenant les inégalités. Ensuite, l'action de groupe ouvre la possibilité d'une intervention correctrice originale » (pp. 2 et 3).

Si l'objet du présent article n'est pas de décrire la nouvelle voie judiciaire que constitue l'action de groupe, il sera néanmoins précisé que les six associations précitées ont introduit une requête le 21 juillet 2021 devant le Conseil d'Etat après avoir notifié une mise en demeure en janvier 2021. La requête, en l'espèce, n'a pas pour objet la réparation des préjudices. Elle a pour but la cessation du manquement, ce afin de s'attaquer aux racines de la discrimination, en définissant les mesures visant à y mettre un terme.

Avant d'aller plus loin, il convient de s'arrêter sur la notion de discrimination systémique, notion intimement liée à l'action de groupe, abordée dans le cadre du projet de loi relatif à l'action de groupe créée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

C'est dans ce dernier contexte que Laurence Pecaut-Rivolier, conseillère à la Chambre sociale de la Cour de cassation, a défini la discrimination systémique comme :

« Une discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence ...

(...) La particularité de la discrimination systémique est qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. A fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories.

(...) C'est cette discrimination systémique que le droit européen, puis le droit français, ont tenté d'appréhender avec la notion de « discrimination indirecte », dont l'apport principal est de « penser la discrimination (...) également comme le résultat d'une situation sociale »¹³⁹.

Marie Mercat-Bruns, Professeure, au terme d'un travail important sur la notion de discrimination systémique et l'action de groupe synthétise les enjeux d'une façon

¹³⁹ Laurence Pécaut-Rivolier, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, rapport public, pp. 27 et 28.

particulièrement éclairante : (...) *Face aux discriminations systémiques, les solutions pour faire cesser la discrimination doivent elles-mêmes être systémiques* »¹⁴⁰.

En raison de sa pertinence avec la discrimination raciale, il convient de rappeler que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations-Unies considère qu'une discrimination systémique « *peut être comprise comme un ensemble de règles juridiques, de politiques, de pratiques ou d'attitudes culturelles prédominantes (...) qui créent des désavantages relatifs pour certains groupes* »¹⁴¹.

Soulignons que la notion de discrimination systémique en France n'est pas restée sans écho juridictionnel (v. Conseil de prud'hommes de Paris, 17 décembre 2019, n° RG F 17/10051).

Selon Marie Mercat-Bruns, la notion est précisément adaptée aux discriminations systémiques perpétrées par l'Etat, et notamment les forces de l'ordre : « *les exemples ne manquent pas en Europe et à l'étranger pour dénoncer la discrimination collective qui est souvent décrite comme « institutionnelle » ou « structurelle ». (...) La discrimination institutionnelle désigne souvent la discrimination collective dans des politiques publiques (écoles, logement, maintien de l'ordre). Les institutions publiques ne peuvent pas être épargnées de toute action si elles ignorent ou contribuent à l'exclusion collective ou à des différences de traitement récurrentes au détriment de certains groupes de personnes protégées par les règles de non-discriminations. (...) Selon une lecture institutionnelle de la discrimination, qui semble dans ce cas se fondre avec l'approche systémique* »¹⁴².

En effet, dans le cadre de décisions individuelles relatives à des contrôles d'identité discriminatoires, le Défenseur des droits a repris la notion de discrimination systémique pour décrire la réalité constatée sur l'ensemble du territoire français.

Ainsi dans sa décision précitée n°2020-102 du 12 mai 2020 relative à l'affaire du commissariat du XII^{ème} arrondissement, le Défenseur des droits écrit : « *La notion de discrimination systémique comme outil d'analyse des faits. La notion de discrimination systémique, issue des sciences sociales, a déjà été prise en compte dans plusieurs contentieux de droit du travail. Elle permet de mieux appréhender le jeu préjudiciable du cumul des pratiques et stéréotypes qui visent des groupes de personnes dans leur globalité et elle permet de saisir les problématiques qui en sont le fondement et ne pourraient être identifiées par le seul traitement des situations individuelles. (...) Les discriminations liées à l'origine à l'encontre de groupes de personnes s'inscrivent dans un ensemble de représentations et de préjugés qui traversent la société. Profondément ancrés dans nos structures sociales et mentales, ces biais cognitifs renvoient l'individu à une identité sociale dévalorisée, qui semble justifier les pratiques inégalitaires dont il fait l'objet.* » *Plusieurs registres et sources de différences de traitements se cumulent et génèrent des discriminations à la fois conscientes et inconscientes, directes et indirectes, envers les membres du groupe stigmatisé. Elles résultent en comportements visant à exclure les membres du groupe ou à les défavoriser de manière volontaire ou non* ».

¹⁴⁰ Marie Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 672.

¹⁴¹ Observation générale n°20 relative à « La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels », alinéa 12, 2 juillet 2009, https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_fr.doc

¹⁴² Marie Mercat-Bruns, « *La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?* », *La Revue des droits de l'homme*, 14/2018.

Par ailleurs, il convient de souligner que cette discrimination raciale systémique caractérise souvent aussi un harcèlement discriminatoire au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée.

Le législateur fustige non seulement la discrimination, mais aussi le harcèlement discriminatoire lorsque la discrimination a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant (1°), ainsi que l'a défini la directive européenne 200/43 du 29 juin 2000 précédemment énoncée.

Dans ces circonstances, l'objectif de l'action de groupe introduite est de contraindre l'Etat à mettre en œuvre, sous l'égide du juge, les mesures propres à remédier au manquement constaté. L'inaction de l'Etat, malgré la reconnaissance du problème au plus haut niveau de l'Etat et les condamnations de ce système précédemment mentionnées, caractérise ainsi le manquement en même temps qu'elle participe au système discriminatoire ici reproché par le sentiment de banalisation et d'impunité qu'il crée.

Des mesures précises, effectives, efficaces et pérennes doivent donc rapidement être mises en œuvre conjointement pour faire cesser ce manquement reconnu depuis de nombreuses années. Encore une fois, rappelons cette leçon majeure : à discrimination systémique, solution systémique¹⁴³.

Dans *Pour une politique criminelle de lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires*, Christine Lazerges précise : « En bref, la lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires, porteurs d'humiliation, contraires au principe d'égalité des êtres humains, suppose une volonté politique sans faille, aussi bien des pouvoirs publics administratifs que des juridictions »¹⁴⁴.

Les mesures proposées par les associations dans le cadre de l'action de groupe introduite devant le Conseil d'Etat répondent à la discrimination raciale systémique dénoncée. Elles sont toutes orientées vers l'objectif de suppression des contrôles d'identité discriminatoires.

Le droit des contrôles d'identité et la pratique policière doivent être transformés en profondeur afin de garantir l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux. Ceci passe nécessairement par des exigences de transparence de l'action policière, de « redevabilité » ainsi qu'une évolution du sens des responsabilités.

Ainsi, doivent être repensés en profondeur : le cadre normatif des contrôles d'identité (suppression des contrôles administratifs, encadrement strict des contrôles d'identité des mineurs ...), les obligations des forces de l'ordre envers la population (récépissé de contrôle, mise en place d'une autorité indépendante en charge de l'analyse des contrôles d'identité effectués ...), le cadre professionnel de l'activité policière (les objectifs de la police et des policiers doivent être redéfinis et par voie de conséquence, la formation et l'évaluation en vue

¹⁴³ « Dans de nombreux pays, la seule façon de lutter contre la discrimination systémique consiste à la fois à la sanctionner et à cesser les effets en amont ainsi qu'en aval, tout en diversifiant les indicateurs utilisés pour les détecter. Face aux discriminations systémiques, les solutions pour faire cesser la discrimination doivent elles-mêmes être systémiques là où le régime de la preuve et de la sanction est le même pour l'ensemble de ces critères. Il ne s'agit pas de rester au milieu du gué » (Marie Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 672).

¹⁴⁴ Christine Lazerges, *Pour une politique criminelle de lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires*, RCS 2017, p. 173.

de garantir l'obligation de non-discrimination ...). Et doit être mise en place une procédure de suivi et d'évaluation des mesures définies¹⁴⁵.

Sur ce dernier point, il convient de souligner qu'en vue d'assurer l'effectivité des réformes sollicitées, les organisations peuvent solliciter du juge qu'il définisse, sous son égide, ou sous celle de l'autorité qu'il désignera, une procédure de suivi et d'évaluation des mesures retenues.

C'est par la combinaison de toutes ces mesures, leur complémentarité, dans le cadre d'une approche globale, qu'il pourra être remédié à cette discrimination systémique. Retenir seulement l'une ou l'autre des mesures proposées serait impuissant à résoudre effectivement la pratique discriminatoire généralisée.

Enfin, il faut souligner que les mesures demandées s'appuient sur le travail d'analyse de près de 20 ans des associations requérantes et au-delà, tant en France qu'à l'étranger, des contrôles au faciès et de la manière d'y mettre fin¹⁴⁶.

Il appartient désormais aux juges de la Cour EDH et du Conseil d'Etat de se prononcer sur cette pratique généralisée, persistante, caractérisant une problématique systémique. On ne dira jamais assez que cette pratique des contrôles d'identité discriminatoires nie l'humanité même des personnes. Ce, alors que les textes posent un interdit absolu. N'omettons pas de souligner

¹⁴⁵ Pour aller plus loin dans l'information et la compréhension des mesures demandées au Conseil d'Etat dans le cadre de l'action de groupe, voir <https://maruemesdroits.org/action-de-groupe/>

¹⁴⁶ Voir notamment, des cours américaines ont déclaré inconstitutionnelles et illégales les pratiques de contrôles au faciès aussi qualifiées de prolifération ethnique (v. notamment Cour supérieure du New Jersey, 14 mars 1996, *Soto v. State of New Jersey* ; v. aussi décision de l'United States District Court Southern District of New York, 8 août 2013, *Floyd et autres c. La Ville de New York* relatif à la pratique du « stop and frisk » - i.e. contrôle d'identité suivi d'une fouille - par laquelle un juge New-Yorkais a condamné la police et l'Etat de New York pour violation du 4^{ème} amendement relatif à la protection contre les contrôles et interpellations sans motif raisonnable et violation du 14^{ème} amendement interdisant les comportements discriminatoires, le juge ayant constaté, à l'appui de statistiques, « que les contrôles de routine concernaient des afro-américains et des hispaniques qui n'auraient pas été contrôlés s'ils avaient été blancs »).

L'affaire *Floyd* précitée mérite une attention particulière puisqu'il s'agissait d'une action de groupe introduite en 2008 devant le US District Court Southern District of New York par le Center for Constitutional rights contre la ville de New York aux fins, *d'une part*, d'engager la responsabilité de cette dernière en raison de la pratique des contrôles d'identité (palpations et fouilles) réalisés par le New York City Police Department (« NYPD ») sans suspicion raisonnable et de façon discriminatoire et, *d'autre part*, de mettre en place, sous l'autorité du juge, les réformes nécessaires de nature à mettre l'activité des contrôles d'identité en conformité avec les principes garantissant les droits fondamentaux.

Le 12 août 2013, le juge a rendu une décision historique reconnaissant la ville de New York, ayant autorité sur le NYPD, responsable d'un système de pratiques de profilages ethniques et de contrôles d'identités illégaux. Le juge fédéral, en l'espèce, n'a pas hésité à rappeler dans sa décision qu'en raison de la difficulté de rapporter la preuve directe d'une discrimination intentionnelle, il doit être recouru aux « preuves circonstancielles » (notamment les preuves institutionnelles de discrimination : rapport de 1999 de l'AG de New York ; la politique du chiffre ; l'absence de poursuites disciplinaires ; la pertinence du problème des contrôles *au faciès* dans la société exprimée par la multitude de dossiers judiciaires en cours ; les dossiers individuels illustrant l'action de groupe : 12 personnes ayant subi 19 contrôles d'identité et palpations et/ou fouilles, le juge prenant le soin de rappeler que l'affaire n'est pas principalement au sujet des 19 contrôles d'identité précisément mais l'existence ou non d'une politique, de pratiques, d'une tradition, d'une coutume illégales et discriminatoires).

Par sa décision d'août 2013, le juge du US District Court a reconnu que la ville de New York était responsable de violations des droits protégés par le 4^{ème} amendement (vie privée, sûreté, liberté de mouvement ...) et du droit à l'égalité et à la non-discrimination raciale. Le juge a, en effet, constaté que **les personnes perçues comme provenant des minorités étaient traitées différemment et défavorablement**. Selon lui, la ville a adopté une **politique de discrimination raciale indirecte**.

« Racisme et discriminations liées à l'origine. Mobiliser le droit contre le racisme »

également que l'inertie des autorités face à la discrimination raciale contribue à la propagation d'attitudes xénophobes dans les populations¹⁴⁷.

Gardons également toujours à l'esprit que si les contrôles discriminatoires visent une partie de la population, c'est aux libertés de tous qu'il est porté atteinte, à notre commune humanité et à l'égalité des êtres humains. Ce sont tous ces droits et libertés que les juges auront pour office de rendre concrets et effectifs.

¹⁴⁷ Comité des droits de l'homme, Constatations Communication no 1493/2006 § 7.2, p 8 Comité des droits de l'Homme 30 juillet 2009 Williams c/ Espagne n° 1493/2006).

« Propos conclusifs »

Clara GANDIN, *avocate*

Je tiens tout d'abord à remercier l'ensemble des intervenantes et intervenants pour leurs interventions riches et percutantes, ainsi que les modératrices des tables-rondes et celles et ceux qui nous ont fait l'honneur d'introduire ce colloque, que je conclus par de brèves réflexions.

Ce qui nous a réuni aujourd'hui, je crois, était la volonté de rendre effectif le droit de la non-discrimination dans le domaine des discriminations liées à l'origine et au racisme. Je soulignerai six points qui ont retenu mon attention et me semblent constituer des pistes de réflexion et d'action pour l'avenir.

Le premier tient aux conditions de réussite de la mobilisation et de l'action judiciaire collectives, aussi bien dans le domaine du travail qu'en droit de la presse ou face à des politiques menées par les pouvoirs publics. Les obstacles à la constitution puis au maintien du collectif, la dépossession des parties prenantes, les difficultés de financement, par exemple, sont autant de problèmes concrets qui se posent aux praticiens du droit et nous imposent de réfléchir en amont et tout au long de ces combats judiciaires à la manière d'associer l'accès au droit de nos clients, leur intégration à la conduite de l'action, la défense de leurs intérêts, et l'atteinte de nos objectifs communs, directs et stratégiques, dans le cadre de luttes plus larges dépassant le seul contentieux en jeu.

Ces difficultés se posent avec d'autant plus d'acuité que dans le domaine des discriminations, en particulier liées à l'origine, nous sommes confrontés à « l'audace restreinte » des juges, formule que j'emprunte à Robin Médard¹⁴⁸ – c'est mon deuxième point. Les réticences des magistrats à reconnaître l'existence de ces discriminations sont plus compréhensibles à la lecture des travaux de recherche coordonnés par Marie Mercat-Bruns¹⁴⁹, dans lesquels des magistrats expriment la crainte de « faire un arrêt raciste » en disant que quelqu'un est arabe, et concèdent ne pas être outillés intellectuellement pour rédiger leurs décisions dans ce type de dossiers. Certains estiment ne pas « savoir ce qu'est un Arabe », quand d'autres réclament la production de statistiques pour appuyer leurs raisonnements. Il ressort de cette recherche un certain malaise chez les juges. Ce malaise est également lié à l'idée – ou l'illusion, ou l'idéal – de l'égalité républicaine, sur laquelle est revenue Sophie Latraverse, et qui semble justifier chez beaucoup un aveuglement volontaire à la race et donc aux discriminations à caractère raciste. Dans de nombreuses décisions, nous sommes confrontés à l'évacuation du motif raciste au prétexte que les propos que le salarié a vécu comme racistes relèveraient de simples maladresses. Lorsqu'on obtient la reconnaissance d'une discrimination liée à l'origine, on est souvent bloqués sans explication au niveau de la comparaison des parcours professionnels et *in fine* de la réparation notamment financière, comme si tout était bon pour limiter une condamnation considérée comme suffisamment infâmante.

Alors quelles pistes devons-nous étudier, dans le domaine du travail notamment, pour aboutir à de meilleures solutions judiciaires, la reconnaissance de ces discriminations et leur juste

¹⁴⁸ Robin Médard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, LGDJ Lextenso, 2022, p. 497.

¹⁴⁹ Marie Mercat-Bruns et Jeremy Perelman (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre du principe de non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, publiée en juin 2016, p. 117 (voir pp. 113 à 118).

réparation ? C'est mon troisième point. Nous avons évoqué la faible dicibilité du critère de la race devant les juges. Vu la difficulté à mobiliser ce motif discriminatoire, nous avons vu que nous tendions à le remplacer par des critères juridiques « miroirs », considérés comme plus objectifs ou opérationnels, tels que l'origine, la nationalité ou l'apparence physique associée à une origine étrangère. Ces derniers critères présentent toutefois fréquemment l'inconvénient de dessiner une approche réductrice du dossier, et surtout d'invisibiliser ce racisme muté qui ne dit plus son nom. C'est un choix qu'il revient de réfléchir mûrement, et avec le client, qui restera toujours le premier à prendre le risque du motif discriminatoire retenu – et celui ou celle qui connaît le mieux son histoire et est le mieux à même de déterminer pourquoi il saisit la justice, où se situe son besoin de reconnaissance. N'oublions pas que l'audience peut effectivement être un lieu de débat sur les préjugés et stéréotypes hérités de la colonisation qui se trouvent souvent à la racine des traitements défavorables et arbitraires imposés aux personnes racisées.

Autre enjeu et de taille, celui de la preuve : à cet égard, nous avons des outils à mobiliser de manière systématique, des argumentaires à développer, à renforcer, à étayer. Il est impératif de dépasser le malaise lié à l'emploi du concept de race, de s'éduquer pour pouvoir l'utiliser à bon escient, l'expliquer et aider le juge à l'employer sans crainte. Mobilisez les concepts juridiques à la lumière des sciences sociales (sociologie, économie) pour identifier les sous-emplois, les plafonds de verre et leurs blocages de carrière, les parois de verre et la ségrégation des métiers, le harcèlement discriminatoire d'ambiance (raciste, sexiste) et son impact sur la santé mentale, la discrimination indirecte et la discrimination systémique révélatrices de systèmes de domination solidement bâtis sur des stéréotypes et des pratiques qu'on ne voit plus à force de les voir. Formons-nous, et réfléchissons ensemble. Rappelez toujours aux juges qu'il ne s'agit pas d'entériner l'idée de races biologiques, mais d'identifier les mécanismes d'assignation raciale qui induisent des traitements défavorables et inégaux.

De même, il faut lire le rapport du Défenseur des droits sur la mesure de la discrimination, et cesser de craindre de faire des statistiques en matière de discrimination raciale. En partant du cas classique de l'absence de personnes portant un nom à consonance étrangère dans un secteur, un métier, une ligne hiérarchique, on a vu l'utilité de l'analyse onomastique et la nécessité du recours aux chiffres comparés comme preuve utile et efficace, d'ailleurs demandée par les juges eux-mêmes ! Sur les éléments de preuve, nous sommes également revenus : la comparaison, les témoignages y compris des victimes elles-mêmes, l'analyse des organigrammes sur plusieurs années, l'usage des sciences sociales, ou encore la mobilisation d'un réseau d'acteurs à même d'éclairer le juge dans leurs domaines d'expertise (Inspection du travail, Défenseur des droits). Souvent négligés, les apports du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence européenne doivent gagner nos conclusions pour pouvoir atteindre le raisonnement de nos juges : ils nous seront utiles en matière d'intersectionnalité et d'admission de perspectives constructivistes, pour envisager de nouveaux contentieux, et pour aller chercher les sanctions effectives et dissuasives que nous avons tant de mal à obtenir en France.

Nos deux dernières tables-rondes portaient sur les discriminations que l'Etat et ses représentants tolèrent, voire encouragent, quand il ne les met pas lui-même en œuvre. Je dois revenir, et c'est mon avant-dernier point, sur la question des discours de haine, qui est plutôt matière à inquiétude au vu des dernières décisions évoquées par nos intervenant.es. Il est désormais établi que le racisme a évolué : pour reprendre l'un des propos développés par Kaoutar Harchi, ce racisme n'a pas besoin de se dire pour être entendu ou compris. Or le pouvoir des mots et du discours n'est plus à démontrer : ses conséquences sont réelles, concrètes, et meurtrières. D'où le problème posé par l'appréhension nominaliste et restrictive du racisme, qui aboutit au rejet de la qualification d'injure raciste dans certains cas, et au contraire à reprocher à des associations antiracistes de qualifier de racistes les politiques et pratiques contre lesquelles elles

luttent, venant justifier leur dissolution et vidant par-là le combat antiraciste de son objet. Cette substitution de la lutte contre le mot plutôt que contre la chose n'est pas nouvelle, mais la violence des discours officiels et l'intensité de la répression politique doivent, je crois, nous conduire à lutter sans relâche pour démasquer et dénoncer le discours raciste de manière à convaincre les juges de sortir de ce cercle vicieux de condamnations inadaptées et paradoxales.

Ma dernière réflexion touche bien sûr au rôle de l'Etat dans la perpétuation de discriminations systémiques contre lesquelles il semble réticent à lutter quand il n'est pas purement et simplement à l'origine des dispositifs par lesquelles elles sont mises en œuvre, ce qu'ont illustré les trois dernières interventions de ce colloque. Qu'on pense à la permanence de vocables racistes en droit de la nationalité, ou au fait que de nombreux Français issus de l'immigration sont constamment ramenés, symboliquement et concrètement, au statut de leurs aïeux colonisés et des générations qui ont émigré ici. Qu'on pense à l'attitude de rejet et de répression adoptée par l'Etat face à des associations constituées de personnes directement issues de groupes minoritaires qui prétendent identifier les difficultés auxquelles elles font face, déterminer leurs besoins, exprimer des griefs, proposer des idées et des solutions à des difficultés qui les touchent personnellement et collectivement. Qu'on pense à l'institution policière et au discours officiel consistant à nier l'existence d'abus plutôt qu'à assumer des problèmes identifiés de longue date aussi bien par les chercheurs en sciences sociales que par des institutions de la République. Nous ne pourrions lutter contre ces politiques et ces pratiques institutionnelles discriminatoires qu'avec les concerné.es, en se mobilisant à leurs côtés, en travaillant avec eux sur des pistes d'actions juridiques, judiciaires et politiques pertinentes, et en faisant preuve de créativité, ce qu'illustre bien l'action de groupe intentée par une myriade d'associations de terrain accompagnée par un collectif d'avocats engagés, contre l'Etat, pour l'obliger à prendre des mesures pour mettre fin aux « contrôles au faciès ».

En matière de discriminations liées à l'origine et de lutte contre le racisme, nous n'avons pas le droit de céder au désespoir et nous devons garder le cap : celui d'une société débarrassée du racisme et de l'exploitation et de l'oppression racistes. Ce colloque nous a rappelé que dans ces luttes, nous disposons de concepts pour expliquer le monde, d'outils pour révéler les dynamiques du système que nous voulons mettre à bas, et des forces et de l'énergie collectives constituées par celles et ceux qui y sont confronté.es quotidiennement et sont donc les mieux à même de mener ces combats auxquels nous prenons part.