

Pascal Mahon
Professeur, droit
constitutionnel
Faculté de droit
Université de Neuchâtel

Anne-Laurence Graf
Collaboratrice scientifique
Faculté de droit
Université de Neuchâtel

Federica Steffanini
Assistante-doctorante
Faculté de droit
Université de Neuchâtel

La notion de « race » dans le droit suisse

Etude juridique

établie à la demande
du Service de lutte contre le racisme
du Département fédéral de l'intérieur

Sommaire

I. Introduction : mandat, objet et plan de l'étude	2
II. Le contexte de l'expertise : la « race », une notion controversée	3
III. Le cadre normatif : portée et enjeux.....	7
A. Remarques liminaires : les dispositions pertinentes	7
B. Le droit suisse	9
1. L'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale.....	9
2. L'article 261bis du Code pénal.....	11
3. La loi sur l'asile	13
4. Conclusion intermédiaire	14
C. Le droit international applicable	16
1. La Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.....	16
2. La Convention européenne des droits de l'homme	18
3. Les autres dispositions	19
4. Conclusion intermédiaire	21
IV. Une analyse de droit comparé	22
A. Remarques liminaires	22
B. L'Autriche	22
C. La Finlande.....	24
D. La Suède	25
E. La France	27
F. L'Allemagne.....	29
G. Conclusion intermédiaire	30
V. Synthèse et conclusions	31
A. Synthèse	31
B. Conclusions et recommandations	34
1. La suppression ou le maintien du terme « race » : les solutions de principe et de.....	34
compromis envisageables	34
2. Une conclusion et quelques recommandations	37

I. Introduction : mandat, objet et plan de l'étude

1. **L'objet de l'étude.** – La présente étude est le fruit d'un mandat du Service de lutte contre le racisme (SLR) du Département fédéral de l'intérieur (DFI), formulé d'entente avec le secrétariat de la Commission fédérale contre le racisme (CFR) et portant sur l'emploi de la notion de « race » dans la législation suisse.

L'étude devait selon le mandat s'articuler autour des cinq axes d'analyse suivants :

1. Un bref rappel de la différence en termes d'acceptation du terme « race » entre les pays du continent européen (Suisse comprise) et les pays anglophones ;
 2. L'interprétation de la notion de « race » dans la jurisprudence et la doctrine suisses ;
 3. L'interprétation de la notion de « race » dans le droit international relatif aux droits de l'homme ;
 4. Des exemples de pays qui ont supprimé le terme « race » de leur législation, comme la France, la Suède et l'Autriche, en expliquant quelles alternatives ils ont trouvées et avec quels avantages ou inconvénients ;
 5. Des conclusions et recommandations quant à l'utilisation du terme « race » dans la législation suisse ainsi que dans la pratique administrative de la Suisse. Doit-il être maintenu et pour quelles raisons ? Existe-t-il un ou plusieurs termes alternatifs qui permettraient de couvrir la totalité des groupes aujourd'hui visés par le terme de « race » ?
2. **La démarche et la méthode.** – Pour répondre à ces attentes, la présente étude se fonde, s'agissant de la démarche, sur les méthodes traditionnelles de l'analyse juridique et sur les sources habituelles et généralement disponibles de la réglementation en vigueur – qu'elle soit constitutionnelle ou législative –, de la jurisprudence et de la doctrine juridique. Compte tenu des engagements que la Suisse a souscrits, l'analyse fera appel à des sources aussi bien nationales qu'internationales.
 3. **Le plan de l'étude.** – Pour ce qui est du plan de la présente étude, nous proposerons tout d'abord, dans une deuxième partie faisant suite à cette introduction, et avant d'entrer dans le cœur de la question, une vue d'ensemble de la problématique et des circonstances à l'origine de la demande d'expertise. Conformément à ce qui est indiqué dans le contrat, nous rappellerons et expliquerons aussi brièvement les différences dans la réception du terme « race » entre les États-Unis¹ et l'Europe continentale (ch. II).

Dans une partie successive, nous analyserons le cadre normatif qui fait appel à la notion de « race », au niveau du droit suisse et des instruments du droit international des droits de l'homme ratifiés par la Suisse (ch. III).

Il s'agira ensuite de s'intéresser à quelques pays qui ont pris la décision de supprimer le terme de « race » de la Constitution, voire de toute la législation, et de comprendre quelles sont les raisons et les conséquences de ce choix (ch. IV).

Il sera alors possible, dans la dernière partie, qui servira à la fois de synthèse et de conclusion, d'envisager l'avenir du terme « race » dans le droit suisse, en identifiant les alternatives possibles à son utilisation ainsi que les avantages et les inconvénients de chacune d'entre elles (ch. V).

¹ En ce qui concerne ce point, notre analyse s'écarte quelque peu du mandat qui préconisait une comparaison par rapport aux pays anglophones. Les raisons de ce recadrage sont expliquées plus loin (cf. *infra* n° marginal 8).

II. Le contexte de l'expertise : la « race », une notion controversée

4. **La problématique générale et les difficultés qui se posent.** – Depuis quelques années, dans de nombreux pays européens, l'emploi de la notion de « race », notamment dans les textes législatifs, soulève un certain nombre d'interrogations à cause de sa référence à un concept moralement réprimé et scientifiquement discutable. En Suisse aussi, le débat sur la question de savoir si ce terme doit être maintenu, abandonné ou remplacé – et le cas échéant par quoi – est d'actualité. Ainsi par exemple, il a été proposé dans un canton de remplacer, dans la loi cantonale sur la protection des données, le terme de « race » par celui d'« ethnie ».

Si un certain consensus paraît se dégager sur le caractère controversé de la notion², son utilisation étant généralement considérée comme « contradictoire, dans la mesure où le mot "race" peut être interprété comme un concept raciste, à savoir comme un élément caractéristique des idéologies racistes »³, les solutions alternatives imaginées abondent mais restent tâtonnantes. Ainsi, en imaginant une révision de l'article constitutionnel interdisant la discrimination, Vincent MARTENET fait le pari, selon ses propres dires « audacieux », de supprimer le critère de la race de la liste exemplative inscrite à l'alinéa 2 de l'article 8 de la Constitution fédérale. « L'audace de la proposition [consistant] à ne pas valider constitutionnellement un critère dépourvu de sens et de pertinence scientifique ». L'auteur soulève néanmoins la question des possibles « incompréhensions » qu'une telle solution pourrait engendrer et, précisant qu'il « ne s'agit évidemment pas de permettre les discriminations raciales », il estime opportun d'ajouter à la liste le critère de l'« apparence physique » qui permettrait de tenir compte de cette problématique spécifique « sans devoir mobiliser le critère de la race »⁴.

5. **La pratique suisse actuelle.** – Le terme « race » est toujours présent dans la législation suisse, d'une part pour des raisons de compatibilité avec les conventions relatives aux droits humains et donc de conformité avec les engagements internationaux de la Suisse et, d'autre part, parce que le mot « race », en tant que critère de discrimination punissable, renvoie à des caractéristiques individuelles physiques, caractéristiques qui ne seraient pas couvertes par les autres concepts voisins, comme par exemple « l'ethnie » ou « l'origine ».

Pour ce qui est des autres textes officiels, la pratique administrative communément admise au niveau fédéral – définie comme « pragmatique » – consiste à entourer le mot « race » de guillemets, voire à ajouter une note de bas de page précisant qu'étant considéré comme une notion à caractère raciste et prohibé notamment pour des motifs historiques, le mot est généralement écrit entre guillemets. Le cas échéant, il est expliqué que puisque le terme correspond à un critère de discrimination inscrit à l'art. 8 Cst., il sera néanmoins utilisé dans ce sens juridique et par conséquent sans guillemets

² Cf. par ex. RAINER J. SCHWEIZER, *Art. 8 BV*, in : BERNHARD EHRENZELLER *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, n° 68, qui qualifie l'emploi du terme comme extrêmement discutable. *Contra* : BERNHARD WALDMANN, *Art. 8 BV*, in : BERNHARD WALDMANN – EVA MARIA BELSER – ASTRID EPINEY (édit.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Bâle 2015, n° 70, qui le considère en revanche indispensable, d'une part pour pouvoir nommer ce type de différences de traitement et, d'autre part, compte tenu de la relation étroite entre le droit suisse et les normes internationales protégeant contre la discrimination.

³ Plateforme d'information humanrights.ch > Dossiers thématiques > Racisme > Le racisme c'est quoi ? (www.humanrights.ch).

⁴ VINCENT MARTENET, *Art. 8 Egalité (al. 1 et 2)*, in : SOPHIE WEERTS *et al.* (édit.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale, Mélanges en hommage au Prof. Luzius Mader*, Bâle 2018, pp. 42 ss.

(cf. p. ex. le Rapport du Conseil fédéral sur le droit à la protection contre la discrimination du 25 mai 2016, note 3).

Face à l'embarras évident que semble désormais susciter l'emploi de la notion de « race », il convient de faire un pas en arrière et commencer par retracer les origines du racisme et son histoire plus récente. L'établissement de bases conceptuelles relatives à la notion de « race » viendra enrichir l'analyse juridique menée au chiffre III pour y apporter un nouvel éclairage.

6. **Les origines du racisme.** – Le racisme est un phénomène de l'époque moderne ; plus précisément de l'Europe moderne⁵. A partir du XV^e siècle, suite à l'intensification des contacts entre les différents continents, on assiste à la diffusion d'une logique d'asservissement des populations notamment africaines, reposant initialement sur la composante religieuse puis, dès le XVII^e siècle, sur le savoir scientifique⁶.

Au XIX^e siècle, âge du nationalisme et de l'impérialisme, les relations interraciales acquièrent une dimension moins paternaliste et plus compétitive⁷. La construction progressive d'une idéologie raciste au fondement biologique, postulant l'existence au sein de l'espèce humaine de races distinctes et inégales, s'inscrit dans ce contexte historique particulier. Être en mesure de prouver scientifiquement que les Européens étaient biologiquement supérieurs signifiait pouvoir justifier et donc légitimer l'entreprise coloniale et plus généralement les inégalités raciales⁸.

Cette théorie, culminant dans l'émergence, au XX^e siècle, de régimes ouvertement racistes – les lois Jim Crow aux Etats-Unis, l'apartheid en Afrique du Sud et l'Allemagne nazie –, se fondait sur les préceptes suivants : (1) les groupes raciaux se distinguent par « des traits physiques observables », (2) « signes de caractéristiques internes », (3) « fondées en nature », (4) « immuables pour un individu donné » et (5) « transmises biologiquement [...] d'une génération à l'autre », (6) « caractéristiques justifiant l'établissement d'une hiérarchie – intellectuelle, culturelle [et] morale – entre [c]es groupes »⁹.

7. **L'évolution successive.** – Le choc et la profonde indignation suscités à travers le monde par les horreurs commises par le régime Nazi ont pour effet de discréditer la conception du racisme biologique et de changer à jamais les attitudes envers la « race ». Au sein de la nouvelle Organisation des Nations Unies, on commence à œuvrer sans relâche pour mettre à ban cette doctrine meurtrière. A travers le vaste programme de lutte contre le racisme sur « la question des races »¹⁰, lancé en 1949 par l'UNESCO, et notamment son volet normatif, concrétisé par la Déclaration de 1950¹¹, la communauté internationale condamne fermement « le mythe le plus bête qu'ait jamais conçu

⁵ ALANA LENTIN, *Europe and the Silence about Race*, European Journal of Social Theory, 11(4), 2008, pp. 487-503, spéc. 491.

⁶ MICHAEL BANTON, *The International Politics of Race*, Cambridge 2002, pp. 10 ss ; GEORGE FREDRICKSON, *Racism: A Short History*, Princeton 2002, pp. 54 ss.

⁷ GEORGE FREDRICKSON, *The Historical Origins and Development of Racism*, 2003, accessible en ligne : https://www.pbs.org/race/000_About/002_04-background-02-01.htm (consulté le 12.11.2019).

⁸ FREDRICKSON, précité (note 6), pp. 104-108.

⁹ MAGALI BESSONE – DANIEL SABBAGH, *Les discriminations raciales : un objet philosophique*, in : MAGALI BESSONE – DANIEL SABBAGH (dir.), *Race, racisme, discriminations. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris 2015, pp. 5-44, spéc. 11.

¹⁰ CHLOÉ MAUREL, « La question des races » : le Programme de l'Unesco, *Gradhiva*, 5/2007, pp. 114-131, n° 1.

¹¹ Successivement mise à jour et complétée en 1951, 1964 et 1967.

l'imagination des hommes »¹². Elaborée et signée par des éminents chercheurs et intellectuels de l'époque, la Déclaration conclut essentiellement que « la théorie de la pureté raciale et celle de la hiérarchie des races, qui en est le complément, ne reposent sur aucun fondement scientifique »¹³. « En réalité, la "race" est moins un phénomène biologique qu'un mythe social »¹⁴. Dans sa quatrième version de 1967, la Déclaration précise que l'usage du terme « race » est en partie conventionnel et en partie arbitraire et n'implique aucun type de hiérarchie. En outre, elle attribue une origine plus sociale que biologique aux problèmes inhérents aux relations entre les « races »¹⁵.

L'affirmation résolue de l'inexistence des races, à travers la large publicité dont bénéficie le texte de la Déclaration¹⁶ et les nombreuses autres actions de l'ONU allant dans le même sens, a permis aujourd'hui d'aboutir à un « consensus ontologique » : « la "race" en tant que matrice bio-comportementale, n'existe pas »¹⁷.

8. **Les différentes réceptions du terme de « race ».** – Malgré le fait que beaucoup de langues connaissent le mot « race » – par ailleurs souvent dans une traduction phonétiquement proche –, ce même déterminant peut avoir des acceptions très différentes selon le contexte dans lequel il est employé.

Ce raisonnement irait même plus loin, en ce sens que ce ne serait pas la langue mais uniquement le référent d'un mot qui détermine sa signification. Ainsi, le terme « race » n'évoquerait pas les mêmes groupes de population aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne¹⁸, par exemple. Partant de ce constat, nous allons nous concentrer ci-après sur la différence dans la réception et l'acceptation du terme en Europe continentale et aux Etats-Unis. Il s'agit par ailleurs de l'opposition traditionnelle, rendant compte au mieux de l'écart conceptuel pouvant ressortir d'un même terme.

Les significations des mots dépendent donc des contextes historiques et culturels dans lesquels ces mots sont employés. La notion de « race » n'y fait pas exception : il s'agit d'un concept instable, au caractère mouvant et contingent¹⁹. Comme l'aurait dit le sociologue Stuart HALL, la « race » est un « signifiant flottant »²⁰, une construction discursive dont la signification n'est pas fixe, essentielle, mais relationnelle, et donc constamment redéfinie selon les cultures et les époques²¹.

9. **La notion en Europe et aux Etats-Unis.** – Certains événements historiques ont un impact profond sur les idées et les mots²² et les chargent de valeurs positives ou

¹² UNESCO, *Les Savants du monde entier dénoncent un mythe absurde... le racisme*, Le Courrier de l'Unesco, vol. III, 6/7, 1950, p. 1.

¹³ UNESCO, *Déclaration sur la race et les différences raciales de 1951*, in : *Quatre déclarations sur la question raciale*, COM.69/II.27/F, 1969, p. 37.

¹⁴ UNESCO, *Déclaration sur la race de 1950*, in : *Quatre déclarations sur la question raciale*, précité (note 13), p. 33. Le paragraphe 6 de la Déclaration de 1950 soulève par ailleurs la question problématique de l'utilisation du terme « race » en relation avec l'espèce humaine et préconise qu'il soit complètement abandonné et remplacé par « groupe ethnique ».

¹⁵ UNESCO, *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux de 1967*, in : *Quatre déclarations sur la question raciale*, précité (note 13), pp. 52 s.

¹⁶ MAUREL, précitée (note 10), n° 10.

¹⁷ BESSONE – SABBAGH, précités (note 9), p. 10.

¹⁸ MANFRED BERG – ISABEL SOTO – PAUL SCHOR, *The Weight of Words: writing about race in the United States and Europe*, *The American Historical Review*, 119 (3), 2014, pp. 800-808, spéc. 801.

¹⁹ BERG – SOTO – SCHOR, précités (note 18), p. 800.

²⁰ Cf. SUT JHALLY – STUART HALL, *Race: The Floating Signifier*, Media Education Foundation, Northampton 1996 (retranscription de la conférence donné par Stuart Hall au Goldsmiths College de Londres).

²¹ Dans le même sens, LENTIN, précitée (note 5), p. 491.

²² BERG – SOTO – SCHOR, précités (note 18), p. 801.

négatives. Aussi bien l'histoire des Etats-Unis que celle des pays d'Europe continentale a été marquée par des injustices et des atrocités commises au nom d'une soi-disant supériorité raciale. On pense à la ségrégation raciale aux Etats-Unis, au régime de Vichy en France ou à l'Espagne franquiste et bien sûr à l'Holocauste, mais aussi à l'esclavage, à la période coloniale et à l'impérialisme.

Qu'est-ce qui explique alors le fait que, malgré cette expérience négative commune et malgré le « consensus ontologique » évoqué plus haut²³, les Européens ressentent le besoin d'écrire le mot « race » entre guillemets, d'inclure un *disclaimer* après son utilisation, voire de simplement éviter toute mention de cette notion, tandis qu'au contraire les Américains utilisent cette notion de manière tout à fait décomplexée, comme si celle-ci n'avait rien à voir avec l'histoire de leur pays ?

D'après les historiens Manfred BERG, Isabel SOTO et Paul SCHOR, en Europe le mot « race » n'aurait pas opéré la même transition sémantique qu'aux Etats-Unis, où de référent d'une catégorie biologique il est passé à désigner une catégorie d'analyse sociale et culturelle²⁴. Autrement dit, aux Etats-Unis le mot « race » « est [...] employé aujourd'hui, [...] dans un sens différent de celui de hier »²⁵. Le développement considérable des sciences sociales et en particulier des études raciales et ethniques, dès la deuxième moitié du vingtième siècle, a sans doute contribué à ce glissement de sens. Ainsi, aux Etats-Unis, « [a]u lieu de faire référence à une classification des êtres humains en sous-ensembles biologiquement distincts et hiérarchiquement ordonnés, [le mot "race"] désigne des groupes ayant été victimes d'une discrimination officielle et systématique fondée sur un racisme pseudo-scientifique aujourd'hui largement discrédité mais dont les effets demeurent perceptibles »²⁶.

En Europe, en revanche, le mot « race » semble maintenir un lien indestructible avec l'histoire du racisme²⁷. Ce stigmate aurait été imprimé à la notion de « race » par le génocide nazi. Il était autant inconcevable qu'inadmissible qu'une telle tragédie puisse se produire sur le territoire européen²⁸ et dès lors indispensable de réagir²⁹. Dans une volonté de distanciation de cet événement et du déterminisme biologique qui était à son origine, tout élément susceptible de rappeler et de refaire vivre l'idéologie raciste est alors rejeté : le mot « race » devient suspect, sinon définitivement tabou en Europe. Au niveau international comme national, on déclare une lutte sans concessions au racisme, qui est interdit et sanctionné par les lois, puis évincé du discours public³⁰. Autour de la notion de « race » s'instaure ainsi progressivement le « silence ». Pour certains, cette attitude serait également révélatrice d'une forme de déni, notamment par rapport au fondement politique de la doctrine des « races » et aux responsabilités de l'Europe dans l'histoire du racisme³¹.

10. ***La persistance du racisme et les différentes approches possibles.*** – Force est malgré tout de constater que le racisme est une réalité toujours présente dans nos sociétés du XXI^e siècle, bien que sous des formes moins explicites. Or, le racisme serait le produit de l'idée même de la « race »³². Pour reprendre l'expression de David Theo

²³ Cf. *supra* n° marginal 7.

²⁴ BERG – SOTO – SCHOR, précités (note 18), p. 802.

²⁵ BESSONE – SABBAGH, précités (note 9), p. 6.

²⁶ *Idem*.

²⁷ BERG – SOTO – SCHOR, précités (note 18), p. 801.

²⁸ LENTIN, précitée (note 5), p. 495.

²⁹ DAVID THEO GOLDBERG, *Racial Europeanization*, *Ethnic and Racial Studies* 29(2), 2006, p. 336.

³⁰ GOLDBERG, précité (note 29), p. 336 ; LENTIN, précitée (note 5), p. 496.

³¹ GOLDBERG, précité (note 29), p. 336 ss ; LENTIN, précitée (note 5), pp. 495 ss.

³² LENTIN, précitée (note 5), p. 492.

GOLDBERG, si en Europe la « race » a été enterrée, elle a toutefois été enterrée vivante³³. Ainsi, elle refuse de rester en silence, parce qu'elle serait bien plus qu'un mot, elle correspondrait à une façon de penser et d'organiser la société, à une idée au pouvoir conceptuel considérable, intrinsèquement liée aux principes de division et de classification des êtres humains³⁴, évoluant dans le temps et s'adaptant telle un caméléon aux changements contextuels³⁵.

Face à ce constat, il est utile de rappeler que dans le débat actuel autour de l'usage et de la signification du terme « race », les positions qui s'affrontent sont essentiellement deux³⁶ : l'approche *éliminativiste* et l'approche *constructiviste*. Pour les *éliminativistes*, les races représentent une pure fiction projetée sur le monde, à tel point que « [c]roire à l'existence de ces dernières ce serait un peu comme croire à l'existence des sorcières : une méchante superstition, rien de plus »³⁷. Vides de sens, les termes raciaux devraient être abandonnés voire remplacés par des « substituts conceptuels [...] ne suscitant pas un rejet de même ampleur », afin d'éviter de redonner du crédit à un concept « théoriquement douteux et moralement néfaste »³⁸. A l'inverse, selon les partisans de la théorie constructiviste, la non-utilisation de la notion de « race », « loin de faire disparaître des esprits les idées d'essence ou de hiérarchisation raciales, peut être de nature à entraver l'analyse de leur effets persistants »³⁹. Pour eux, la « race » est une catégorie socio-politique historiquement construite, donc un produit humain⁴⁰. Ainsi, les races seraient des entités bien réelles. Elles procéderaient non pas de la biologie, mais d'un processus social « d'attribution d'une signification et d'une valeur sociales à des différences [visibles] »⁴¹.

Ayant ainsi posé les bases conceptuelles et théoriques relatives à la problématique inhérente au présent avis, il convient maintenant de s'interroger sur la manière dont le droit suisse et le droit international intègrent et appréhendent la notion de « race », ainsi que sur les raisons sous-jacentes à cette appréhension.

III. Le cadre normatif : portée et enjeux

A. Remarques liminaires : les dispositions pertinentes

11. **Les occurrences du terme « race » dans le droit suisse.** – Au niveau fédéral⁴², plusieurs dispositions font aujourd'hui appel à la notion de « race ».

³³ GOLDBERG, précité (note 29), p. 334.

³⁴ LENTIN, précitée (note 5), pp. 490 ss.

³⁵ GOLDBERG, précité (note 29), p. 337 ; LENTIN, précitée (note 5), p. 491.

³⁶ Une troisième approche, celle des (néo-)naturalistes, selon lesquels la race est à la fois biologique et sociale, ne sera en revanche pas discutée ici. A ce propos, voir par exemple SALLY HASLANGER, *Une analyse socio-constructiviste de la race*, in : BESSONE – SABBAGH, précités (note 9), pp. 105-124, spéc. 108 ss.

³⁷ GLENN LOURY, *Les stéréotypes raciaux*, in : BESSONE – SABBAGH, précités (note 9), pp. 203-234, spéc. 209.

³⁸ BESSONE – SABBAGH, précités (note 9), p. 12.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ LOURY, précité (note 37), p. 222.

⁴¹ BESSONE – SABBAGH, précités (note 9), p. 20.

⁴² Pour ce qui est des cantons, nous nous contenterons de relever que tous les cantons suisses utilisent le mot « race » dans leur constitution, à l'exception de Neuchâtel (« ethnie ») et Vaud (« patrimoine génétique » et « aspect physique »). Cf. BERNHARD PULVER, *L'interdiction de la discrimination. Etude de*

Le substantif « race » ou son adjectif « racial » se retrouvent notamment dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (art. 8 al. 2)⁴³, le Code pénal du 21 décembre 1937 (art. 66d al. 1 let. a, 261bis, 264 et 264a al. 1 let. i)⁴⁴, le Code pénal militaire du 13 juin 1927 (art. 108, 109 al. 1 let. i et 171c)⁴⁵, la loi sur l'entraide pénale internationale du 20 mars 1981 (art. 2 let. b)⁴⁶ et son ordonnance (art. 11 al. 2)⁴⁷, la loi sur la protection des données du 19 juin 1992 (art. 3 let. c ch. 2)⁴⁸, la loi sur l'encouragement de l'enfance et de la jeunesse du 30 septembre 2011 (art. 3)⁴⁹, la loi sur les profils d'ADN du 20 juin 2003 (art. 8 al. 4)⁵⁰, la loi sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (art. 4 al. 1)⁵¹ et la loi sur l'asile (art. 3 al. 1)⁵².

12. **Les occurrences du terme « race » dans le droit international.** – En droit international, la notion de « race » a fait son apparition au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, dans le cadre du mouvement international pour les droits de l'homme, dont la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 représente la pierre angulaire.

L'emploi du substantif « race » et de l'adjectif « racial » est d'ailleurs très fréquent dans les dispositions des traités de l'ONU relatifs aux droits humains. Ces termes figurent en effet dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 2)⁵³, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2, 4, 24 et 26)⁵⁴, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁵⁵, la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 2)⁵⁶, la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (art. 1, 7 et 13)⁵⁷ et la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 13)⁵⁸.

La Convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mentionne la « race » à son article 14⁵⁹. Le Protocole n° 12 à la Convention reprend le terme à son art. 1⁶⁰.

Outre ce corpus de textes spécifiquement dédié à la protection des droits de l'homme, d'autres instruments internationaux recourent aux notions de « race » ou de groupe « racial ». Les plus importants sont la Convention n° 111 de l'OIT concernant la

l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bâle 2003, n° 287. La Constitution du Canton de Schwyz, quant à elle, renvoie à la Constitution fédérale.

⁴³ RS 101.

⁴⁴ RS 311.0.

⁴⁵ RS 321.0.

⁴⁶ RS 351.1.

⁴⁷ RS 351.11.

⁴⁸ RS 235.1.

⁴⁹ RS 446.1.

⁵⁰ RS 363.

⁵¹ RS 784.40.

⁵² RS 142.31.

⁵³ RS 0.103.1.

⁵⁴ RS 0.103.2.

⁵⁵ RS 0.104.

⁵⁶ RS 0.107.

⁵⁷ Non ratifiée par la Suisse.

⁵⁸ RS 0.103.3.

⁵⁹ RS 0.101.

⁶⁰ Non ratifié par la Suisse.

discrimination en matière d'emploi et de profession (art. 1)⁶¹, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés (art. 1, 3 et 33)⁶² ou encore la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. I)⁶³.

13. **En particulier : les normes protégeant contre la discrimination.** – Comme le montre cette vue d'ensemble, aussi bien en droit suisse qu'en droit international, la « race » comme principe de catégorisation des êtres humains sur la base de différences immédiatement perceptibles fait avant tout partie intégrante⁶⁴ des normes protégeant contre la discrimination. La discrimination raciale est d'ailleurs considérée comme « le prototype de toute discrimination »⁶⁵ et figure souvent en tête du catalogue des critères de discrimination réprimés. L'existence d'une convention internationale spécialement dédiée à la discrimination raciale confirme le caractère prééminent et singulier de cette forme de discrimination. De plus, l'interdiction de la discrimination raciale – du moins dans ses pratiques systématiques (génocide, apartheid) – s'est vue reconnaître le statut de norme de *ius cogens*⁶⁶.

Par souci de concision et d'intérêt, nous avons choisi de concentrer notre analyse précisément sur les principales dispositions interdisant les discriminations qui contiennent une référence à la « race ». Pour le droit suisse, cela concerne la Constitution fédérale et le Code pénal ; pour le droit international, il s'agit de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention européenne des droits de l'homme. Les autres dispositions pertinentes seront analysées de manière moins approfondie.

B. Le droit suisse

1. L'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale

14. **La genèse et le but de la norme.** – L'inscription explicite de l'interdiction des discriminations dans le catalogue des droits fondamentaux que la Suisse s'engage à respecter est un acquis de la nouvelle Constitution fédérale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000. Reconnu ponctuellement par le Tribunal fédéral déjà sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, ce droit est aujourd'hui garanti dans tous ses aspects par le deuxième alinéa de l'actuel article 8⁶⁷.

La révision de la Constitution étant fondée sur le principe de la « mise à jour » du droit constitutionnel, qui passait notamment par la prise en compte de l'évolution au niveau

⁶¹ RS 0.822.721.1.

⁶² RS 0.142.30.

⁶³ RS 0.311.11.

⁶⁴ En référence au droit international, PATRICK THORNBERRY, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, Oxford 2016, p. 100, parle d'élément standard.

⁶⁵ PULVER, précité (note 42), n° 287.

⁶⁶ Dans un célèbre *obiter dictum* concernant le concept d'obligations *erga omnes*, la Cour internationale de justice mentionne la discrimination raciale parmi les exemples de ce type d'obligations. Cf. arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belgique c. Espagne)*, du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, p. 32, §34. Voir également PULVER, précité (note 42), n° 87.

⁶⁷ REGINA KIENER – WALTER KÄLIN – JUDITH WYTENBACH, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne 2018, § 36 *Diskriminierungsverbot*, n° 2 ; JÖRG PAUL MÜLLER – MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^e éd., Berne 2008, pp. 682 s.

international et des nombreux engagements auxquels la Suisse avait souscrit⁶⁸, l'adoption d'une norme protégeant expressément contre la discrimination s'explique également en ces termes. Ainsi, dans sa formulation de l'art. 8 al. 2 Cst., le constituant suisse s'est largement inspiré des garanties internationales correspondantes⁶⁹. Pour Andreas RIEDER, le droit international fait office de parrain⁷⁰ de la norme constitutionnelle et, dès lors, devient la référence privilégiée en ce qui concerne son interprétation et sa concrétisation⁷¹.

Visant à « résoudre des problèmes spécifiques, à un moment donné de l'histoire et dans une société déterminée »⁷², cette disposition entend donc attirer l'attention des autorités sur le caractère généralement inadmissible des distinctions (ou assimilations) fondées sur des critères « [ayant] trait à une caractéristique personnelle commune aux membres d'un sous-groupe social »⁷³. S'agissant dans l'ensemble d'éléments propres à façonner la personnalité et l'identité d'une personne, ces critères relèvent tous – dans une plus ou moins grande mesure – de la dignité humaine. Ainsi, l'interdiction de discrimination « est une expression de la protection de la dignité humaine et du respect de la valeur intrinsèque de l'être humain »⁷⁴.

15. **La notion de « race ».** – La « race » est le deuxième des neuf critères composant la liste ouverte de l'art. 8 al. 2 Cst. « [E]lle constitue un critère classique et traditionnel de tout catalogue d'interdiction des discriminations »⁷⁵ et serait également le plus sensible, le plus absolu, étant entendu que l'on ne saurait imaginer une distinction fondée sur la « race » qui ne remette pas en cause la valeur intrinsèque de la personne en tant qu'être humain⁷⁶.

Depuis son inscription dans la Constitution fédérale au tournant du XXI^e siècle, le concept de « race » n'a été que très peu concrétisé, que ce soit par la doctrine ou par la jurisprudence. A ce jour, le contenu de la notion ne fait toujours pas l'objet d'une définition juridique cristallisée aux contours définis⁷⁷. Lorsqu'il s'agit d'expliquer la réalité à laquelle ce terme renvoie, la doctrine constitutionnelle fait d'ailleurs souvent appel à la formule générale consacrée par le Conseil fédéral dans le message de 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale contre la discrimination raciale et la révision correspondante du droit pénal⁷⁸. De manière générale, les caractéristiques

⁶⁸ Cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, spéc. p. 9 et 139 (ci-après : Message sur la nouvelle constitution).

⁶⁹ Cf. not. ATF 138 I 265, c. 4.2.1, p. 267, ainsi que KIENER – KÄLIN – WYTTEBACH, précités (note 67), n° 2 ; SCHWEIZER, précité (note 2), n° 46 ; WALDMANN, précité (note 2), n° 46. ANDREAS RIEDER, *Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns*, Berne 2003, pp. 36 s., précise que le droit de l'Union européenne ainsi que les dispositions de certaines constitutions nationales (not. allemande et américaine) et cantonales auraient aussi constitué une source d'inspiration. Dans le même sens, MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 679.

⁷⁰ RIEDER, précité (note 69), p. 75.

⁷¹ MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 679. *Contra* : WALDMANN, précité (note 2), n° 46, qui reconnaît tout de même la possibilité de se référer au droit international au moins pour l'interprétation des critères de discrimination.

⁷² ETIENNE GRISEL, *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2^e éd., Berne 2009, n° 123.

⁷³ JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle 2018, n° 3239.

⁷⁴ PULVER, précité (note 42), n° 224.

⁷⁵ PASCAL MAHON, *Art. 8 Cst.*, in : JEAN-FRANÇOIS AUBERT – PASCAL MAHON, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich – Bâle – Genève 2003, n° 16.

⁷⁶ GRISEL, précité (note 72), n° 160 ; MAHON, précité (note 75), n°s 15 et 16 ; PULVER, précité (note 42), n° 291.

⁷⁷ MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 720.

⁷⁸ Cf. *infra* n° marginal 17. Voir, entre autres, WALDMANN, précité (note 2), n° 69.

considérées comme relevant de la « race » sont surtout physiques et physionomiques (couleur de la peau, couleur et forme des yeux et des cheveux, pilosité). Selon une partie de la doctrine⁷⁹, elles s'étendraient également à des éléments culturels tels que la langue, l'ascendance et la religion⁸⁰.

En ce qui concerne la portée de la notion, il est généralement admis que ce terme est dépourvu de tout fondement scientifique et ne fait donc nullement référence à l'idéologie raciste établissant une hiérarchie entre les êtres humains. Tout en admettant que la « race » « ne désigne aucune réalité rationnellement saisissable »⁸¹, on remarque cependant souvent la persistance, chez une partie de la population, d'une perception subjective selon laquelle les êtres humains se distingueraient entre eux en différentes races et qui permettrait au problème de la discrimination raciale de perdurer⁸². Dès lors, le mot « race » de l'art. 8 al. 2 Cst. ne désignerait pas un concept objectif, mais un concept subjectif⁸³. Il témoignerait, autrement dit, de l'existence d'un fait social, à savoir la catégorisation des individus sur la base de traits distinctifs perceptibles à laquelle le plus souvent correspondent des représentations stéréotypées et des pratiques sociales d'exclusion et d'avilissement⁸⁴. Dans ce sens, d'un point de vue juridique, la « race » renvoie principalement à une construction sociale⁸⁵.

2. L'article 261bis du Code pénal

16. **La genèse et le but de la norme.** – La notion de « race » a fait son apparition dans l'ordre juridique suisse déjà quelques années avant que le principe de non-discrimination soit ancré dans la Constitution fédérale. Depuis le 1^{er} janvier 1995, en effet, le Code pénal suisse protège expressément certains groupes de personnes contre les discriminations dans les rapports entre particuliers. L'art. 261bis CP punit les discriminations et les incitations à la haine fondées sur l'appartenance raciale, ethnique, religieuse et, désormais probablement⁸⁶, l'orientation sexuelle.

⁷⁹ ALEXANDRE GUYAZ, *L'incrimination de la discrimination raciale*, thèse, Berne 1996, p. 24 ; MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 720 ; SCHWEIZER, précité (note 2), n° 68.

⁸⁰ C'est dans ce sens que l'on considère parfois que le concept de « race » se recoupe partiellement avec celui d'« origine » (ethnique, culturelle). Cf. not. KIENER – KÄLIN – WYTENBACH, précités (note 67), n° 22 ; WALDMANN, précité (note 2), n° 70. PULVER, précité (note 42), n° 289 s., propose néanmoins explicitement d'adopter une définition restrictive, soit limitée aux caractéristiques physiques, de la notion de « race » pour le droit constitutionnel suisse. Il considère en effet que dans le cadre de l'art. 8 al. 2 Cst. une extension à d'autres éléments n'a guère d'utilité, puisque les autres hypothèses sont couvertes par d'autres critères énumérés par cette même disposition.

⁸¹ SAMANTHA BESSON, *L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers. Des fondements théoriques au droit privé suisse*, thèse, Fribourg 1999, n° 1419.

⁸² PULVER, précité (note 42), n°s 289 s.

⁸³ BERNHARD WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz: unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits*, Berne 2003, p. 582. Dans le même sens, PULVER, précité (note 42), n° 289, qui souligne que telle serait l'approche adoptée par le droit international et notamment par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

⁸⁴ KIENER – KÄLIN – WYTENBACH, précités (note 67), n° 22 ; MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 686.

⁸⁵ Cf. ATF 135 I 49, c. 4.3, p. 54 s. ; SCHWEIZER, précité (note 2), n° 68 ; WALDMANN, précité (note 2), n° 69 ; Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 III 265 ss, 305 (ci-après : Message ICERD).

⁸⁶ Le 14 décembre 2018, le Parlement fédéral a adopté une modification du Code pénal qui étend la protection contre la discrimination à l'orientation sexuelle (FF 2018 7867). L'extension du champ d'application personnel de l'art. 261bis CP intervient à la suite du dépôt, cinq ans auparavant, de l'initiative parlementaire Reynard (13.407) visant à lutter contre l'homophobie et à combler le vide juridique constaté dans ce domaine. Frappée d'une demande de référendum ayant abouti, la modification doit toutefois encore passer par un vote populaire, qui se tiendra en février 2020.

La révision du droit pénal ayant conduit à l'adoption de l'art. 261bis CP visait avant tout à « donner suite aux engagements internationaux de la Suisse »⁸⁷. Souhaitant adhérer à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, la Suisse était en effet préalablement tenue de satisfaire aux obligations découlant de cet instrument, notamment celles exigeant qu'elle prenne des mesures (législatives) pour combattre activement la discrimination raciale. Or, d'après le message du Conseil fédéral, « [à] l'exception de l'interdiction de la discrimination par les autorités [...] les lois de notre pays ne répond[ai]ent pas, ou seulement de façon incomplète, aux exigences de la Convention »⁸⁸.

Selon la doctrine et la jurisprudence plus récentes⁸⁹, la norme pénale protège essentiellement la dignité humaine, soit la reconnaissance de la valeur intrinsèque de tout individu, et seulement indirectement la paix publique, comme conséquence de comportements particulièrement susceptibles de compromettre le climat social⁹⁰. Dans l'ensemble, en accord avec les buts de la Convention internationale, la disposition vise à « mettre en place un système de prévention efficace à l'égard des violations de droits de l'homme »⁹¹.

17. **La notion de « race ».** – L'art. 261bis CP ne contient pas une définition légale de la discrimination raciale⁹², mais se limite à énumérer de manière limitative les critères de discrimination punissables à ce titre. Le message du Conseil fédéral nous apprend que le choix original de ces critères a été inspiré dans une large mesure de l'art. 1 ch. 1 de la Convention⁹³. Pour ce qui est des critères de la race et de l'origine ethnique, « leur contenu ne diffère en rien de celui que leur prête le droit international »⁹⁴.

La construction particulière de la norme antiraciste, comme on l'appelle, permet de distinguer entre le sens large et le sens strict du mot « race ».

Dans son ensemble, l'art. 261bis CP protège contre les discriminations raciales au sens large⁹⁵. Le Conseil fédéral définit comme suit la substance de cette première notion : on parle de « race » lorsqu'« un groupe de personnes [...] se considère lui-même comme différent des autres groupes ou [...] est considéré comme tel par ceux-ci, sur la base de caractères distinctifs innés et immuables »⁹⁶. Autrement dit, la notion présuppose

⁸⁷ BESSON, précitée (note 81), n° 1204.

⁸⁸ Message ICERD, FF 1992 III 297.

⁸⁹ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Rassendiskriminierung: ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG*, Zurich 2007, n°s 328 ss.

⁹⁰ Cf. par ex. ATF 143 IV 77, c. 2.3, p. 79, JdT 2017 IV 254 (trad.), et 133 IV 308 c. 8.2, p. 311, avec les références. Voir aussi MICHEL DUPUIS – LAURENT MOREILLON *et alii* (édit.), *Petit Commentaire – Code pénal*, Bâle 2017, n° 2 ad art. 261bis CP; DORRIT SCHLEIMINGER METTLER, *Art. 261bis StGB*, in : MARCEL ALEXANDER NIGGLI – HANS WIPRÄCHTIGER (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Bâle 2019, n° 8 ; ULRICH WEDER, *Art. 261bis StGB*, in : ANDREAS DONATSCH – STEFAN HEIMGARTNER *et alii* (édit.), *StGB, JStG Kommentar : mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AlG*, Zurich 2018, n° 2. *Contra* : STEFAN TRECHSEL – HANS VEST, *Art. 261bis StGB*, in : STEFAN TRECHSEL – MARK PIETH (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch : Praxiskommentar*, Zurich 2018, n° 6.

⁹¹ Message ICERD, FF 1992 III 298.

⁹² Selon le Conseil fédéral, une définition « aurait fait figure de corps étranger » dans le Code pénal (Message ICERD, FF 1992 III 305).

⁹³ Message ICERD, FF 1992 III 306.

⁹⁴ GUYAZ, précité (note 79), p. 141.

⁹⁵ Le titre marginal original "Discrimination raciale", en effet, pris dans un sens large, se justifie pour l'ensemble de l'article 261bis, car « toutes les formes du délit se fondent sur une distinction [...] portant atteinte aux droits de l'homme » (Message ICERD, FF 1992 III 305).

⁹⁶ Message ICERD, FF 1992 III 305. Cette formule est tirée d'un manuel sur le système des Nations Unies et plus particulièrement d'une contribution portant sur le thème de la discrimination raciale dans ce contexte. La contribution met en particulier l'accent sur l'aspect subjectif inhérent à la perception de soi

l'identification d'un groupe⁹⁷, qui se perçoit (*Selbstidentifikation*) ou est perçu collectivement comme tel (*Fremdentifikation*) sur la base de caractéristiques héréditaires plus ou moins perceptibles. En précisant que c'est ainsi que les sociologues définissent la « race », le Conseil fédéral reprend et intègre la perspective sociologique en droit.

Parmi tous les groupes pouvant entrer dans cette définition générale, au sens strict du terme, la « race » désignerait le groupe-type⁹⁸. Elle correspond en effet également à un des différents critères de discrimination punissables selon l'art. 261bis CP et, dans ce sens, elle fait plus particulièrement référence aux traits physiques et physiologiques, notamment la couleur de la peau⁹⁹, qui, dans la conception biologique du racisme, étaient associés à des qualités soi-disant typiques de l'individu¹⁰⁰.

Ainsi, l'art. 261bis CP consacre avant tout une conception large, sociologique, de la « race »¹⁰¹, selon laquelle celle-ci relèverait de la construction sociale et de l'attribution stéréotypée¹⁰². L'appartenance à un groupe racial ne dépendrait alors pas de l'existence de critères objectifs, mais reposerait sur des éléments subjectifs et sociaux¹⁰³. Cette conception de la « race » permet de faire abstraction du caractère réel ou présumé de cette appartenance, seule la motivation raciste (« en raison de ») étant déterminante en termes de punissabilité¹⁰⁴. « [L]a race, au sens strict, n'est [...] plus que l'un de ces éléments, n'intervenant que dans le cas où le sentiment général vient à coïncider avec les définitions scientifiques »¹⁰⁵. Cette conception dualiste de la « race » se retrouve du reste au niveau de la Convention internationale contre la discrimination raciale.

3. La loi sur l'asile

18. **L'art. 3 LAsi.** – Sur le modèle de la Convention relative au statut des réfugiés, la loi suisse sur l'asile (LAsi) prévoit qu'une persécution fondée notamment sur la « race » est pertinente en matière d'asile. Selon la doctrine, le terme « race » doit être compris dans un sens large, conformément au droit international¹⁰⁶, qui couvre tous les groupes ethniques qui dans le langage courant sont qualifiés de « races »¹⁰⁷. Etant donné le sens large revêtu par le terme « race », ce motif est fréquemment supplanté, dans la pratique de l'autorité administrative, par d'autres motifs d'asile comme ceux de la nationalité ou de l'appartenance à un groupe social déterminé¹⁰⁸.

Il n'existe pas de définition du terme « race » selon la LAsi dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. Celui-ci n'estime en effet pas nécessaire, suivant la

ou de l'autre comme appartenant à un groupe. Cf. KARL JOSEF PARTSCH, *Rassendiskriminierung*, in : RÜDIGER WOLFRUM (édit.), *Handbuch Vereinte Nationen*, n. 88, München 1991, n° 9.

⁹⁷ Sur la notion de groupe et ses éléments constitutifs, voir NIGGLI, précité (note 89), n°s 562 ss ; TRECHSEL – VEST, précités (note 90), n° 14 ; WEDER, précité (note 90), n° 8.

⁹⁸ NIGGLI, précité (note 89), n° 618.

⁹⁹ Cf. ATF 124 IV 121, c. 2b.

¹⁰⁰ TRECHSEL – VEST, précités (note 90), n° 11 ; WEDER, précité (note 90), n° 9.

¹⁰¹ GUYAZ, précité (note 79), p. 142.

¹⁰² NIGGLI, précité (note 89), n° 652.

¹⁰³ PARTSCH, précité (note 96), n° 9.

¹⁰⁴ ATF 123 IV 202, c. 3a, JdT 1999 IV 34 (trad.). Cf. aussi GUYAZ, précité (note 79), pp. 128 s. et 139.

¹⁰⁵ GUYAZ, précité (note 79), p. 23.

¹⁰⁶ ALBERTO ACHERMANN – CHRISTINA HAUSAMMANN, *Handbuch des Asylrechts*, Berne – Stuttgart 1991, p. 97.

¹⁰⁷ SAMAH POSSE-OUSMANE – SARAH PROGIN-THEUERKAUF, *Art. 3 LAsi*, in : CESLA AMARELLE – MINH SON NGUYEN (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. IV : *Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 14-43, spéc. 25.

¹⁰⁸ *Idem*.

doctrine exprimée par Walter STÖCKLI (ancien juge au Tribunal administratif fédéral), de définir de manière abstraite les motifs de persécution dès lors que seul le persécuteur (ou l'Etat) connaît précisément les raisons pour lesquelles il persécute (ou ne protège pas) une personne¹⁰⁹. Seul est déterminant aux yeux du Tribunal administratif fédéral le fait que la personne soit persécutée en raison de *qualités externes ou internes qui sont indissociables de sa personne* (le genre, l'origine, la couleur de peau, la langue, etc.) ou de sa personnalité (les convictions ou opinions politiques, la manière de vivre, etc.)¹¹⁰. Dans ce sens, une persécution pertinente en matière d'asile au sens de la Convention de Genève de 1951 et donc de la LAsi vise, selon Walter STÖCKLI, la personne en raison de son « *Sein* » au lieu de son « *Tun* »¹¹¹.

4. Conclusion intermédiaire

19. **Une conception large de la « race », issue du droit international.** – La notion de « race » est entrée dans l'ordre juridique suisse dans le but de traduire, en droit national, les garanties du droit international, notamment celles découlant de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention de Genève relative au statut de réfugié.

Depuis lors, le concept de « race » n'a été que très peu concrétisé par le droit suisse. Ainsi, quand il s'agit d'interpréter cette notion, la tendance consiste à faire appel à la formule générale consacrée par le Conseil fédéral dans le message concernant l'adhésion de la Suisse à ladite Convention et la révision correspondante du Code pénal¹¹².

Cette définition consacre une conception fondamentalement large de la « race », qui est donc susceptible d'inclure toute une série d'attributs physiques et culturels, renvoyant à l'origine d'une personne. Lorsqu'il est utilisé dans un sens strict, le plus souvent comme critère particulier de discrimination inscrit dans un catalogue plus ou moins étendu, le terme « race » renvoie exclusivement à des caractéristiques physiques extérieures. Dans ce cas, il ne figure cependant jamais tout seul, mais toujours accompagné du critère de l'origine ethnique et nationale¹¹³.

En matière de droit suisse d'asile, le terme « race » renvoie au sens large du droit international. En tout état de cause, le Tribunal administratif fédéral se refuse à donner une définition abstraite des motifs de persécution, dont la « race », car seule la perception du persécuteur est déterminante.

20. **Un concept au fondement sociologique et non pas biologique.** – S'agissant de la définition de la « race » sur laquelle se basent le Conseil fédéral et, désormais, la doctrine et la jurisprudence, il s'agit d'une définition de nature sociologique. En Suisse, comme ailleurs, on perçoit depuis longtemps le problème lié à l'ambiguïté intrinsèque du mot « race » et on ressent le besoin de se distancer de son acception pseudo-scientifique, pour finalement se concentrer sur la composante sociologique. Il est donc généralement admis que la « race » est une construction sociale reflétant une idéologie

¹⁰⁹ WALTER STÖCKLI, *Asyl*, in : PETER UEBERSAX ET AL. (édit.), *Ausländerrecht* : : eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz - von A(syl) bis Z(ivilrecht), Bâle 2009, pp. 521-588, spéc. 528. L'auteur donne notamment pour exemple le fait que la notion de « race juive » pendant le Troisième Reich n'avait rien à voir avec une définition scientifique ou correcte aux yeux des juifs eux-mêmes.

¹¹⁰ *Idem* ; décision de la Commission suisse de recours en matière d'asile 2006/32.

¹¹¹ STÖCKLI, précité (note 109), p. 528.

¹¹² Cf. *supra* n° marginal 17.

¹¹³ Cf. WALDMANN, précité (note 83), p. 579 s., qui discute dans le détail la différence entre la « race » au sens large (*Oberbegriff*) et au sens strict.

qui cherche à légitimer les rapports de domination dans un contexte social et historique déterminé. L'idée de « races » biologiques est rejetée (en premier lieu par les sciences naturelles elles-mêmes) et n'est donc pas appropriée pour fonder l'interdiction faite par le droit¹¹⁴.

21. **La position de la doctrine concernant l'emploi du terme « race ».** – C'est au niveau de la doctrine que la question de l'utilisation du terme « race » dans le droit suisse est le plus souvent discutée. La jurisprudence se limite quant à elle dans le meilleur des cas à constater qu'il s'agit d'un concept ne pouvant pas être appréhendé juridiquement dans une formule claire¹¹⁵.

D'une manière générale, l'utilisation du terme « race » dans les textes de loi est débattue. Quelques auteurs considèrent qu'il faudrait renoncer à l'employer. Ainsi, en plus de Vincent MARTENET, déjà cité¹¹⁶, Karl Ludwig KUNZ, dans sa critique concernant la future disposition pénale, estimait qu'en allemand la notion de « race » – chargée d'une valeur historique particulière – devrait être abandonnée, parce qu'elle est synonyme d'appartenance ethnique¹¹⁷.

La doctrine majoritaire, cependant, soit ne se prononce pas sur la question ou se limite à la problématiser¹¹⁸, soit s'exprime en faveur du maintien du terme.

Dans ce sens, Marcel Alexander NIGGLI, par exemple, considère qu'il ne faut pas renoncer complètement à la notion de « race ». Certes les « races » humaines n'existent pas, mais le comportement répréhensible doit d'une façon ou d'une autre être nommé. Il estime que rendre le texte de loi neutre et renoncer au terme « race » ne permettra pas pour autant d'éliminer les discriminations raciales. Pour lui, le fait d'employer ce mot dans la loi n'impliquerait pas de reprendre les idées racistes. Cela signifierait uniquement accepter le fait que ces idées et la discrimination fondée sur des critères raciaux existent, même s'ils sont dépourvus de tout fondement scientifique. La loi ne reconnaîtrait donc pas la validité de la distinction, mais plutôt le fait que ces distinctions inadmissibles soient opérées. Autrement dit, elle ne reprendrait pas la distinction en soi, mais uniquement les critères de la distinction. L'auteur poursuit son raisonnement en affirmant que dans le contexte juridique, la notion de « race » ne peut signifier que ce qu'elle signifie effectivement dans le langage courant, à savoir la formation conceptuelle d'un groupe sur la base de caractéristiques avant tout physiques. Il faut donc tenir en particulier compte de la compréhension subjective de la notion, soit de la manière dont elle est comprise dans l'imaginaire collectif¹¹⁹.

De son côté, Alexandre GUYAZ observe qu'« on ne saurait définir une notion juridique sans déterminer au préalable la fonction que doivent remplir les textes qui s'y réfèrent » et précise qu'« il s'agit moins de s'attacher à ce qu'est effectivement une race humaine qu'à ce qu'elle paraît être dans la société où l'on désire mettre fin aux conflits raciaux »¹²⁰.

¹¹⁴ NIGGLI, précité (note 89), n^{os} 633 s. Cf. aussi WALDMANN, précité (note 83), p. 582.

¹¹⁵ Cf. ATF 123 IV 202, c. 3a, JdT 1999 IV 34 (trad.).

¹¹⁶ Cf. *supra* n^o marginal 4.

¹¹⁷ KARL LUDWIG KUNZ, *Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung. Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft*, ZStrR 110/1992, p. 160, qui se réfère en particulier à la doctrine dominante allemande.

¹¹⁸ Cf. par ex. ELEONOR KLEBER, *La discrimination multiple : étude de droit international, suisse et européen*, thèse Fribourg, Zurich 2015, p. 202, qui se limite à indiquer qu'« [e]n raison du caractère peu maniable et controversé de la notion de "race", on lui préfère généralement aujourd'hui la notion d'ethnie ou d'origine ethnique en ce qu'elle permet de souligner l'aspect subjectif et culturel des classifications ».

¹¹⁹ NIGGLI, précité (note 89), n^{os} 635 à 642.

¹²⁰ GUYAZ, précité (note 79), pp. 23 s. Cf. aussi MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 720.

Etant donné que l'interdiction des discriminations représente la réponse à ce genre de pratiques sociales, selon Jacques DUBEY « même si elle n'existe pas biologiquement, la race doit exister juridiquement en tant que critère hautement suspect de discrimination »¹²¹. Enfin, pour Jörg Paul MÜLLER et Markus SCHEFER, il serait même inconcevable de renoncer au concept de « race » si l'on veut exprimer un avis critique vis-à-vis du sens issu des théories racistes¹²².

C. Le droit international applicable

1. La Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

22. **La genèse et le but de la Convention.** – Adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1965, la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a été le premier traité multilatéral conclu dans le domaine des droits humains, après la Déclaration universelle de 1948 et avant les deux Pactes internationaux de 1966. Appelée de ce fait à jouer un rôle précurseur et de modèle, elle marque « un grand pas dans le développement du droit international moderne »¹²³ et figure à ce jour parmi les instruments comptant le plus grand nombre de ratifications.

En tant que point de départ et base pour les actions successives, la Convention représente le cœur de la lutte internationale contre la discrimination raciale¹²⁴. La Déclaration issue de la troisième Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, organisée par l'UNESCO à Durban en 2001, a d'ailleurs reconnu le rôle central de la Convention et souligné l'importance pour les Etats d'y adhérer et de l'appliquer¹²⁵.

La Convention est un pur produit de son époque¹²⁶. Dans le contexte historique de l'après Seconde Guerre mondiale et de la décolonisation, elle « vise à résoudre un important problème de société »¹²⁷. Les grands objectifs qui la sous-tendent, à savoir la volonté d'empêcher que les atrocités causées par les régimes ouvertement racistes puissent se reproduire et le désir de prendre les distances du modèle colonial avec

¹²¹ DUBEY, précité (note 73), n° 3279.

¹²² MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 718.

¹²³ DORIS ANGST, *La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR)*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELLIER (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, pp. 268-281, spéc. 269.

¹²⁴ ION DIACONU, *Racial discrimination*, La Haye 2011, pp. 354 et 359.

¹²⁵ Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, Durban, 2001, A/CONF.189/12, préambule et par. 77 de la Déclaration. Lors de cette Conférence l'utilisation du terme « race » a été débattue. Si les Etats européens ont plaidé pour l'abandon de ce mot, des Etats africains et des Caraïbes ont indiqué lui accorder une importance particulière, en invoquant la ségrégation et la discrimination dont ils ont souffert dans les siècles. « Le fait que les Européens refusent cette notion revient, à leurs yeux, à nier ce passé, voire même à en fuir la responsabilité, et ils se sent[iraient] alors peu pris au sérieux » (Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, Durban, du 31 août au 8 septembre 2001, Déclaration et Programme d'action, avec un résumé et un index, publication du SLR, décembre 2002, p. 5 ; cf. également ANGST, précitée (note 123), p. 270, note 11.

¹²⁶ DIACONU, précité (note 124), p. 354.

¹²⁷ GUYAZ, précité (note 79), p. 25.

toutes ses implications, transparaissent aussi bien dans le préambule que dans le texte de la Convention¹²⁸.

Ainsi, « les exigences de la Convention doivent être comprises à la lumière des [...] grandes motivations qui les ont dictées »¹²⁹.

23. **La notion de « race ».** – Comme son titre l'indique, la Convention vise à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes. A son art. 1 ch. 1 elle donne une définition extensive de ce terme, qui inclut tous les « critères de distinction qui peuvent, sous l'angle de la protection des droits de l'homme, avoir des effets de discrimination raciale »¹³⁰ : la race, la couleur, l'ascendance et l'origine nationale ou ethnique. « Ce catalogue résulte du souci de ne laisser de côté aucune discrimination que l'on pourrait qualifier de *raciale* »¹³¹ et de la volonté d'assurer la protection d'un nombre illimité de personnes¹³².

La liste des motifs de discrimination qui paraissent se chevaucher et entre lesquels il est souvent difficile de tracer une limite claire traduit cette volonté et confère à la Convention une portée exhaustive et souple, qui dépasse le contexte original de l'anticolonialisme et la rend capable d'appréhender les expressions passées, présentes et futures du racisme¹³³.

Ainsi, la Convention internationale contre la discrimination raciale fonde avant tout une conception large, sociologique, de la notion de « race »¹³⁴, qui englobe toute une série d'éléments subjectifs et sociaux. En effet, « [l]es motifs de distinction illicites visés par la Convention ne se limitent pas, comme on pourrait le croire à première vue, à des signes distinctifs physiques »¹³⁵, mais s'étendent aussi à des variables socio-économiques, linguistiques, culturelles et historiques liées au racisme¹³⁶.

Au sens strict, la « race » ne serait alors qu'un des critères composant la notion de « race » au sens large. Précisée par le critère de la « couleur », elle fait référence à des caractéristiques biologiques et physiques¹³⁷ et donc aux arguments du déterminisme biologique à la base des théories racistes traditionnelles.

Tout en prenant clairement position contre l'idéologie raciste, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, CERD), chargé de surveiller l'application de la Convention, considère que les législations nationales doivent inclure l'ensemble des critères inscrits à l'art. 1 de la Convention, y compris celui de la « race »¹³⁸. Dans ses observations finales relatives aux rapports périodiques de la Norvège, le CERD s'est par exemple à plusieurs reprises dit préoccupé

¹²⁸ THEO VAN BOVEN, *The Concept of Discrimination in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in : WALTER KÄLIN (édit.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung: Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte*, Bâle 1999, pp. 9-26, spéc. 9.

¹²⁹ Message ICERD, FF 1992 III 298.

¹³⁰ Message ICERD, FF 1992 III 282. Dans le même sens, NATAN LERNER, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Leiden 2014, p. 33.

¹³¹ GUYAZ, précité (note 79), p. 25.

¹³² Cf. DIACONU, précité (note 124), pp. 33 et 147.

¹³³ DIACONU, précité (note 124), pp. 32, 166 s. et 355 ; VAN BOVEN, précité (note 128), p. 11.

¹³⁴ Cf. Message ICERD, FF 1992 III 275, ainsi que DIACONU, précité (note 124), p. 69 ; GUYAZ, précité (note 79), pp. 24 et 140. MÜLLER – SCHEFER, précités (note 67), p. 720, note 454, indiquent que dans le cadre de la Convention le terme « race » est utilisé comme *Oberbegriff*.

¹³⁵ Message ICERD, FF 1992 III 275.

¹³⁶ DIACONU, précité (note 124), p. 32.

¹³⁷ Message ICERD, FF 1992 III 275.

¹³⁸ Cf. THORNBERRY, précité (note 64), p. 118 ; WOUTER VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Oxford 2005, p. 90.

par le fait que ce terme soit absent des motifs d'interdiction inscrits dans la loi antidiscrimination norvégienne, bien qu'il continue d'être largement employé dans la sphère publique, et a recommandé à l'Etat de faire en sorte que sa législation soit conforme à l'article premier de la Convention et donc d'interdire la discrimination fondée sur tous les motifs, y compris la race¹³⁹. Dans le cas de la Suède, le CERD s'est toutefois limité à recommander à l'Etat de s'assurer que la nouvelle formulation qui couvre la race seulement de manière indirecte (« autres circonstances particulières ») n'entraîne pas une diminution de la protection des victimes de discrimination raciale, comme exigé par la Convention¹⁴⁰.

2. La Convention européenne des droits de l'homme

24. **La genèse et le but de la norme.** – « [C]lé de voûte de la protection des droits fondamentaux sur le continent européen »¹⁴¹, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a été adoptée au sein du Conseil de l'Europe en 1950, comme première mesure propre à rendre contraignante la garantie de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle de 1948¹⁴². La CEDH est le fruit de la coopération intergouvernementale visant à fédérer une Europe meurtrie par la Seconde Guerre mondiale autour de valeurs communes : la protection des droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit¹⁴³.

En particulier, pour éviter que les abominations commises sur le sol européen puissent se reproduire, il s'agissait de mettre en place « un système de droits soumis à un contrôle régional indépendant »¹⁴⁴. Ainsi, la CEDH non seulement garantit un standard minimum de protection des droits fondamentaux que les Etats parties sont tenus de respecter, mais institue également un mécanisme de contrôle juridictionnel unique dans son genre (art. 19 CEDH) : la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)¹⁴⁵.

25. **La notion de « race ».** – La liste ouverte des critères de discrimination punissables inscrite à l'art. 14 CEDH comprend aussi celui de la « race »¹⁴⁶. La jurisprudence de la Cour EDH étant très importante dans ce domaine, c'est vers celle-ci qu'il convient de se tourner lorsqu'il s'agit de l'interprétation de cette notion dans le cadre de la CEDH.

Pour la Cour EDH, parmi les différentes formes de discrimination, celle fondée sur la « race » « constitue une atteinte particulière à la dignité humaine et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction

¹³⁹ Cf. CERD/C/NOR/CO/23-24, § 7-8 ; CERD/C/NOR/CO/19-20, § 8 ; CERD/C/NOR/CO/23-24, § 15.

¹⁴⁰ CERD/C/SWE/CO/19-21, § 6 ; cf. *infra* nos marginaux 39 ss.

¹⁴¹ MAYA HERTIG RANDALL, *Europe*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELLIER (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, pp. 382-384, spéc. 382.

¹⁴² Cf. considérant 5 du préambule de la CEDH.

¹⁴³ MICHEL HOTTELLIER, *Le Conseil de l'Europe et les droits de l'homme*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELLIER (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, pp. 385-396, spéc. 387. Pour une analyse approfondie des objectifs à l'origine de la Convention, cf. PIETER VAN DIJK – FRIED VAN HOOF – ARJEN VAN RIJN – LEO ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5^e éd., Cambridge 2018, pp. 2 ss.

¹⁴⁴ HOTTELLIER, précité (note 143), p. 394.

¹⁴⁵ Pour plus de détails sur les origines de la CEDH et son caractère révolutionnaire, voir GIORGIO MALINVERNI, *La Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis et mécanisme de mise en œuvre*, in : MAYA HERTIG RANDALL – MICHEL HOTTELLIER (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, pp. 397-426.

¹⁴⁶ La même liste se retrouve aussi à l'art. 1 du Protocole n° 12 à la Convention, qui complète l'art. 14 CEDH en généralisant le principe d'interdiction des discriminations et en consacrant son indépendance par rapport aux autres droits et libertés garantis. A ce jour, ce protocole n'a toutefois pas été ratifié par la Suisse.

vigoureuse de la part des autorités »¹⁴⁷. De plus, elle ne saurait être tolérée dans une société démocratique¹⁴⁸. Ainsi, « [e]n cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible »¹⁴⁹.

Bien que l'« ethnique » ne soit pas formellement mentionnée à l'art. 14 CEDH, la Cour EDH l'assimile à la « race ». En effet, dans un arrêt de 2009 concernant la Bosnie-Herzégovine, elle indique précisément que « [l]a discrimination fondée sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale » et, dès lors, il s'agit de « concepts apparentés ». La Cour EDH précise par la même occasion le contenu de ces deux notions en les définissant de la sorte : « [t]andis que la notion de race prend racine dans l'idée d'une classification biologique des êtres humains en sous-espèces sur la base de caractéristiques morphologiques, telles que la couleur de la peau ou les traits faciaux, l'origine ethnique procède de l'idée que les groupes sociétaux sont marqués notamment par une communauté de nationalité, de foi religieuse, de langue, d'origine culturelle et traditionnelle et de milieu de vie »¹⁵⁰.

Force est de constater que dans le cadre de la CEDH aussi, le terme « race » semble pouvoir être employé dans deux sens différents : un plus étroit, qui renvoie uniquement à l'apparence physique et auquel historiquement – mais plus aujourd'hui – on attribuait un fondement biologique, et l'autre plus large, qui engloberait le concept multi-facettes d'origine ethnique. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il paraît légitime d'affirmer que la Cour EDH consacre une définition large des notions de « race » et d'« ethnique »¹⁵¹.

3. Les autres dispositions

26. **Les autres traités des Nations Unies en matière de protection des droits de la personne humaine.** – Outre la Convention internationale contre la discrimination raciale, d'autres traités internationaux conclus sous les auspices des Nations Unies interdisent la discrimination raciale dans la mise en œuvre des droits garantis. Il en est ainsi notamment de l'article 2, al. 2 du Pacte I, des articles 2 al. 1, 4 al. 1, 24 al. 1 et 26 du Pacte II et de l'article 2 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en droite ligne avec l'article 2 al. 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose que « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, [...] ». Ainsi que précisé par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son Observation générale n° 20, la discrimination fondée sur la « race » et la « couleur » dans le cadre du Pacte I inclut l'origine ethnique de l'individu¹⁵². En outre, selon le Comité

¹⁴⁷ Arrêt Cour EDH *Natchova c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, requête n° 43577/98, Rec. 2005-VII, § 145. Cf. aussi LUC GONIN, *Art. 14 CEDH*, in : LUC GONIN – OLIVIER BIGLER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018, n°s 57 s., qui précise les conséquences de cette particularité en matière de fardeau de la preuve.

¹⁴⁸ JENS MEYER-LADEWIG – ROMAN LEHNER, *Artikel 14 Diskriminierungsverbot*, in : JENS MEYER-LADEWIG – MARTIN NETTESHEIM – STEFAN VON RAUMER (édit.), *EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4^e éd., Baden-Baden 2017, n° 22.

¹⁴⁹ Arrêt Cour EDH *Oršuš et autres c. Croatie* du 16 mars 2010, requête n° 15766/03, Rec. 2010-II, § 156, avec la référence. Cf. aussi CHRISTOPH GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights, Commentary*, Munich 2014, p. 355.

¹⁵⁰ Arrêt Cour EDH, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009, requête n° 27996/06, Rec. 2009-VI, § 43. La Cour EDH avait déjà exprimé ces mêmes idées en 2005, dans l'arrêt *Timishev c. Russie* du 13 décembre 2005, requête n° 55762/00, Rec. 2005-XII, § 55.

¹⁵¹ VAN DIJK – VAN HOOFF – VAN RIJN – ZWAAK, précitées (note 143), p. 1021.

¹⁵² Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, § 19.

des droits de l'homme chargé de la surveillance du Pacte II, l'interdiction de la discrimination dans le cadre du Pacte englobe la « discrimination raciale » au sens de la Convention internationale contre la discrimination raciale¹⁵³. Il en découle que le terme de « race » dans le cadre des traités des Nations Unies en matière de droits humains est à comprendre au sens large comme incluant la couleur, l'origine nationale et ethnique. Par ailleurs, ainsi que précisé par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'utilisation du terme « race » dans le cadre du Pacte I ne légitime pas « l'acceptation de théories qui postulent l'existence de races humaines distinctes »¹⁵⁴. Compte tenu du fait que les traités des Nations Unies sur les droits humains visent la protection de tous les êtres humains sans discrimination, cette position est réputée valoir pour l'ensemble de ces traités.

27. **La Convention relative au statut des réfugiés.** – La « race » constitue l'un des cinq motifs de persécution pertinents en matière d'asile selon la Convention relative au statut des réfugiés. Selon la doctrine, le terme « race » aurait été inscrit dans la Convention pour y inclure les juifs victimes des persécutions nazies pendant la Seconde Guerre mondiale qui ne pratiquaient pas leur religion¹⁵⁵. Le terme doit être compris comme étant au moins aussi large que la notion de « discrimination raciale » au sens de la Convention internationale sur l'élimination de la discrimination raciale¹⁵⁶. Ainsi, le terme de « race » dans la Convention relative au statut des réfugiés doit être compris au sens large, c'est-à-dire dans le sens d'une construction sociale et non dans un sens scientifique, et il inclut toutes les formes de caractéristiques ethniques (« *all forms of identifiable ethnicity* ») comme le physique, la langue, les caractéristiques culturelles, etc.¹⁵⁷. Dès lors, le motif de persécution fondé sur la « race » se confond avec d'autres motifs pertinents de persécution comme la « nationalité » ou « l'appartenance à un certain groupe social »¹⁵⁸, ce qui n'est pas en soi un problème puisque les motifs de persécution peuvent être combinés, voire, selon certains tribunaux internes, ne pas être précisés dans un cas d'espèce¹⁵⁹. En fin de compte, ce qui est déterminant, c'est la perception du persécuteur selon laquelle la personne persécutée appartient à telle « race »¹⁶⁰.
28. **Le droit de l'Union européenne.** – La Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, qui prohibe toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans les domaines régis par la Directive (emploi, éducation, services publics, etc.), précise, au considérant 6 de son préambule, que l'Union européenne (UE) rejette toute théorie de la séparation des êtres humains selon des « races » et donc que le terme « race » est utilisé dans le contexte

¹⁵³ A savoir, « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique », Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18 sur l'article 26 : principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), 19 novembre 1989, § 6.

¹⁵⁴ Observation générale n° 20, précitée (note 152), § 9. Le Comité se réfère sur ce point au document final de la Conférence de Durban, précité (note 125), § 6.

¹⁵⁵ JAMES HATHAWAY – MICHELLE FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014, p. 394 ; ATLE GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, Leyden 1966, pp. 217-218.

¹⁵⁶ ANDREAS ZIMMERMANN – CLAUDIA MAHLER, *Article 1 A, para. 2*, in : ANDREAS ZIMMERMANN (édit.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, Oxford 2011, pp. 280-465, spéc. 377.

¹⁵⁷ HATHAWAY – FOSTER, précités (note 155) p. 394 ; GRAHL-MADSEN, précité (note 155), p. 218 (« *whenever a person is persecuted because of his ethnic origin* »).

¹⁵⁸ HATHAWAY – FOSTER, précités (note 155), p. 397.

¹⁵⁹ ZIMMERMANN – MAHLER, précités (note 156), p. 377.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 379.

de la Directive comme ne légitimant pas ces théories¹⁶¹. Ce considérant 6 est le fruit d'un compromis faisant suite à la controverse parmi certains Etats membres portant sur l'utilisation du terme « race » dans une réglementation européenne combattant le racisme¹⁶². En matière de droit d'asile, la Directive « Qualification » du 13 décembre 2011 définit de manière large le terme « race » à son article 10 comme se référant notamment à la couleur, à la descendance ou à l'appartenance à un groupe ethnique¹⁶³.

Le terme de « race » est donc utilisé, dans le contexte du droit de l'UE, dans son acceptation large et sociale. Son utilisation est en tout cas controversée, comme en témoigne la résolution de la Commission sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme du Parlement européen qui préconisait déjà en 1996 l'abandon du terme de « race » dans les textes officiels de l'UE en raison de son absence de fondement scientifique, génétique ou anthropologique¹⁶⁴. Par ailleurs, en 2001, lors de la Conférence mondiale contre le racisme de Durban, l'UE a déclaré, par le biais du représentant de la Belgique, que « l'acceptation de toute formulation donnant à penser qu'il existerait des races humaines séparées peut être qualifiée de rétrograde [...] ». L'acceptation d'une telle formulation n'est d'ailleurs pas nécessaire pour identifier ou combattre la discrimination raciale »¹⁶⁵.

4. Conclusion intermédiaire

29. ***Une volonté commune de ne pas reproduire les erreurs du passé.*** – La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les autres traités fondamentaux des droits humains, la CEDH et la Convention relative au statut des réfugiés ont vu le jour à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Rappelons que durant ce conflit, le terme « race » avait été utilisé pour commettre des exactions à l'égard notamment des juifs. Que ce soit au niveau universel ou au niveau régional, ces instruments marquent donc une claire volonté de ne pas reproduire les erreurs du passé en instaurant un système de protection des droits attachés à la qualité de l'être humain.

Il s'ensuit que le terme « race » contenu dans ces différents traités ne saurait être interprété comme légitimant une quelconque idée de séparation de « races » humaines. Au contraire, ils veillent à une application des droits humains sans discrimination, voire à une protection contre la discrimination dans son intensité la plus forte que constitue la persécution au sens de la Convention relative au statut des réfugiés.

30. ***Une conception large et sociologique de la « race ».*** – Conformément à cette volonté de lutter contre l'idée de séparation des « races », les différents traités internationaux, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en tête, consacrent une conception large de la notion de « race » proche de celle d'« ethnie », qui englobe à la fois des caractéristiques physiques et culturelles.

¹⁶¹ Cf. considérant 6 du préambule de la 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 ethnique, Journal officiel de l'UE L 180, 19.7.2000, pp. 22-26.

¹⁶² ADAM TYSON, *The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination*, European Journal of Migration and Law 2/2001, pp. 199-229, spéc. 201-202.

¹⁶³ Cf. art. 10 al. 1 let. a de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, Journal officiel de l'UE L 337, 20.12.2011, pp. 9-26.

¹⁶⁴ Résolution sur la communication de la Commission sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme COM(95)0653 - C4- 0250/96, Journal officiel de l'UE C 152, 27.05.1996, p. 57.

¹⁶⁵ Rapport de la Conférence de Durban, précité (note 125), p. 100.

En droit international des réfugiés, le sens de la « race » s'attache à la motivation du persécuteur, à savoir ce que le persécuteur conçoit comme étant une « race » pour motiver son acte, ce qui confirme dans ce contexte la conception de la « race » comme étant une construction sociale.

31. **Une nécessaire prise de distance.** – Au moment de concrétiser le principe de l'égalité de traitement en raison notamment de la « race », l'utilisation du terme « race » dans la lutte contre le racisme a généré une controverse au sein des Etats membre de l'UE. La formule en préambule de la Directive 2000/43/CE, selon laquelle l'UE rejette toute théorie de « races » humaines, a permis de mettre les Etats d'accord.

Une même prise de distance explicite entre la notion de « race » vis-à-vis de théories racistes se retrouve en préambule de plusieurs traités ou dans les observations générales de certains organes de contrôle. Ainsi, la précision selon laquelle le terme « race » ne doit pas être entendu comme légitimant l'existence de « races » constitue, dans les traités internationaux et européens, le point d'équilibre entre, d'un côté, l'efficacité de la lutte contre les discriminations raciales et, d'un autre côté, l'absence de justification des théories racistes.

IV. Une analyse de droit comparé

A. Remarques liminaires

32. **Objectifs et démarche.** – Cette brève analyse de droit comparé examine la situation de cinq pays dans lesquels des travaux ont été menés ou des réflexions sont actuellement en cours pour supprimer la notion de « race » de la législation, voire de la Constitution. Pour chaque pays examiné, il est fait référence aux raisons ayant motivé ou motivant la suppression de la notion, à la solution alternative retenue afin de continuer à lutter contre les discriminations raciales et se conformer aux traités internationaux, ainsi qu'aux doutes soulevés ou aux critiques émises par certains acteurs, dont les organes internationaux de surveillance en matière de lutte contre le racisme, quant à la suppression du terme « race ». L'analyse ci-après est structurée selon l'ordre chronologique de la suppression de ce terme dans la législation ou la Constitution ou de la proposition visant cette suppression. Elle n'est en aucun cas exhaustive.

B. L'Autriche

33. **La notion d'« appartenance ethnique » dans la loi sur l'égalité de traitement.** – La loi autrichienne sur l'égalité de traitement (*Gleichbehandlungsgesetz*), qui protège contre les discriminations dans l'emploi, ne contient plus de référence à la notion de « race », depuis une modification législative de 2004 visant notamment à mettre en œuvre la directive européenne 2000/43 précitée. Le terme « race » fut alors remplacé par les termes d'« appartenance ethnique » (*ethnische Zugehörigkeit*) dans la loi, ainsi que dans la loi fédérale sur l'égalité de traitement applicable dans le secteur des services publics (*Bundesgleichbehandlungsgesetz*). Selon les parlementaires à l'origine de la modification lexicale, le terme « race » devait être supprimé car il est proscrit de la langue allemande (*verpönte Begriff*), sans que cela n'affecte le champ d'application de la directive européenne 2000/43¹⁶⁶. Selon le gouvernement autrichien, la notion

¹⁶⁶ La proposition émanait de parlementaires situés politiquement à droite de l'échiquier politique (ÖVP et FPÖ). Documentation législative, 499 der Beilagen XXII. GP - Ausschussbericht NR – Berichterstattung,

d'« appartenance ethnique » dans la loi sur l'égalité de traitement doit être interprétée au sens large, conformément au droit européen et au droit international, notamment à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Ainsi, la protection contre la discrimination liée à « l'appartenance ethnique » est applicable à toutes les personnes étrangères en raison de certaines différences qui les identifient comme n'appartenant pas à la « majorité régionale »¹⁶⁷. Le remplacement des termes « race » et « ethnies » par les termes d'« appartenance ethnique » dans la loi autrichienne sur l'égalité de traitement semble donc tenir plus de la sensibilité linguistique que d'une modification du champ d'application de la loi¹⁶⁸.

34. **L'ECRI et le CERD.** – Dans son dernier rapport de monitoring sur l'Autriche, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) note que les motifs que sont la race et la couleur de peau ne sont pas couverts par la « notion d'appartenance ethnique » dans la loi sur l'égalité de traitement mais qu'« en pratique, le motif que constitue la couleur de peau est couvert par l'appartenance ethnique », de même que selon les autorités la « race » est englobée par cette notion¹⁶⁹. L'ECRI considère cependant, de manière générale par rapport à l'ensemble des motifs de discrimination, qu'il est « nécessaire d'inscrire clairement dans la [loi sur l'égalité de traitement] l'interdiction de toute discrimination dans les secteurs public et privé pour tous les motifs énumérés au paragraphe 1a de [sa Recommandation de politique générale n°7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale] »¹⁷⁰. Or, le paragraphe 1a de la Recommandation de politique générale n° 7 se réfère à la « race » (avec la précision en note de bas de page que ce terme ne signifie pas l'acceptation de théories racistes, mais que ce terme est ici utilisé pour protéger les personnes qui sont perçues, de manière erronée, comme appartenant à une autre « race »). Cependant, il semble que cette recommandation de l'ECRI à l'égard de l'Autriche se réfère plutôt au champ d'application de la loi sur l'égalité de traitement qui se trouve restreinte aux motifs fondés sur le sexe et « l'appartenance ethnique » en-dehors du domaine de l'emploi¹⁷¹. Quant au CERD, il n'a pas critiqué la suppression du terme « race » pour, au contraire, se féliciter des modifications apportées à la loi sur l'égalité de traitement qui réprime notamment la discrimination fondée sur l'origine ethnique¹⁷².

p. 3. De manière intéressante car contrastée, le message explicatif de la modification de la loi précise que le terme « race » tel qu'utilisé dans les instruments juridiques internationaux ne légitime pas les théories racistes, Documentation législative, 285 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, p. 10.

¹⁶⁷ 18^e à 20^e rapports soumis par l'Autriche au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CERD/C/AUT/18-20, décembre 2011, § 8 ; dans la jurisprudence, cf. Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, Hayet B. contre Ferdinand S., 35R68/07w; 35R104/07i, 30 mars 2007 et Oberster Gerichtshof, ObA40/13t, 24 juillet 2013.

¹⁶⁸ European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report non-discrimination, Austria, 2018, p. 8.

¹⁶⁹ Rapport de l'ECRI sur l'Autriche (cinquième rapport de monitoring), adopté le 16 juin 2015, CRI(2015)34, § 15 et 16.

¹⁷⁰ *Ibidem*, § 17. Mis en italique par nous ; Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, adoptée le 13 décembre 2002, CRI(2003)8 REV.

¹⁷¹ Rapport de l'ECRI sur l'Autriche (cinquième rapport de monitoring), adopté le 16 juin 2015, CRI(2015)34, précité (note 169), § 15.

¹⁷² CERD, Examen des rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales sur l'Autriche, adoptées le 14 août 2008, CERD/C/AUT/CO/17, § 3.

35. **Le maintien du terme de « race » dans la législation pénale.** – Il convient cependant de noter que le terme « race » n'a pas été supprimé du code pénal autrichien¹⁷³ s'agissant par exemple de l'interdiction de l'incitation à commettre un acte hostile contre un groupe qui se distingue par son appartenance à une « race » ou d'insulter ou de dénigrer un tel groupe¹⁷⁴ ; de la poursuite d'office des insultes lorsqu'elles sont proférées en raison de l'appartenance de la personne à une « race »¹⁷⁵ ; de l'incrimination du génocide¹⁷⁶ et de la circonstance aggravante aux fins de détermination de la peine lorsque l'infraction a été commise avec une intention « raciste », c'est-à-dire en raison de l'appartenance de la personne à une « race »¹⁷⁷.

C. La Finlande

36. **La notion d'« origine » dans la Constitution et dans la loi sur la non-discrimination.** – Le mot « race » n'apparaît ni dans la Constitution, ni dans la législation finlandaise en matière de discrimination (dispositions civiles), pour des raisons liées, selon un expert, à l'absence de fondement scientifique de cette notion¹⁷⁸. Le terme « origine » dans la Constitution couvre cependant, selon les travaux préparatoires, l'origine nationale ou ethnique, la couleur de la peau et la race¹⁷⁹. De manière similaire, la loi sur la non-discrimination de 2014 interdit la discrimination fondée notamment sur l'« origine » et ne contient aucune référence à la « race »¹⁸⁰. La version antérieure de 2004 ne contenait pas non plus le motif de discrimination fondée sur la « race » et se référait à la notion d'« origine ethnique ou nationale »¹⁸¹. Il n'y a, selon un expert, guère de doute que le terme « race » est couvert par le terme « origine » dans le droit finlandais¹⁸².
37. **L'ECRI et le CERD.** – Dans ses derniers rapports sur la Finlande, l'ECRI n'a pas critiqué l'absence du terme « race » dans le cadre des dispositions civiles et administratives contre la discrimination raciale. Sa préoccupation portait surtout sur le fait que le groupe chargé de la surveillance de la discrimination (*Discrimination Monitoring Group*) n'examinait pas, à la date de l'adoption du quatrième rapport, l'existence de ce phénomène aux motifs de la couleur, de la nationalité et de la langue, ce qui pose des problèmes s'agissant de la discrimination à l'égard des communautés issues de l'immigration¹⁸³. De même, il était préoccupé de ce que l'Ombudsman pour les minorités

¹⁷³ Sur la législation pénale autrichienne contre le racisme, cf. notamment le Rapport de l'ECRI sur l'Autriche (quatrième rapport de monitoring), adopté le 15 décembre 2009, CRI(2010)2, § 18.

¹⁷⁴ Art. 283 du code pénal autrichien.

¹⁷⁵ Art. 117 al. 3, qui renvoie aux articles 115 et 283 al. 1 du code pénal autrichien.

¹⁷⁶ Art. 312 du code pénal autrichien.

¹⁷⁷ Art. 33 al. 5 du code pénal autrichien.

¹⁷⁸ European network of legal experts in the non-discrimination field, Report on Measures to Combat Discrimination Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country report Finland, 2013, p. 21, n° 28.

¹⁷⁹ KEVÄT NOUSIAINEN, *Minorities' Right to Day Care: Liberal Tolerance or Identity Maintenance?*, in : DAGMAR SCHIEK – ANNA LAWSON (édit.), *European Union non-discrimination law and intersectionality : investigating the triangle of race, gender and disability discrimination*, Farnham 2011, pp. 141-155, spéc. 145 ; European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report non-discrimination, Finland, 2018, p. 8, n° 6.

¹⁸⁰ Art. 8 al. 1 Non-Discrimination Act 2014 (1325/2014), accessible en anglais sur <https://www.legislationline.org/topics/country/32/topic/84> (consulté le 14.4.2019).

¹⁸¹ Art. 6 al. 1 Non-Discrimination Act 2004, *ibidem*.

¹⁸² European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report non-discrimination, Finland, 2018, p. 29.

¹⁸³ Rapport de l'ECRI sur la Finlande (quatrième cycle de monitoring), adopté le 21 mars 2013, CRI(2013)19, § 22 ; Rapport de l'ECRI sur la Finlande (troisième cycle de monitoring), adopté le 15 décembre 2006, CRI(2007)23.

avait un mandat qui ne lui permettait de recevoir des plaintes de discrimination que pour le motif tiré de l'origine ethnique ou de la nationalité, mais pas en raison de la couleur, de la langue, de la religion ou de la « race »¹⁸⁴. Dans ses conclusions de 2016, l'ECRI a accueilli avec satisfaction l'étendue du mandat de l'Ombudsman contre la discrimination qui lui permet de recevoir des plaintes pour discrimination fondée sur tous les motifs énumérés dans la nouvelle loi sur la non-discrimination de 2014, à savoir notamment l'origine ethnique ou nationale, la nationalité, la langue ou « d'autres caractéristiques personnelles » qui incluent, selon les autorités, la couleur de la peau¹⁸⁵. Quant au CERD, il n'a critiqué dans aucune de ses observations finales l'absence du terme « race » dans la loi sur la non-discrimination, le Comité ayant notamment félicité la Finlande pour avoir révisé en 2014 sa loi sur la non-discrimination¹⁸⁶.

38. **Le maintien du terme de « race » dans la législation pénale.** – Il convient cependant de préciser que le terme « race » ou l'adjectif « racial » subsiste dans le code pénal finlandais¹⁸⁷, s'agissant par exemple d'une circonstance aggravante en matière de peine ou de responsabilité (acte à motivation raciste)¹⁸⁸, de l'incitation à la violence ou aux troubles ethniques contre un groupe en raison notamment de sa « race »¹⁸⁹, de l'incrimination du génocide, mais aussi en matière de discrimination au travail¹⁹⁰, vraisemblablement en vue d'assurer le respect des engagements internationaux découlant en particulier de la CERD¹⁹¹.

D. La Suède

39. **La notion d'« ethnie » dans la loi sur la non-discrimination.** – Le terme « race » a été supprimé en 2008 par le législateur suédois des motifs de discrimination interdits par la loi sur la non-discrimination (*Discrimination Act*), entrée en vigueur en 2009. Cette suppression était motivée par le fait qu'un concept biologique de « race » était inacceptable¹⁹² et que l'utilisation du terme « race » pouvait « légitimer des présupposés racistes »¹⁹³. Bien que le terme « race » n'apparaisse pas dans la loi sur la non-

¹⁸⁴ Rapport de l'ECRI sur la Finlande (quatrième cycle de monitoring), *ibidem*, § 28 et § 31.

¹⁸⁵ Conclusions de l'ECRI sur la mise en œuvre des recommandations faisant l'objet d'un suivi intermédiaire adressées à la Finlande, adoptées le 17 mars 2016, CRI(2016)22, § 1.

¹⁸⁶ CERD, Observations finales concernant le 23^e rapport périodique de la Finlande, adoptées le 5 mai 2017, CERD/C/FIN/CO/23, § 3.

¹⁸⁷ Sur les dispositions pénales contre le racisme et la discrimination raciale depuis l'amendement du code pénal de 2011, cf. le Rapport de l'ECRI sur la Finlande (quatrième cycle de monitoring), *ibidem*, §§ 10-11.

¹⁸⁸ Chapitre 6, art. 5 al. 4 du code pénal finlandais, accessible en anglais sur <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf> (consulté le 14.4.2019).

¹⁸⁹ Chapitre 11, art. 8 du code pénal finlandais, *ibidem*.

¹⁹⁰ « An employer, or a representative thereof, who when advertising for a vacancy or selecting an employee, or during employment without an important and justifiable reason puts a applicant for a job or an employee in an inferior position 1) because of race [...] shall be sentenced for work discrimination to a fine or to imprisonment for at most six months », chapitre 47, art. 3 du code pénal finlandais, *ibidem*.

¹⁹¹ European network of legal experts in the non-discrimination field, Report on Measures to Combat Discrimination Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country report Finland, 2013, p. 21 n° 26 et p. 23.

¹⁹² LAURA CARLSON, *Comparative Discrimination Law: Historical and Theoretical Frameworks*, Leiden – Boston 2017, p. 99, n° 323 ; « La loi antidiscrimination pose pour principe que toutes les personnes appartiennent à une seule et même race, celle du genre humain », 22^e et 23^e rapports périodiques soumis par la Suède auprès du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CERD/C/SWE/22-23, janvier 2017, § 25.

¹⁹³ 22^e et 23^e rapports périodiques soumis par la Suède auprès du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *ibidem*, § 25.

discrimination de 2009¹⁹⁴, ni dans la disposition constitutionnelle interdisant les discriminations¹⁹⁵, la loi interdisant les discriminations est néanmoins censée, selon les autorités, recouvrir les discriminations raciales¹⁹⁶. Le concept d'« ethnicité » est, en effet, défini par la loi comme désignant l'origine nationale ou ethnique, la couleur de la peau ou *d'autres circonstances particulières*¹⁹⁷. Or, selon le gouvernement suédois, toute discrimination fondée sur la « race » ou toute autre « expression péjorative désignant une personne d'origine étrangère ou suédoise » entrent dans la catégorie des « autres circonstances particulières », en particulier : « les préjugés infondés sur la 'race', les comportements motivés par des jugements à l'emporte-pièce sur les caractéristiques, l'aspect ou les antécédents des 'immigrés', et les cas où l'on justifie un acte discriminatoire en utilisant des termes péjoratifs à propos d'une personne d'origine étrangère ou suédoise »¹⁹⁸. Dans ce sens, la notion d'« ethnique » fait l'objet d'une interprétation large en jurisprudence, comme en témoigne l'application par une cour d'appel de la notion d'« ethnique » à une personne discriminée en raison de son statut de réfugié¹⁹⁹.

40. **L'European network of legal experts, l'ECRI et le CERD.** – Selon l'expert du *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination* chargé de la rédaction du rapport 2018 sur la Suède, le remplacement du terme « race » par une notion large d'« ethnique » est en conformité avec la Directive européenne 2000/43/CE notamment, dans la mesure où une certaine marge d'appréciation est laissée aux Etats dans la lutte contre la discrimination raciale. Il exprime cependant son inquiétude quant au fait que la suppression du terme « race » dans la législation suédoise n'ait pour effet de mener à un déni du racisme en Suède et à des difficultés d'application par les juges et avocats de la loi sur la non-discrimination²⁰⁰. Lors de l'examen des rapports périodiques de la Suède par le CERD, le Comité a relevé l'absence de référence à la « race » dans la législation suédoise qui pourrait mener à des difficultés dans la qualification et le traitement des plaintes pour discrimination raciale et donc entraver l'accès à la justice²⁰¹. Le CERD a ainsi recommandé à la Suède de veiller à ce que la notion d'« ethnicité » soit interprétée de manière à ce que les discriminations raciales soient prises en considération, notamment par le biais de l'expression « autres circonstances particulières », afin de pas diminuer la protection des victimes de

¹⁹⁴ Discrimination Act (2008, 567) accessible en anglais à : https://www.government.se/4a788f/contentassets/6732121a2cb54ee3b21da9c628b6bdc7/oversattning-diskrimineringslagen_eng.pdf (consulté le 14.4.2019) : « The purpose of this Act is to combat discrimination and in other ways promote equal rights and opportunities regardless of sex, transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability, sexual orientation or age » (chapitre 1, art. 1).

¹⁹⁵ La Constitution se réfère à l'origine ethnique comme motif interdit de discrimination, chapitre 2, art. 12 de la Constitution suédoise.

¹⁹⁶ European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report, Non-discrimination, Sweden, 2018, p. 40 ; Government Offices of Sweden, Ministry of Integration and Gender Equality, New anti-discrimination legislation and a new agency, the Equality Ombudsman, Fact-sheet, January 2009.

¹⁹⁷ Discrimination Act, chapitre 1, art. 5 al. 3.

¹⁹⁸ 22^e et 23^e rapports périodiques soumis par la Suède auprès du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CERD/C/SWE/22-23, janvier 2017, § 25.

¹⁹⁹ Göta Court of Appeal, case T 1666-09, *Equality Ombudsman v. Skårets fastigheter AB* (Judgment of 25.02.2010), affaire citée dans le Country report précité (note 196), pp. 40-41.

²⁰⁰ European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Country report, Non-discrimination, Sweden, 2018, p. 41 (s'agissant de l'expert, il s'agit de Paul Lappalainen, chercheur à l'Université de Stockholm).

²⁰¹ Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-first periodic reports of Sweden, adopted by the Committee at its eighty-third session (12-30 August 2013), adoptées le 29 août 2013, en anglais seulement, CERD/C/SWE/CO/19-21, § 6.

discrimination raciale²⁰². De manière liée à cette préoccupation, le CERD a également recommandé à la Suède d'informer le grand public à propos de la notion de « discrimination » et des voies de recours disponibles²⁰³. Dans son rapport sur le quatrième cycle de monitoring sur la Suède, l'ECRI n'a pas critiqué l'absence du motif de discrimination fondé sur la « race » en faveur de celui d'« ethnie » dans la nouvelle loi sur la non-discrimination, pour se déclarer au contraire préoccupé par l'absence de motif de discrimination fondé sur la langue²⁰⁴. *A contrario*, ceci laisse à penser que l'absence du terme « race » dans la législation sur la non-discrimination n'est pas préoccupante pour l'ECRI.

41. **Le maintien du terme de « race » dans la législation pénale.** – Il convient de noter que la référence à la « race » existe toujours dans la législation pénale suédoise²⁰⁵, par exemple concernant les circonstances aggravantes en matière de détermination de la peine²⁰⁶ ou sur le caractère poursuivi d'office d'une insulte²⁰⁷.

E. La France

42. **Le débat à l'Assemblée nationale en 2013.** – Le 16 mai 2013, une des chambres du Parlement français, l'Assemblée nationale, a adopté une proposition de loi²⁰⁸ visant à supprimer le mot « race » et l'adjectif « racial » de l'ensemble de la législation française, notamment du code pénal et de la loi sur la liberté de la presse, en le remplaçant par des dérivés sémantiques du terme « racisme » (« raciste », « pour des raisons racistes », etc.)²⁰⁹. Selon l'article 1^{er} de ladite proposition de loi, « la République française interdit et condamne le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Elle ne reconnaît l'existence d'aucune prétendue race »²¹⁰. La teneur des débats au sein de l'Assemblée nationale a fait apparaître la portée symbolique d'une telle suppression, celle-ci étant motivée par l'absence de fondement scientifique à la « race » et l'horreur des exactions commises par le gouvernement de Vichy contre les juifs en se fondant sur cette catégorie²¹¹. Cependant, certains membres de l'opposition, ainsi que le Défenseur des droits qui avait été consulté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, avaient exprimé des doutes sur les effets juridiques de la suppression du terme « race ». Cette suppression risquait selon eux d'affaiblir l'appareil répressif existant²¹² et de créer un « décalage de points de vue » entre la législation française et les traités internationaux,

²⁰² *Idem* (« The Committee recommends that the State party enforce the prohibition of discrimination associated, inter alia, with ethnicity as set forth in the Constitution and the Anti-Discrimination Act, ensuring that the new formulation of the prohibition of discrimination, which covers racial perceptions only indirectly under the term 'other similar circumstances', does not diminish the protection of victims of racial discrimination, as requested by the Convention »).

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ Rapport de l'ECRI sur la Suède (quatrième cycle de monitoring), adopté le 19 juin 2012, CRI(2012)46, §§ 45-46.

²⁰⁵ Sur les dispositions pénales contre le racisme et les discriminations raciales, cf. Rapport de l'ECRI sur la Suède (cinquième cycle de monitoring), adopté le 5 décembre 2017, CRI(2018)3, § 3.

²⁰⁶ Chapitre 29, art. 2 al. 7 du code pénal suédois.

²⁰⁷ Chapitre 5, art. 5 al. 3 du code pénal suédois.

²⁰⁸ Soumise par un groupe parlementaire situé politiquement à gauche de l'échiquier.

²⁰⁹ Proposition de loi n° 218 adoptée (sous le n° 139) par l'Assemblée nationale en première lecture le 16 mai 2013, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0139.asp> (consulté le 14.4.2019).

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ Voir la discussion et les explications de vote, Compte-rendu intégral de la deuxième séance du jeudi 16 mai 2013, http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130240.asp#P668_158797 (consulté le 14.4.2019).

²¹² Avis du Défenseur des droits n°13-05, p. 2.

lesquels interdisent la discrimination fondée sur la « race »²¹³. A cet égard cependant, le Défenseur des droits estimait que la proposition alternative de placer l'épithète « prétendue » avant le terme « race » permettrait de lever les différents obstacles évoqués²¹⁴. Par ailleurs, certains membres de l'opposition estimaient qu'il y avait une incohérence à modifier la législation avant la Constitution de 1958 qui se réfère à la « race ». Quant à la doctrine juridique, elle considérait que cette proposition de loi s'inscrivait dans le cadre d'un débat « métajuridique »²¹⁵, compte tenu du fait que le juge peut sanctionner des faits « racistes » en s'appuyant sur d'autres notions (« ethnies », « origine », etc.) que celle de « race »²¹⁶.

43. **La notion de « prétendue race » parmi les motifs illicites de discrimination dans le code pénal.** – Cette proposition de loi, transmise au Sénat, était restée lettre morte²¹⁷, jusqu'à ce que des lois et un décret de 2016 et 2017²¹⁸ substituent dans le code pénal au terme « race » les termes de « prétendue race » au motif que la notion de « race » n'est « pas applicable aux êtres humains »²¹⁹. Cette modification concerne notamment l'article 225-1, qui compte désormais parmi les motifs illicites de discrimination, celui fondé sur l'appartenance ou la non-appartenance à une « prétendue race »²²⁰. Dans sa décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 portant sur plusieurs dispositions de la loi de 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, le Conseil constitutionnel a estimé que la notion de « prétendue race » avait la même portée que celle de « race » en matière de répression et donc, que la modification sur ce point était conforme au principe de la légalité des délits et des peines²²¹. Compte tenu du caractère très récent de ces modifications, l'ECRI ou le CERD n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur leur compatibilité avec les instruments juridiques internationaux en vigueur pour la France.
44. **Le maintien du terme de « race » dans le droit français.** – Le terme « race » n'a pas entièrement disparu de la législation et de la réglementation françaises, notamment du code de procédure pénale²²².

²¹³ *Ibidem*, p. 6.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ PASCAL MBONGO, *Un antiracisme scripturaire : la suppression du mot « race » de la législation*, Recueil Dalloz 2013, pp. 1288-1289, spéc. 1288.

²¹⁶ NICOLAS MALHERBE, *Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot « race » de notre Constitution ?*, Recueil Dalloz 2013, pp. 1012-1013, spéc. 1013.

²¹⁷ Cf. le dossier consacré à la proposition de loi sur le site du Sénat, <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl12-584.html> (consulté le 14.4.2019).

²¹⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire.

²¹⁹ Selon les termes du décret n° 2017-1230 du 3 août 2017, *ibidem*.

²²⁰ De même, l'article R625-7 du code pénal, modifié par le décret cité à la note de bas de page précédente, punit la provocation non publique à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes en raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, notamment à une « prétendue race », ainsi que l'article R625-8 punit la diffamation non publique, et l'article R625-8-1 l'injure non publique, selon les mêmes termes pertinents. Par ailleurs, l'article 132-76 qui porte sur les circonstances aggravantes d'une infraction aux fins de déterminer la peine évoque, depuis la modification du 27 janvier 2017 (citée aux notes 218-219), par rapport à la motivation de l'acte, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une « prétendue race ».

²²¹ Consid. 102.

²²² Cf. par exemple les articles 2-1 (action civile d'une association combattant le racisme), 695-9-17 al. 3 (en matière d'exécution d'une décision de gel), 965-22 (en matière d'exécution de mandat d'arrêt européen), pourtant modifiés par la loi du 27 janvier 2017 précitée, du code de procédure pénale.

45. **Le projet visant à supprimer le mot « race » de la Constitution.** – Par ailleurs, comme indiqué, le terme de « race » demeure actuellement dans la Constitution française du 4 octobre 1958 à son article 1^{er}²²³. Le projet de loi de réforme constitutionnelle « pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », qui supprime notamment dans l'article 1^{er} de la Constitution française la référence à la « race »²²⁴, n'a pas encore abouti à ce jour dans le cadre de la révision constitutionnelle²²⁵. Si cette révision aboutit, le terme « race » subsistera néanmoins dans le préambule de la Constitution de 1946 qui figure dans le bloc de constitutionnalité sur lequel se base le Conseil constitutionnel pour juger de la constitutionnalité des lois. Les débats au sein de l'Assemblée nationale se sont notamment basés sur les termes du débat de 2013 mentionné ci-dessus²²⁶.

F. L'Allemagne

46. **Le terme de « race » dans la Constitution et la législation allemandes.** – Le mot « race » apparaît en particulier à l'article 3 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*, la Constitution allemande), ainsi qu'aux articles 1, 19 et 33 de la loi générale sur l'égalité de traitement (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) qui met en œuvre la Directive 2000/43/CE précitée en matière de discrimination raciale. La récente modification en 2015 de l'article 46 du code pénal allemand afin de prendre en compte, conformément aux observations du CERD²²⁷ et de l'ECRI, la motivation raciste d'une infraction en tant que circonstance aggravante aux fins de la détermination de la peine ne contient cependant pas le terme « race » mais se réfère à la motivation « raciste » de l'acte²²⁸. Le terme « racial » (« *rassistisch* ») figure, enfin, à l'article 130 du code pénal allemand s'agissant de l'interdiction de l'incitation à la haine et à la violence²²⁹.
47. **La proposition de l'Institut des droits humains.** – L'Institut allemand des droits humains (*Deutsches Institut für Menschenrechte*) préconise la suppression du terme « race » de la Constitution allemande, au motif que l'inscription du terme « race » dans la Constitution légitimerait la conception selon laquelle l'humanité serait divisée en différentes races. Cette suppression ne devrait cependant pas entraîner une diminution de la protection des victimes du racisme²³⁰. L'institut allemand propose ainsi de modifier

²²³ « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de *race* ou de religion » (mis en italique par nous).

²²⁴ Amendement n° 199, deuxième rectification, adopté par l'Assemblée nationale le 12 juillet 2018.

²²⁵ Une révision constitutionnelle suppose soit l'approbation par référendum, soit le vote des trois cinquièmes des parlementaires (députés et sénateurs) réunis en Congrès sur un texte identique, art. 89 de la Constitution française.

²²⁶ Cf. le compte-rendu intégral de la séance du 12 juillet 2018 à propos de l'amendement n° 199, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2017-2018-extra/20181012.asp> (consulté le 14.4.2019).

²²⁷ CERD/C/DEU/CO/18, § 26 ; Rapport de l'ECRI sur l'Allemagne (cinquième cycle de monitoring) adopté le 5 décembre 2013, CRI(2014)2, recommandation § 10.

²²⁸ Art. 46 al. 2 du code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*) : « *die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, [...] menschenverachtende* ».

²²⁹ Sous l'intitulé « Volksverhetzung », l'art. 130 al. 1 du code pénal allemand a la teneur suivante : (1) « *Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, (1.) gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder (2.) die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft* ».

²³⁰ HENDRIK CREMER, *Ein Grundgesetz ohne « Rasse », Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper n°16, Berlin 2010, p. 3, <https://www.institut-fuer->

l'article 3, al. 3, de la Constitution de manière à remplacer le substantif « race » par l'adjectif « raciste » : « *Niemand darf rassistisch [...] benachteiligt oder bevorzugt werden* »²³¹. L'Institut allemand des droits humains se base également, pour étayer sa proposition, sur les critiques suscitées dans la société allemande en général par le terme « race », renvoyant pour certains au « jargon nazi »²³². L'Institut rejette en revanche la proposition alternative de remplacer « race » par « origine ethnique » ou « appartenance ethnique » en raison notamment du fait que l'utilisation du terme « ethnique » en relation avec la lutte contre le racisme pourrait s'avérer tout aussi problématique que celle du terme « race ». L'utilisation de la notion d'« ethnique » pourrait ainsi justifier des catégorisations parmi les êtres humains et camoufler des propos racistes²³³. Cette proposition n'a pas, à ce jour, été retenue par le Gouvernement allemand. Celui-ci a expliqué, en réponse à une question d'une fraction parlementaire qui souhaitait supprimer de la loi fédérale sur l'égalité de traitement le terme « race » ou du moins le remplacer par l'expression d'« origine ethnique, sociale et territoriale », qu'il n'était pas nécessaire, pour lutter contre le racisme, de modifier la Constitution et la loi sur l'égalité de traitement sur ce point. Selon lui, l'inscription du terme « race » dans la Constitution et dans la loi sur l'égalité de traitement ne légitime pas l'existence de races et est conforme aux textes européens et internationaux pertinents²³⁴. La teneur du débat actuel a cependant abouti à ce que le terme de « race » soit supprimé de la Constitution du *Land* de Brandebourg, qui interdit désormais les discriminations notamment pour des « raisons racistes »²³⁵.

G. Conclusion intermédiaire

48. ***Une suppression volontaire, mais partielle, dans certains Etats, apparemment conforme au droit international.*** – Au terme de cette brève analyse, non exhaustive, de droit comparé, il apparaît que certains Etats européens (l'Autriche, la Finlande et la Suède) ont supprimé de leur droit interne le terme « race » précisément car ils estimaient que celui-ci ne correspondait pas à une réalité scientifique et qu'il avait été utilisé pour commettre des exactions pendant la Seconde Guerre mondiale ; dans le sens d'une approche *éliminativiste*, ces Etats ont donc choisi de proscrire ce terme, jugé comme propre à légitimer des présupposés racistes, de leur droit antidiscriminatoire, pour le remplacer par diverses expressions alternatives, comme celles d'« appartenance ethnique » (*ethnische Zugehörigkeit*, en Autriche), d'« origine » (en Finlande) ou d'« ethnique » ou « ethnicité » (en Suède). Il faut noter cependant que dans aucun de ces Etats, la suppression du terme « race » n'a été complète, en ce sens qu'elle touche l'ensemble de l'ordre juridique. En effet, si ce terme a été aboli du droit antidiscriminatoire, il n'a en revanche pas entièrement disparu de l'ordre juridique national, puisqu'il subsiste dans le droit pénal notamment.

menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/policy_paper_16_ein_grundgesetz_ohne_rasse.pdf (consulté le 14.4.2019).

²³¹ *Idem*.

²³² *Ibidem*, pp. 4-5.

²³³ *Ibidem*, p. 5.

²³⁴ Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Sevim Dagdelen, Annette Groth, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, Die Bedeutung der Bekämpfung des Rassismus für die Bundesregierung, Drucksache 17/9325, 8.5.2012, p. 10.

²³⁵ « *aus rassistischen Gründen* », art. 12, al. 2 de la Constitution de Brandebourg telle que modifiée par la loi du 18 mars 2015, accessible en ligne : <https://bravors.brandenburg.de/de/gesetze-212792> (consulté le 28.4.2019) ; SABINE BERGHAHN ET AL., *Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)*, Berlin 2016, p. 40.

Il faut noter aussi qu'au plan international, les deux principaux organes de surveillance en matière de discrimination raciale (le CERD et l'ECRI) n'ont apparemment pas jugé cette suppression du terme de « race » problématique en soi dès lors que les notions de remplacement, par exemple l'« appartenance ethnique », l'« ethnicité » ou l'« origine », étaient interprétées largement, de manière à couvrir aussi la discrimination raciale.

49. ***Des solutions pragmatiques ou de compromis adoptées ou discutées dans d'autres Etats.*** – Dans d'autres Etats, c'est plutôt une solution pragmatique, ou de compromis, qui a été adoptée ou qui est discutée.

Ainsi en France, où une proposition de suppression pure et simple du terme « race » dans toute la législation était en discussion, c'est finalement une solution différente qui a été retenue par le législateur, notamment pour éviter d'affaiblir l'appareil répressif existant et de créer un décalage entre le droit interne et les traités internationaux pertinents : il a ainsi été décidé de remplacer, dans le Code pénal, le terme « race » par ceux de « prétendue race », modification qui est désormais en vigueur. Le terme de « race » n'a cependant pas disparu de toute la législation française, il subsiste notamment dans le code de procédure pénale, ainsi que dans la Constitution (à l'art. 1^{er}), pour laquelle une proposition de réforme constitutionnelle visant à supprimer ce terme est en cours mais n'a pas encore abouti.

Dans le cas de l'Allemagne, dans un sens quelque peu différent, une proposition émanant de l'Institut national des droits humains vise à remplacer le terme « race » par l'adjectif « raciste », pour préserver l'idée de l'existence de discriminations raciales ou racistes et de la nécessité de lutter contre ces discriminations. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue par le Gouvernement.

V. Synthèse et conclusions

A. Synthèse

50. ***L'actualité de la problématique et son origine.*** – Depuis quelques années, dans de nombreux pays européens, l'emploi de la notion de « race », notamment dans les textes législatifs, soulève un certain nombre d'interrogations à cause de sa référence à un concept moralement réprimé et scientifiquement discutable et erroné. En Suisse aussi, le débat sur la question de savoir si ce terme doit être maintenu, abandonné ou remplacé – et le cas échéant par quoi – est d'actualité.

L'apparition du terme « race » dans les ordres juridiques, internationaux et nationaux, est lié au phénomène du racisme, qui a émergé dans l'Europe moderne, à partir du XV^e siècle, et s'est développé pour atteindre son point culminant dans la première moitié du XX^e siècle, notamment avec la Seconde Guerre mondiale. L'entrée du mot « race » dans les textes juridiques, d'abord internationaux, dès les années qui ont suivi la fin de cette guerre, en 1945, puis dans les textes nationaux, avait précisément pour but de lutter contre ce phénomène et contre les théories raciales ou racistes.

51. ***Le débat aux plans historique et philosophique.*** – Même s'il est aujourd'hui admis que la notion de « race » n'a pas de valeur scientifique, le terme continue d'apparaître dans les ordres juridiques, mais avec des acceptions et des réceptions différentes.

Ainsi, le terme de « race » fait l'objet d'une réception et d'une utilisation « décomplexées » aux Etats-Unis²³⁶, alors que la notion est « suspecte », pour ne pas dire « taboue » en Europe, où elle est employée avec scrupule et précaution, mise entre guillemets ou affublée de précisions sémantiques (comme celle de l'expression « prétendue race » utilisée dans certains pays).

En Europe, sur un plan historico-philosophique, le débat actuel autour de l'usage et de la signification du terme « race » voit s'affronter essentiellement deux positions, l'approche *éliminativiste* et l'approche *constructiviste*. Pour la première, les races représentent une pure fiction projetée sur le monde, à tel point que « [c]roire à l'existence de ces dernières ce serait un peu comme croire à l'existence des sorcières : une méchante superstition, rien de plus ». Vides de sens, les termes raciaux devraient être abandonnés voire remplacés par des « substituts conceptuels [...] ne suscitant pas un rejet de même ampleur », afin d'éviter de redonner du crédit à un concept « théoriquement douteux et moralement néfaste ». A l'inverse, selon les partisans de la théorie constructiviste, la non-utilisation de la notion de « race », « loin de faire disparaître des esprits les idées d'essence ou de hiérarchisation raciales, peut être de nature à entraver l'analyse de leur effets persistants ». Pour eux, la « race » est une catégorie socio-politique historiquement construite, donc un produit humain. Ainsi, les races seraient des entités bien réelles. Elles procéderaient non pas de la biologie, mais d'un processus social « d'attribution d'une signification et d'une valeur sociales à des différences [visibles] »²³⁷.

52. **La notion de « race » et sa signification dans l'ordre ou les ordres juridiques.** – Dans l'ordre juridique, ou dans les ordres juridiques plutôt, le terme « race » est largement présent, tant en droit international qu'en droit national, notamment en Suisse, et ce principalement dans le droit antidiscriminatoire (art. 8 al. 2 de la Constitution et art. 261bis du Code pénal suisses).

Le concept de « race » n'a cependant été que très peu concrétisé, que ce soit par la doctrine ou par la jurisprudence. A ce jour, le contenu de la notion ne fait toujours pas l'objet d'une définition juridique cristallisée, aux contours définis et, lorsqu'il s'agit d'expliquer la réalité à laquelle ce terme renvoie, la doctrine fait souvent appel, en Suisse, à la formule générale consacrée par le Conseil fédéral dans le message de 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale contre la discrimination raciale et la révision correspondante du droit pénal. De manière générale, les caractéristiques considérées comme relevant de la « race » sont ainsi surtout physiques et physiologiques (couleur de la peau, couleur et forme des yeux et des cheveux, pilosité, etc.). Selon une partie de la doctrine, elles s'étendraient également à des éléments culturels tels que la langue, l'ascendance et la religion²³⁸.

Quoi qu'il en soit, il est généralement admis, tant en droit international qu'en droit interne, que le terme « race » est dépourvu de tout fondement scientifique et ne fait donc nullement référence à l'idéologie raciste établissant une hiérarchie entre les êtres humains. Tout en admettant que la « race » « ne désigne aucune réalité rationnellement saisissable », on remarque cependant souvent la persistance, chez une partie de la population, d'une perception subjective selon laquelle les êtres humains se distingueraient entre eux en différentes races et qui permettrait au problème de la discrimination raciale de perdurer.

²³⁶ Où, par une sorte de glissement sémantique, « [a]u lieu de faire référence à une classification des êtres humains en sous-ensembles biologiquement distincts et hiérarchiquement ordonnés, [le mot "race"] désigne des groupes ayant été victimes d'une discrimination officielle et systématique fondée sur un racisme pseudo-scientifique aujourd'hui largement discrédité mais dont les effets demeurent perceptibles » ; voir à ce propos, et pour cette citation, le n° marginal 9 *supra*.

²³⁷ Voir, notamment pour toutes ces citations, le n° marginal 10.

²³⁸ Voir à ce sujet les n°s marginaux 15 et 29.

Dès lors, le mot « race » ne désignerait pas un concept objectif, mais un concept subjectif. Il témoignerait, autrement dit, de l'existence d'un fait social, à savoir la catégorisation des individus sur la base de traits distinctifs perceptibles à laquelle le plus souvent correspondent des représentations stéréotypées et des pratiques sociales d'exclusion et d'avilissement. Dans ce sens, d'un point de vue juridique, la « race » renvoie principalement à une construction sociale.

Ainsi, tant pour le droit international que pour le droit interne, la doctrine et la jurisprudence se basent sur une définition large et de nature sociologique. En Suisse, comme ailleurs, on perçoit depuis longtemps le problème lié à l'ambiguïté intrinsèque du mot « race » et on ressent le besoin de se distancer de son acception pseudo-scientifique, pour finalement se concentrer sur la composante sociologique. Il est donc généralement admis que la « race » est une construction sociale reflétant une idéologie qui cherche à légitimer les rapports de domination dans un contexte social et historique déterminé. L'idée de « races » biologiques est rejetée (en premier lieu par les sciences naturelles elles-mêmes) et n'est donc pas appropriée pour fonder l'interdiction faite par le droit²³⁹.

53. ***La position de la doctrine suisse quant à l'emploi du mot « race ».*** – Sur ce fondement, seuls quelques auteurs, en Suisse, semblent favorables à la suppression du terme de « race ». La doctrine majoritaire, elle, lorsqu'elle s'exprime à ce propos, le fait plutôt dans le sens qu'il ne faut, à son avis, pas – voire absolument pas – renoncer à ce terme, ou, du moins, pas y renoncer complètement.

L'idée est que, certes, les « races » humaines n'existent pas, mais le comportement répréhensible des discriminations raciales doit bien d'une façon ou d'une autre être nommé. Le fait d'employer le terme « race » dans la loi n'impliquerait pas de reprendre les idées racistes, mais signifierait uniquement accepter le fait que les idées racistes et la discrimination fondée sur des critères raciaux existent, même s'ils sont dépourvus de tout fondement scientifique. La loi ne reconnaîtrait donc pas la validité de la distinction, mais plutôt le fait que ces distinctions inadmissibles soient opérées. Ainsi, pour certains auteurs, « même si elle n'existe pas biologiquement, la race doit exister juridiquement en tant que critère hautement suspect de discrimination ». Pour d'autres, il serait même inconcevable de renoncer au concept de « race » si l'on veut exprimer un avis critique vis-à-vis du sens issu des théories racistes²⁴⁰. La doctrine suisse, du moins la doctrine majoritaire, semble donc se situer plutôt du côté d'une approche *constructiviste*²⁴¹.

54. ***La suppression du terme « race » ou la recherche de solutions alternatives dans certains Etats.*** – Il n'en demeure pas moins que certains Etats européens (l'Autriche, la Finlande et la Suède, notamment) ont supprimé de leur droit interne le terme « race » précisément au motif que celui-ci ne correspondait pas à une réalité scientifique et qu'il avait été utilisé pour commettre des exactions pendant la Seconde Guerre mondiale ; dans le sens d'une approche *éliminativiste*, ces Etats ont donc choisi de proscrire la notion, propre à leurs yeux à légitimer des présupposés racistes, de leur droit antidiscriminatoire, pour la remplacer par diverses expressions alternatives, comme celles d'« appartenance ethnique », d'« origine » ou encore d'« ethnie » ou « ethnicité » ou « autres circonstances particulières ». Même si elle ne touche dans aucun de ces pays l'ensemble de l'ordre juridique – le mot « race » subsistant dans certaines législations, notamment le droit pénal –, cette suppression n'a pas été jugée contraire

²³⁹ Voir sur ces points les n^{os} marginaux 15, 19-20 et 30-31.

²⁴⁰ Voir, notamment pour toutes ces citations, le n^o marginal 21.

²⁴¹ Même si l'auteur qui s'est prononcé le plus récemment à ce sujet va dans le sens inverse, car il propose – selon ses propres dires, de manière « audacieuse » – la suppression du terme « race » ; cf. les n^{os} marginaux 4 et 21.

au droit international. Les deux principaux organes de surveillance en matière de discrimination raciale au plan international (le CERD et l'ECRI) ne l'ont en effet pas jugée problématique, pour autant que les notions qui remplacent la « race », par exemple l'« appartenance ethnique », l'« origine ethnique » ou l'« origine », soient interprétées largement, de manière à couvrir aussi la discrimination « raciale ».

Dans d'autres Etats, en France en particulier, c'est une solution pragmatique, ou de compromis, qui a été adoptée. Suite à une proposition de suppression pure et simple du terme « race » dans toute la législation, le législateur a finalement retenu une solution différente, consistant à remplacer, dans le code pénal, le terme de « race » par ceux de « prétendue race ».

En Allemagne, une proposition émanant de l'Institut national des droits humains visait à remplacer le terme « race » par l'adjectif « raciste », pour ne pas faire disparaître l'idée de l'existence des discriminations raciales ou racistes et de la nécessité de lutter contre ces discriminations. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue par le Gouvernement²⁴².

B. Conclusions et recommandations

55. **Quelques propos liminaires.** – Au terme de cette étude, et de la synthèse qui vient d'en être proposée, il convient comme annoncé de revenir sur l'avenir du terme de « race » en droit suisse.

On commencera à cet effet par examiner les diverses solutions envisageables, les solutions de principe, tout d'abord, mais aussi les solutions pragmatiques, ou de compromis, en mettant l'accent sur les caractéristiques de ces solutions, mais aussi leurs avantages et inconvénients respectifs.

On poursuivra par quelques recommandations d'ordre général qui nous paraissent valables dans tous les cas, c'est-à-dire quelle que soit la solution qui sera ou serait finalement choisie par les autorités.

1. La suppression ou le maintien du terme « race » : les solutions de principe et de compromis envisageables

56. **La suppression (pure et simple) du terme « race ».** – La première solution envisageable est celle, fondée sur l'approche *éliminativiste*, de la suppression, dans tout l'ordre juridique, de la notion de « race » et son remplacement par des expressions ou termes alternatifs. Comme on l'a vu, c'est la solution que certains Etats européens (Autriche, Finlande et Suède, notamment) ont choisie, même s'ils ne l'ont pas (encore) adoptée de manière systématique, le mot « race » subsistant dans certaines législations. C'est aussi la solution que préconisent en Suisse certains auteurs, comme, tout récemment, le professeur Vincent MARTENET.

Cette solution est motivée généralement par le fait que la notion de « race » est dépourvue de sens et de pertinence scientifique et que son maintien et son utilisation dans des textes officiels, spécialement des actes normatifs (constitutionnels et législatifs), sont susceptibles d'être interprétés comme légitimant des idées racistes, ou dans tous les cas comme propres à laisser perdurer un des éléments caractéristiques des théories racistes.

²⁴² Sur ces différentes solutions, voir les n^{os} marginaux 32 à 49.

Cette solution n'est admissible, notamment sous l'angle de sa conformité au droit international, que si et dans la mesure où elle n'entraîne aucun affaiblissement du contenu ou du niveau de la protection qu'offre l'ordre juridique national, notamment en termes d'interdiction de la discrimination « raciale ». Tous les Etats qui ont choisi cette solution et les auteurs qui la soutiennent soulignent ce point et s'efforcent de trouver des expressions ou termes alternatifs – ou des interprétations de ceux-ci – qui garantissent cette identité de niveau de protection.

Les expressions ou termes alternatifs proposés sont cependant nombreux et divers : « appartenance ethnique » (Autriche²⁴³), « origine » (Finlande), « ethnie » ou « ethnicité » et « autres circonstances particulières » (Suède), « origine ethnique », ou encore « origine ethnique, sociale et territoriale » (proposition discutée en Allemagne²⁴⁴), voire « apparence physique »²⁴⁵. Or, la diversité et l'hétérogénéité de ces termes, ainsi que le fait que certains ne sont pas beaucoup plus clairs et explicites que celui de « race »²⁴⁶, montrent qu'il n'est pas aisé de trouver des alternatives. Certains de ces termes ou expressions alternatifs sont relativement flous et difficiles à définir de manière précise, d'autres sont très larges, ce qui les rend certes intéressants – en ce qu'ils permettent d'étendre la protection contre la discrimination à de nouvelles catégories²⁴⁷ –, mais qui risque en même temps, à l'inverse, de « diluer » quelque peu les catégories traditionnellement les plus touchées par cette discrimination (en particulier la discrimination « raciale »). A cela s'ajoute qu'il est indispensable d'interpréter ces termes ou expressions de manière à ce qu'il n'en résulte aucun affaiblissement de la protection, de sorte qu'il est probablement nécessaire de revenir à la notion de « race » pour expliquer ou guider cette interprétation.

C'est sans doute là – dans la difficulté de trouver les « bonnes alternatives » – une des principales faiblesses de cette solution. L'autre désavantage potentiel, plus théorique ou philosophique, dans le sens d'une approche *constructiviste*, réside dans le risque de voir se perdre la mémoire historique de ce qui a fait et fait encore le racisme et donc d'entraver l'analyse des effets persistants des théories raciales et racistes.

57. **Le maintien (pur et simple) du terme « race ».** – La seconde solution envisageable est celle, fondée sur l'approche *constructiviste* précisément, du maintien de la notion et du terme de « race » tels qu'ils existent aujourd'hui dans l'ordre juridique. C'est la solution choisie jusqu'ici, on l'a vu, par les autorités allemandes, contre l'avis même de l'Institut allemand des droits humains²⁴⁸. C'est aussi la solution qui semble défendue par la majorité de la doctrine en Suisse.

Cette solution est motivée généralement à la fois par le fait que la notion de « race » existe et est solidement ancrée dans le droit international, et spécialement dans les traités internationaux pertinents en matière d'interdiction de la discrimination (notamment raciale), et qu'il n'est pas judicieux de créer, par le remplacement de cette notion en droit national, de dissemblance entre droit interne et droit international. Cette solution « conservatrice » ne pose donc pas de problème en termes de maintien ou de baisse du niveau de protection et donc de compatibilité avec le droit international. Elle est justifiée aussi par le fait qu'il est généralement admis aujourd'hui que, comme le

²⁴³ Voir aussi, pour la doctrine suisse, KUNZ, cité au n° marginal 21.

²⁴⁴ Voir le n° marginal 47 *supra*.

²⁴⁵ Voir, pour la doctrine suisse, MARTENET, cité aux n°s marginaux 4 et 21.

²⁴⁶ Voir à ce propos la position de l'Institut allemand des droits humains, pour lequel la notion d'« ethnie » peut s'avérer tout aussi problématique que celle de « race » en termes de lutte contre le racisme (n° marginal 47 *supra*).

²⁴⁷ Voir, pour la notion d'« apparence physique », par exemple, MARTENET, cité aux n°s marginaux 4 et 21, qui évoque le « style vestimentaire », les « tatouages » et les « piercings » (p. 45).

²⁴⁸ Voir le n° marginal 47 *supra*.

précisent du reste explicitement plusieurs textes officiels, l'utilisation du terme « race » dans l'ordre juridique ne légitime pas l'existence des « races », mais perpétue au contraire l'idée – et la mémoire – de la lutte contre le racisme et les théories raciales ou racistes²⁴⁹.

58. **Quelques éléments d'appréciation.** – Les deux solutions évoquées jusqu'ici, que nous avons qualifiées de « solutions de principe », sont toutes deux envisageables, c'est-à-dire admissibles, d'un point de vue juridique. La première suppose toutefois que soient respectées certaines conditions, notamment que les expressions ou termes alternatifs appelés à remplacer le mot « race » soient conçus et interprétés de manière à garantir le même niveau de protection.

Ces deux solutions relèvent en fait de deux approches philosophiques différentes, on l'a dit, qui reposent elles-mêmes sur – ou se distinguent par – deux hypothèses différentes, voire opposées, quant à la réception qui est faite du terme « race ». La première part de l'idée que l'utilisation de ce terme est propre à légitimer – ou, au moins, qu'il n'est pas exclu qu'elle légitime – la persistance d'un concept raciste et des théories raciales ou racistes. La seconde se fonde au contraire sur l'hypothèse que la suppression de ce même terme est propre à faire oublier – ou, au moins, qu'il n'est pas exclu qu'elle fasse oublier – l'existence ou la persistance du racisme et des théories raciales ou racistes.

Or, il s'agit là, dans les deux cas, de suppositions, non vérifiées, quant à la perception d'un tel changement sémantique dans l'ordre normatif.

Dans ce sens, on pourrait donc se demander si, dans le sens d'une évaluation législative prospective, une étude quant à l'impact d'un tel changement, à sa perception et à sa réception, notamment auprès des différentes générations, et en particulier des jeunes générations, ne serait pas opportune.

Quoi qu'il en soit, d'autres solutions, adoptées ou discutées dans certains pays, nous paraissent aussi intéressantes, dans la mesure où elles peuvent s'avérer pragmatiques, voire servir de compromis, à la fois en alliant les avantages et en gommant ou en atténuant les inconvénients de chacune des « solutions de principe ».

59. **Les solutions pragmatiques et de compromis.** – La première de ces solutions, qu'on peut qualifier de pragmatiques, est celle finalement adoptée en France, où le terme de « race » a été remplacé systématiquement, dans le code pénal, sinon encore dans tout l'ordre juridique national, par l'expression de « prétendue race ».

Une autre proposition intéressante, qui se présente elle aussi comme une forme de compromis, est celle avancée par l'Institut allemand des droits de l'homme²⁵⁰, qui n'a jusqu'ici pas été retenue par le Gouvernement fédéral, bien qu'elle ait trouvé application dans la Constitution du *Land* de Brandebourg. Selon cette proposition, il conviendrait de supprimer le mot « race » dans les textes normatifs, dans la mesure où il n'est pas exclu que son utilisation dans ce contexte légitime l'idée ou la conception selon laquelle l'humanité serait divisée en différentes « races ». Toutefois, plutôt que de remplacer ce mot par des expressions ou termes alternatifs plutôt flous – et tout aussi problématiques que celui de « race » –, il s'agirait de substituer au terme « race » des formulations qui, sans « gommer » les conceptions et théories raciales ou racistes, s'y réfèrent explicitement.

²⁴⁹ Voir notamment, à ce propos, la position du Gouvernement allemand, mentionnée au n° marginal 47 *supra*, mais aussi celle du Défenseur des droits, en France, citée au n° marginal 42.

²⁵⁰ Il faut noter que cette proposition est aussi celle qui avait été adoptée dans un premier temps en France, par l'Assemblée nationale, en 2013, mais qui n'a pas été concrétisée, l'Assemblée nationale n'ayant pas été suivie par le Sénat et une autre solution ayant été finalement trouvée ; cf. à ce propos *supra*, le n° marginal 42, *in initio*.

Ainsi, par exemple, en appliquant cette proposition au droit constitutionnel suisse, on remplacerait l'expression « nul ne doit subir de discrimination du fait notamment [...] de sa race » par une expression du type « nul ne doit subir de discrimination *liée notamment à des raisons de nature racistes*, [...] »²⁵¹. Si une telle solution devait être retenue, il faudrait toutefois veiller, par le choix des termes et en le précisant explicitement dans les commentaires accompagnant la modification, à s'assurer que la disposition ne se limite pas au seul racisme idéologique, c'est-à-dire lié à une intention raciste, mais qu'elle vise aussi le racisme structurel.

Comme indiqué, ces solutions, que nous qualifions de pragmatiques ou de solutions de compromis, nous paraissent intéressantes dans la mesure où elles permettent d'allier les avantages tout en gommant ou en atténuant les inconvénients de chacune des deux « solutions de principe », à savoir la suppression (pure et simple) du terme « race » et le maintien (pur et simple) de ce terme.

2. Une conclusion et quelques recommandations

60. ***La conclusion : plusieurs solutions sont concevables et juridiquement admissibles.*** – Il résulte de cette étude que plusieurs solutions sont envisageables et juridiquement admissibles : la suppression (pure et simple) du terme « race » dans l'ordre juridique et son remplacement par des expressions ou termes alternatifs, pour autant que ceux-ci soient conçus et interprétés de manière à garantir le même niveau de protection ; au contraire, le maintien (pur et simple) du terme « race » dans l'ordre juridique ; mais aussi des solutions plus pragmatiques, comme celle du remplacement du terme « race » par l'expression de « prétendue race », adoptée en France, ou encore celle consistant à supprimer le terme de « race » lui-même, tout en conservant l'idée et la notion de « motifs racistes », proposée par l'Institut allemand des droits humains.

Le choix entre ces diverses solutions relève à notre avis de considérations avant tout philosophiques et d'une décision qui est d'ordre politique, bien plus que juridique.

Pour autant que certaines conditions soient remplies, notamment que le même niveau de protection soit garanti – et donc la conformité au droit international assurée –, toutes ces solutions sont juridiquement admissibles.

Cela dit, quel que soit le choix qui sera fait sur le plan politique, quelques recommandations nous paraissent opportunes ou nécessaires quant à la transparence de ces choix.

61. ***Les recommandations : transparence et information.*** – Si les solutions envisageables sont donc diverses, il nous paraît indispensable que le choix qui sera fait, que ce soit celui, plutôt « conservateur », du maintien du terme de « race » dans l'ordre normatif, ou celui, plus innovant, de la suppression de ce terme et de son remplacement par d'autres expressions ou termes alternatifs, voire celui d'une solution de compromis, constitue un choix informé et « éclairé », ainsi que transparent. En d'autres termes, il nous semble nécessaire que toute décision qui sera prise en la matière soit accompagnée d'un effort particulier en matière d'information.

Si le choix devait être celui de supprimer le terme « race », notamment dans la Constitution et dans le Code pénal, et de le remplacer par d'autres termes, comme ceux de l'origine ethnique ou de l'apparence physique, par exemple, pour reprendre certaines propositions faites en doctrine ou adoptées dans d'autres pays, cette mesure devrait

²⁵¹ Il faut préciser, cependant, qu'une telle modification entraînerait sans doute la nécessité de revoir l'ensemble de la rédaction de la disposition en cause, c'est-à-dire en l'occurrence de l'art. 8 al. 2 Cst.

impérativement s'accompagner, à notre avis, d'une large information notamment quant aux points suivants :

- les raisons qui militent en faveur de ce choix ;
- la volonté – du législateur, au sens large – de ne pas affaiblir le niveau de protection ;
- la volonté de garantir la conformité au droit international ;
- l'interprétation à donner aux nouveaux termes choisis.

Il devrait en aller de même, à notre avis, si le choix devait se porter sur une des solutions de compromis évoquées.

Enfin, même dans l'hypothèse où le choix se ferait en faveur de la solution « conservatrice » du maintien (pur et simple) du terme « race », notamment dans la Constitution et dans le Code pénal, une information adéquate nous paraît nécessaire. Elle devrait alors se concentrer sur les raisons qui motivent ce choix et sur la précision que celui-ci ne légitime en rien les idées et les conceptions ou théories racistes.

Neuchâtel, le 30 octobre 2019

Pascal Mahon

Anne-Laurence Graf

Federica Steffanini