



HAL
open science

Les juristes et la race. Analyse critique à partir de quelques textes (1880-1930)

Silvia Falconieri, Laetitia Guerlain, Lionel Zevounou

► To cite this version:

Silvia Falconieri, Laetitia Guerlain, Lionel Zevounou. Les juristes et la race. Analyse critique à partir de quelques textes (1880-1930). *Droit & société: théorie et sciences sociales du droit*. [Carnet hypotheses.org], 2022, N° 109 (3), pp.557-569. 10.3917/drs1.109.0557. hal-03511333

HAL Id: hal-03511333

<https://hal.science/hal-03511333v1>

Submitted on 4 Jan 2022

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

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

Les juristes et la race.

Analyse critique à partir de quelques textes (1880-1930).

Présentation du dossier

Silvia Falconieri*, Laetitia Guerlain**, Lionel Zevounou***

* Institut des mondes africains (IMAF) – MMSH

** Institut de recherche Montesquieu – Centre aquitain d’histoire du droit (CAHD), Université de Bordeaux

*** Centre de Théorie et Analyse du Droit (CTAD), Université Paris Nanterre

I. Race et droit : un impensé

Les débats sur la « race »¹ n’occupent, dans le champ juridique français, qu’une place mineure. Depuis la parution d’un article pionnier de Danièle Lochak², hormis les travaux que la dogmatique juridique cantonne pour la plupart dans le champ de l’histoire du droit, les études qui mobilisent le concept de race³ demeurent, à quelques exceptions près, un parent pauvre de la doctrine juridique française⁴. Dans les deux dernières décennies, le silence a été brisé, dans le cadre du droit privé, par un groupe de travail, dirigé par Sonia Desmoulin-Canselier, axé sur les imbrications multiples entre le droit de la santé, la science et les catégories ethno-raciales⁵ ainsi que par les travaux de Mathilde Cohen⁶. Malgré l’impulsion donnée par ces nouvelles recherches, la littérature juridique contemporaine, à l’intérieur des facultés de droit, continue néanmoins d’ignorer les débats liés à la « race », quand ils n’estiment pas que la question est tout simplement étrangère à une certaine tradition française⁷.

Deux procédés sont généralement utilisés à ce titre. Le premier consiste à aborder un objet dominé par le paradigme racial – le droit colonial par exemple – en procédant à une analyse dogmatique classique, centrée sur les normes de l’objet étudié. On fait alors *comme si* la race – entendue ici comme une catégorie conceptuelle et non juridique – jouait un rôle mineur dans le raisonnement juridique proposé par le juge ou la doctrine. La « race » est ainsi reléguée aux marges d’un ordre juridique que l’on souhaite épuré – au regard de la lettre de l’article 1^{er} de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen – de toute forme de

1. On emploiera dans cette introduction le mot race entre guillemets afin de signifier que nous ne prenons pas le terme comme un donné, mais bien comme le produit d’une construction sociale. Il s’agit d’un point consensuel à l’ensemble des auteur·rices du dossier, même si l’emploi du mot « race » n’est pas toujours précédé de guillemets.

2. Danièle LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots. Les langages du politiques*, 33, 1992, p. 291-303. On renvoie aussi, même si le travail n’aborde pas directement la question de la race, à : Séverine KODJO-GRANDVAUX et Geneviève KOUBI (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles : Bruylant, coll. « Droits, territoires, cultures », 2005.

3. Compris ici à la fois comme un concept analytique reposant sur une construction sociale et comme une catégorie juridique, produite suivant des techniques propres et spécifiques au discours du droit.

4. Voy. cependant la réflexion récente proposée par Francis HAMON, « Quelques réflexions sur la diabolisation du terme “race” », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 4, 2019, p. 459-466.

5. Il s’agissait en l’occurrence d’un projet financé par le GIP Mission Droit et Justice, intitulé : « Les catégories ethnoraciales à l’ère des biotechnologies » : Guillaume CANSELIER et Sonia DESMOULIN-CANSELIER (dir.), *Les catégories ethno-raciales à l’ère des biotechnologies : droit, science et médecine face à la diversité humaine*, Paris : Société de législation comparée, coll. « UMR de droit comparé de Paris », 24, 2011.

6. Mathilde COHEN, « Judicial Diversity in France: The Unspoken and the Unspeakable », *Law and Social Inquiry*, 4, 2018, p. 1542-1573.

7. Voy. par exemple, Jean MASSOT (dir.), *Le Conseil d’État et l’Outre-mer français du xvii^e siècle à 1962*, Paris : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, et en particulier : Laurent WAUQUIEZ-MOTTE, « L’idée coloniale au miroir du Conseil d’État », p. 73-85.

discrimination. Cette entreprise de minoration des effets produits par l'arrière-plan racial sur les catégories et le raisonnement juridique s'opère par l'accent mis sur la prééminence donnée à la forme juridique des relations entre la métropole et ses territoires au détriment de l'analyse de fond du régime entourant la catégorie de sujet à l'aune des principes juridiques républicains⁸. L'emploi de superlatifs permet dès lors de justifier cette mise à l'écart : « monstruosité juridique », « non-droit », « droit d'exception », etc.

Une seconde attitude, désormais dominante, émerge après la Deuxième Guerre mondiale ; elle consiste purement et simplement à ignorer les héritages possibles liés aux usages du concept de « race » par rapport à la thèse selon laquelle la « race » – comprise ici par référence au phénotype – n'existe tout simplement pas. Ainsi, lorsqu'un objet lié à la question raciale est abordé, c'est de manière soigneusement cloisonnée (esclavage, colonisation, régime de Vichy), comme s'il n'était guère possible de considérer que le prisme racial ait, sur le long terme, influé sur le fonctionnement des institutions, des catégories et des discours savants sur le droit. Une telle segmentation empêche d'ancrer l'analyse juridique au sein d'une temporalité longue et continue⁹. Considérer le contraire, c'est prendre le risque de renouveler plusieurs certitudes que l'on croyait fermement acquises au sein de la dogmatique juridique : l'affermissement d'un droit et de principes juridiques républicains tout au long du XIX^e siècle par exemple. Admettre que les « races » n'existent pas est une chose ; prendre prétexte de cette thèse éliminationniste – celle qui soutient que puisque les « races » n'existent pas, il convient de bannir l'usage du terme – pour ignorer les héritages juridiques liés à la question « raciale » en est une autre. L'amalgame opéré entre les deux propositions passe sous silence nombre de questions importantes reléguées en dehors de la discipline juridique.

Il est vrai que le concept de « race » n'a rien d'évident ni de naturel en droit français. La « race » biologique n'existe pas, on le sait, et d'aucuns se sont interrogés et s'interrogent encore, en France comme dans d'autres pays européens, sur l'opportunité de conserver le mot « race » dans les textes législatifs. Il a paru plutôt opportun à certains juristes de garder le mot « race » dans des textes législatifs à caractère historique, telles que les constitutions issues de l'expérience de la Deuxième Guerre mondiale, dans le but d'en faire un avertissement contre toute éventualité d'oubli des lois raciales des années 1930-1940¹⁰. Une sorte de gêne inavouée domine en revanche lorsqu'il s'agit d'autres textes de loi plus ordinaires. L'esclavage, la colonisation et les régimes totalitaires qui ont vu le jour en Europe ont achevé de convaincre qu'il était tout simplement inapproprié de recourir au concept de « race ». Mais un tel argument suffit-il à justifier le faible intérêt des juristes français à l'égard des *Postcolonial Studies*, *Critical Race Theories*, *Law and Society Studies*, pour ne rien dire de l'histoire du droit¹¹ ? L'élimination du mot fait-il disparaître comme par magie la chose ? Les institutions de l'État ont-elles comme par enchantement évacué plusieurs siècles dominés par

8. Sur cette question : Emmanuelle SAADA, « La loi, le droit et l'indigène », *Droits*, 43, 2006, p. 189. P. Legendre emploie pour désigner cette marginalisation l'expression de « projection coloniale » : Pierre LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, Paris : Fayard, 1992, p. 167-168.

9. À l'inverse, des travaux des historiens voy. : Gérard NOIRIEL, *Les origines républicaines de Vichy*, Paris : Fayard, coll. « Documents », 2013 ; Jean-Frédéric SCHAUB, *Pour une histoire politique de la race*, Paris : Seuil, 2015.

10. Concernant ce débat, v. la réponse de Étienne BALIBAR, « Le mot race n'est pas de trop dans la Constitution française », *Mots. Les langages du politique*, 33, 1992, numéro thématique : « Sans distinction de... race », p. 241-256 ; « La parola razza rimanga nella Costituzione : è un monito contro l'odio », interview de P. Grossi par S. Fiori, *La Repubblica*, 7 février 2018 ; Lionel ZEVOUNOU, « Raisonner à partir d'un concept de "race" en droit français », *La Revue des droits de l'homme*, 19, 2021, en particulier, II (<https://journals.openedition.org/revdh/11516>).

11. On pense naturellement au mouvement des *Critical Race Theories*, introduits aux travaux pionniers de Mathias Möschel et Hourya Bentouhami, récemment abordés dans le dossier dirigé par Isabelle AUBERT et Magali BESSONE, « La *Critical Race Theory* est-elle exportable en France ? », *Droit et Société*, 108, 2021, mais aussi à des travaux de collègues italiens qui ont opéré une jonction entre le droit constitutionnel actuel et l'expérience coloniale, Gianluca BASCHERINI, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale italiana alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Naples : Jovene, 2012.

le paradigme des inégalités raciales ? Tout cela mérite d'y revenir avec soin. Le présent dossier se propose de prendre au sérieux – selon le sens qu'attribue à cette expression la sociologie pragmatique – le concept de « race » dans le discours des juristes à partir d'un triple étonnement. De ce point de vue, le rapport disciplinaire entretenu par les juristes « positivistes » et les historiens du droit à l'égard de la « race » diffère – et c'est aussi l'intérêt de ce dossier que de le souligner.

On peut s'étonner en premier lieu, d'un point de vue simplement factuel, du silence, pour ne pas dire de l'indifférence généralisée du discours dogmatique à l'égard des travaux sur la « race », alors même que la France fut, jusqu'à peu encore, une nation coloniale de premier ordre. Tout se passe *comme si* Hauriou ou Duguit n'avaient jamais vécu dans leur temps : celui d'une République où se discute aussi la question de la citoyenneté et des formes de l'Empire en résonance avec le contexte colonial. Tout se passe *comme s'il* était possible de penser l'État et les grands concepts sur lesquels repose notre droit public de manière décontextualisée. Une telle forme d'ignorance épistémique, pour le dire dans les termes de Charles Mills¹², ne peut que laisser songeur. Elle révèle sans doute un biais dans la manière d'appréhender la formation du système juridique contemporain. Elle interroge aussi, d'un point de vue épistémologique, la division du travail qui s'est progressivement instituée entre droit public, droit privé et histoire du droit colonial investie par certains historiens du droit. Les études de ces derniers sont souvent délaissées par les juristes et commodément rangées au sein d'une « histoire du droit colonial » dont le référent fonctionne comme s'il fallait l'entendre à la marge du récit juridique ordinaire. Le silence observé par les juristes universitaires sur ce point est d'autant plus étonnant que les liens culturels entre l'ex-métropole et plusieurs anciens pays colonisés – notamment en Afrique subsaharienne, au Moyen-Orient et en Asie – n'ont cessé de perdurer après la décolonisation.

Autant de vides et de silences convenus qui justifient qu'un travail d'ampleur soit consacré à une analyse de la « race » en droit français, sur le temps long. Le savoir des juristes s'est appuyé implicitement et explicitement sur le concept de « race », qu'il s'agisse du statut des personnes, des conflits de lois, de la définition de l'ordre public, etc. Si l'on analyse les choses en termes de continuum¹³ plutôt que d'essayer d'ériger des frontières artificielles, on s'aperçoit que ces usages juridiques de la « race », que l'on croirait révolus, demeurent intimement liés à la construction du savoir juridique contemporain.

Un second motif d'étonnement tient à l'absence d'une approche comparée dans le domaine des travaux liés aux questions « raciales ». À la différence du mouvement *Law and Economics*, qui s'est très vite exporté en France dès la fin des années 1980, les *Critical Race Theories* ou *Postcolonial Studies* demeurent encore méconnues des juristes français. Une telle méconnaissance s'explique de différentes manières. Au nombre de ces dernières, une explication d'ordre culturel : si la « race » trouve « naturellement » un terreau d'élection dans le système juridique américain ou sud-africain, tel n'est pas le cas en ce qui concerne la France, dont le système juridique repose sur une idéologie républicaine faisant peu cas de la « race », du moins explicitement. En la matière, il convient d'éviter les oppositions binaires et généralement stériles. Prise comme une essence, la binarité modèle républicain *versus* modèle « communautaire » empêche d'aborder plus finement les possibles éléments de comparaison et de différences¹⁴. L'histoire de la « race » est aussi, on l'oublie souvent, celle de l'histoire d'une communauté intellectuelle transnationale. Les juristes coloniaux des nations occidentales dialoguent, échangent et se critiquent. Au-delà des fantasmes et prises de position multiples, souvent exprimés par le biais de canaux et de procédures d'évaluation non

12. Charles W. MILLS, *The Racial Contract*, Ithaca : Cornell University Press, 1997, p. 9-19.

13. Voir par exemple : Gérard NOIRIEL, *Les origines républicaines de Vichy*, Paris : Fayard, coll. « Documents », 2013.

14. Pour une analyse de la pensée égalitaire et républicaine américaine : Sean WILENTZ, *The Politicians and The Egalitarians: The Hidden History of American Politics*, New-York : W.W. Norton & Company, 2016.

scientifiques, l'apport des *Critical Race Theories* et, plus largement, des travaux critiques liés à l'analyse de la « race », n'a pas encore fait l'objet d'une étude serrée par la doctrine française¹⁵. Ce point aveugle mérite d'être souligné, même si le but de ce dossier n'est pas de discuter du bien-fondé de la transposition de ces courants différents¹⁶. Les coordinateurs et auteurs du dossier, qui ne sont pas tous spécialistes de *Critical Race Theories* ou d'études postcoloniales, reconnaissent toutefois l'utilité d'un espace de discussion méthodologique afin de mieux connaître les spécificités de la « race » au sein du discours juridique français. En effet, les responsables du présent dossier ont pris le risque de réunir des auteurs partageant des traditions et approches méthodologiques plurielles. L'idée maîtresse de ce numéro consiste à proposer aux lecteurs un spectre aussi large que possible de la « race » dans le discours des juristes. C'est tout à l'honneur de la revue *Droit et Société* d'accompagner une telle prise de risque, sans rien céder à la rigueur intellectuelle quand on connaît les polarisations grandissantes que génèrent les références à la « race » dans le champ académique¹⁷. Respectant la pluralité des lectures portées par les responsables du présent dossier, ce travail collectif interroge les usages de la « race » dans plusieurs discours de la doctrine qui coïncident avec « l'âge d'or » de la colonisation¹⁸.

Autrement dit : qu'est-ce que l'emploi du mot « race » permet ou pas de construire du point de vue de la science des juristes de l'époque ? Et qu'est-ce que cet usage permet aujourd'hui d'éclairer en droit positif ? Aborder la « race » sous cet angle permet précisément de ne pas en réduire l'analyse à une grille d'importation, voire une tentative d'impérialisme intellectuel venue d'outre-Atlantique. Tout en étant conscients du racisme et du sexisme qui caractérise la période des différents auteurs étudiés dans ce dossier, nous avons voulu aller au-delà de la simple dénonciation pour tenter de répondre à une question non moins importante d'un point de vue épistémique : celle de savoir de quelle « race » parlent les juristes francophones. L'utilité de ce travail rend compte d'éventuelles spécificités propres à la doctrine française. C'est en identifiant lesdites spécificités que l'on pourra entamer par la suite un travail de comparaison.

Cette dernière interrogation conduit à examiner notre troisième motif d'étonnement. La doctrine juridique française, à rebours des sciences sociales, est restée largement hermétique aux multiples travaux menés ces dernières années sur la « race ». Ici encore, plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer une telle fermeture : l'on songe au contexte de réticence des facultés de droit françaises à l'ouverture aux sciences sociales. En dehors d'une communauté restreinte de spécialistes, les travaux sortis des sciences humaines et sociales autour de la « race » demeurent largement méconnus, voire ignorés, de la majorité de la dogmatique juridique. Le fait que ces auteurs soient situés dans le champ des sciences sociales, donc considérés comme étrangers à la science des juristes, ne peut constituer un prétexte d'igno-

15. Apparu au milieu des années 1980, le mouvement des *Critical Race Theories* s'identifie à partir de quatre caractéristiques : (1) la « race » se comprend non comme un fait biologique, mais comme une construction sociale ; (2) il existe un problème social lié aux inégalités raciales qui ont structuré la société américaine mais plus largement encore, les sociétés coloniales ; (3) les CRT rejettent la compréhension libérale traditionnelle de la société quant à la manière de résorber le racisme au sein de la société. Ce dernier, en effet, ne peut être compris uniquement comme un phénomène social composé d'actes irrationnels et isolés ; (4) les CRT considèrent enfin qu'une lecture fondée sur la « race » est tout aussi nécessaire que celle sur le genre ou la classe : Khiara BRIDGES, *Critical Race Theory. A Primer*, St Paul : Foundation Press, 2019, p. 14.

16. On renvoie à cet égard au dossier coordonné par Isabelle Aubert et Magali Bessone, consacré aux *Critical Race Theories*, précité.

17. Pour une des rares analyses rigoureuses de cette question : Inès BOUZELMAT, « Le sous-champ de la question raciale dans les sciences sociales. Pour une approche sociologique des procès en légitimité scientifique », in Abdellali HAJAT et Syliane LARCHER (dir.), « Intersectionnalité », *Mouvements*, 12 février 2019 : <<https://mouvements.info/le-sous-champ-de-la-question-raciale-dans-les-sciences-sociales-francaises>> (consulté le 30 juin 2021)

18. Pour un essai historico-juridique relatif aux usages du mot « race » dans le droit européen de la première moitié du XX^e siècle : Silvia FALCONIERI, « Le droit face à la race. Étude historique des expériences juridique française et italienne au XX^e siècle », *Politika*, 2021 (en ligne : <<https://www.politika.io/fr/article/droit-face-a-race-etude-historique-experiences-juridiques-francaise-italienne-au-xxe-siecle>>).

rance pour la discipline juridique. D'une certaine manière, ces analyses témoignent du regain d'intérêt des sciences sociales pour l'objet droit. Et il apparaît pour le moins étrange que les juristes universitaires soient restés indifférents à un tel regain d'intérêt qui, *a minima*, serait susceptible d'interroger autant leurs méthodes, leurs catégories que leur historiographie.

II. La race entre droit et histoire

Malgré ce triple étonnement, il faut relever que les historiens du droit ont été, parmi les juristes, les moins réticents à se pencher sur l'étude des thématiques raciales. Ils n'y sont certes arrivés qu'après des années de silence. Une réticence qui n'est pas une spécificité française. Bien au contraire, le malaise engendré par la mobilisation de la notion de « race » affecte d'une manière générale les expériences historiographiques de l'Europe continentale, quoique dans certains pays qui, comme l'Italie ou l'Allemagne, ont été fortement marqués par l'application du droit raciste des années 1930 et 1940, la remise en cause historiographique des mobilisations de la « race » dans le cadre du droit fasciste et du droit nazi date déjà de la fin des années 1990¹⁹.

L'historiographie juridique relative aux questions raciales tâche d'instaurer un dialogue avec les travaux sur la « race » émanant des autres sciences humaines et sociales, qui se sont depuis longtemps attelées à cette histoire, désormais bien balisée. Depuis les travaux des naturalistes de la première moitié du XIX^e siècle, la notion de « race », entendue comme un ensemble de caractères physiques et moraux se transmettant héréditairement par le sang, s'impose comme paradigme de l'étude de l'espèce humaine. D'abord formulée dans les milieux des sciences naturelles par des médecins et zoologues, elle ne tarde pas à déborder le champ naturaliste pour devenir progressivement l'une des clés d'explication de l'histoire et du développement des sociétés humaines²⁰. C'est en particulier avec les travaux de la Société ethnologique de Paris, fondée en 1839 par William Frederic Edwards (1776-1842) que la « race » s'impose peu à peu comme critère explicatif privilégié de l'histoire des peuples²¹, qu'il s'agisse, dans la lignée saint-simonienne, de prôner le métissage pour atteindre l'égalité démocratique, ou, à l'inverse, de hiérarchiser les populations de la Terre pour mieux asseoir une domination coloniale permise par l'esclavage²². Ces aspects racistes²³ ont abondamment été traités par l'historiographie, sous l'angle d'une histoire politique – en particulier liée à la fabrication des identités nationales²⁴ –, d'une histoire des doctrines racistes²⁵, comme

19. Pour un point sur l'historiographie italienne, Aldo MAZZACANE, « Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei », *Studi storici*, 1, 2011, p. 93-125 ; Silvia FALCONIERI, « Razzismo e antisemitismo. Percorsi della storiografia giuridica italiana », *Studi storici*, 1, 2014, p. 156-168. Pour l'Allemagne, nous bornerons à citer Michael STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin : Schweitzer, 1974 ; Franz-Jürgen SÄCKER, *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, Baden-Baden : Nomos, 1992.

20. Carole REYNAUD-PALIGOT, « Construction et circulation de la notion de “race” au cours du XIX^e siècle », in Nicolas BANCEL, Thomas DAVID et Dominic THOMAS (dir.), *L'invention de la race. Des représentations scientifiques aux exhibitions populaires*, Paris : La Découverte, 2014, p. 103-116.

21. William-Frederick EDWARDS, *Des caractères physiologiques des races humaines considérés dans leurs rapports avec l'histoire*, Paris : chez Compère jeune, 1829.

22. Thomas BERNON, « La science des races : la Société ethnologique de Paris et le tournant colonial (1839-1848) », *La Révolution française. Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 15, 2018, p. 1-55.

23. Pour une récente mise au point sur la notion de racisme, cf. Silvia FALCONIERI, Jean-Frédéric SCHAUB et Silvia SEBASTIANI, « Racisme : la politique du préjugé », in Daniel ROCHE et Christophe CHARLE (dir.), *L'Europe. Encyclopédie historique*, Paris : Actes Sud, 2018, p. 605-611.

24. Carole REYNAUD-PALIGOT, *La République raciale : paradigme racial et idéologie républicaine (1860-1930)*, Paris : PUF, 2006 ; ID., *De l'identité nationale. Science, race et politique en Europe et aux États-Unis*, Paris : PUF, 2011.

25. Voir, parmi une abondante bibliographie, les travaux de Pierre-André TAGUIEFF, et en particulier *La couleur et le sang. Doctrines racistes à la française*, Paris : Mille et Une Nuits, 2002. Se reporter également à Carole REYNAUD-PALIGOT (dir.), *Tous les hommes sont-ils égaux ? Histoire comparée des pensées raciales 1860-1930*, Munich : R. Oldenbourg, 2009.

légitimation de la domination coloniale ou encore dans le cadre de l'histoire des sciences ²⁶. Les travaux des historiens sont ainsi parvenus à tracer une histoire longue des catégories raciales. Axée sur l'idée de transmission de caractères héréditaires, réputés indélébiles, cette démarche remet en cause l'idée historiographique traditionnelle qui fait de la « race » le produit spécifique du scientisme du XIX^e siècle ²⁷. Les historiens des sciences ont également largement investi la question de la race. On sait combien la Société d'anthropologie de Paul Broca, fondée en 1859, contribua à institutionnaliser la science des « races », dans sa quête d'une « histoire naturelle de l'Homme ». Toujours est-il que l'Europe savante est prise, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, d'une véritable frénésie de mesure du corps humain ²⁸, et en particulier des crânes. À la faveur de l'anthropométrie pratiquée sur les conscrits ou les enfants dans les villages, l'indice céphalique s'impose progressivement, non sans controverse, comme une façon scientifique de différencier les « races » ²⁹.

Or, les résultats de cette anthropologie naturaliste sont, dès les années 1840-1850, annexés par le monde savant : écrivains, philosophes, historiens (Augustin Thierry, Jules Michelet, Hippolyte Taine, Ernest Renan, Arthur de Gobineau, etc.) croient tous, avec des différences sensibles toutefois, à l'hérédité des caractéristiques morales des individus et à une psychologie collective des peuples en partie fondée sur un déterminisme physiologique. La science politique elle-même se saisit de la race sous la plume de Victor Courtet de Lisle (1818-1867), qui n'hésite pas à mettre l'accent sur son importance dans l'organisation des sociétés (*La science politique fondée sur la science de l'homme*, 1838). C'est dire que, des années 1850 à la Seconde Guerre mondiale, une véritable « culture raciale » imprègne les milieux savants occidentaux, en France comme à l'étranger ³⁰.

Si l'histoire des discours savants sur la « race » comme de ses multiples appropriations est désormais bien documentée, la part qu'y occupent les juristes l'est moins, alors même que les liens entre les milieux juridiques et les milieux de l'anthropologie physique du XIX^e siècle s'avèrent bien plus denses qu'on ne le pense ordinairement ³¹. À l'instar des historiens, philosophes et autres écrivains, professeurs de droit comme praticiens ne sont pas restés, tant s'en faut, à l'écart des intenses débats auxquels a donné lieu la question de la race. Celle-ci, naturellement, n'a pas rencontré le même engouement dans toutes les branches du droit. On sait en particulier l'accueil qui lui fut réservé par l'anthropologie criminelle et la théorie du criminel-né. À quelques exceptions près, la moisson est plus maigre du côté du droit civil. Tout au plus connaît-on bien le cas très documenté des travaux du magistrat eugéniste et fondateur de l'anthroposociologie Georges Vacher de Lapouge ³², qui se fait le héraut d'une théorie biologique du droit des successions.

Malgré tout, le paradigme racialisé qui s'impose tout au long du XIX^e siècle infuse la science juridique. La notion de « race » est fréquemment mobilisée par les juristes, tant à l'appui de leurs édifices intellectuels que comme opérateur dans la pratique juridique. Sur le plan législatif, les usages juridiques pour le moins polysémiques de la notion de « race » ont

26. Ce sont ici tous les travaux de Claude Blanckaert qu'il faudrait citer. Voir, en premier lieu, *De la race à l'évolution. Paul Broca et l'anthropologie française*, Paris : L'Harmattan, 2009. Se reporter, également, à Claude-Olivier DORON, *L'homme altéré : race et dégénérescence (XVII^e-XIX^e siècles)*, Ceyzérieu : Champ Vallon, 2016.

27. Voir, en particulier, les travaux de Jean-Frédéric SCHAUB, *Pour une histoire politique de la race*, *op. cit.* ainsi que « Le sang. Notion politique et régulateur social sous l'Ancien Régime. Pour une histoire longue de la race », *Clio@themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 16, 2019 (en ligne : <<https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=525>>).

28. Nelia DIAS, *La mesure des sens. Les anthropologues et le corps humain au XIX^e siècle*, Paris : Aubier, 2004.

29. Marc RENNEVILLE, *Le langage des crânes. Une histoire de la phrénologie*, Paris : Les Empêcheurs de penser en rond, 2000.

30. Carole REYNAUD-PALIGOT, « Construction et circulation de la notion de "race"... », *op. cit.*, p. 116.

31. Voir cependant sur ce point les travaux en cours de Frédéric Audren et Laetitia Guerlain.

32. Sur ce personnage, la bibliographie est considérable. On se reportera en priorité à Pierre-André TAGUIEFF, « Sélectionnisme et socialisme dans une perspective aryaniste : théories, visions et prévisions de Georges Vacher de Lapouge (1854-1936) », *Mil Neuf Cent*, 18, 2000, p. 7-51 et Jean-Marie AUGUSTIN, *Georges Vacher de Lapouge (1854-1936) juriste, raciologue et eugéniste*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2011.

récemment été mis en lumière, après plusieurs décennies de silence de l'historiographie³³. De fait, les historiens du droit sont longtemps restés silencieux sur cette question pourtant omniprésente dans les systèmes juridiques européens des XIX^e et XX^e siècles. Force est de constater que l'attention de l'historiographie s'est tout d'abord concentrée sur les tristement célèbres législations des années 1930-1940, qui se fondaient sur la « race » pour exclure une partie de la population de ses droits civiques et politiques. Les juristes et sociologues du droit français ayant adopté un prisme historique ont ainsi privilégié l'étude du droit du régime de Vichy³⁴, du système judiciaire³⁵, ou de ses protagonistes, praticiens³⁶ ou professeurs de droit³⁷, pendant les années sombres. Il n'en demeure pas moins que la notion de « race » n'a pas attendu les funestes décennies 1930 et 1940 pour imprégner le droit français et européen³⁸. Depuis l'époque moderne, le droit colonial a constitué un laboratoire confirmant « l'exploitabilité politique de la notion de race », mobilisable pour subordonner à des caractéristiques physiologiques la jouissance des droits civiques et politiques³⁹. Ainsi, au XIX^e siècle, la notion de « race » est mobilisée par les magistrats pour régler des questions d'accession des métis à la citoyenneté, par le biais d'enquêtes et d'expertises ethniques destinées à administrer la preuve du métissage⁴⁰. Dans ces cas de figure, le corps apparaît, comme le note Silvia Falconieri, comme « le centre d'imputation des opérations juridiques de racialisation »⁴¹. Pour de multiples raisons, les praticiens du droit sont donc amenés à connaître, voire à mobiliser, les travaux d'anthropologie physique dans leurs pratiques et leurs discours. Dans le contexte des années 1930 françaises, les travaux du médecin René Martial (1873-1955), eugéniste, théoricien de l'immigration et expert du régime de Vichy en matière de sélection raciale, attirent l'attention de nombreux juristes, avocats ou professeurs de droit. De fait, les expériences coloniales ont ouvert la voie à une législation désireuse, dans l'entre-deux-guerres, de « protéger » la race, à travers des politiques hygiénistes, eugénistes, voire ségrégationnistes dans le cas des États-Unis, de l'Allemagne ou de l'Afrique du Sud. Dans le contexte des états totalitaires des années 1930, une telle velléité de protection de la « race »,

33. Silvia FALCONIERI, « Le droit face à la race. Étude historique des expériences juridiques française et italienne au XX^e siècle », article cité.

34. Parmi de nombreux travaux, voir Bernard DURAND, Jean-Pierre LE CROM et Alessandro SOMMA, *Le droit sous Vichy*, Franfort/Main : Vittorio Klostermann, 2006 et le point très utile de Jean-Pierre LE CROM, « Droit de Vichy ou droit sous Vichy ? Sur l'historiographie de la production du droit en France pendant la Deuxième Guerre mondiale », *Histoire@Politique*, 9, 2009 (en ligne : <<https://www.histoire-politique.fr/index.php?numero=09&rub=dossier&item=95>>).

35. Voir, en dernier lieu, Jean-Paul JEAN (dir.), *Juger sous Vichy, juger Vichy*, Paris : La Documentation française, 2018.

36. Robert BADINTER, *Un antisémitisme ordinaire. Vichy et les avocats juifs (1940-1944)*, Paris : Fayard, 1997 ; Liora ISRAËL, *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Paris : Fayard, 2005.

37. Sur la législation antisémite de Vichy et sa réception par la doctrine juridique, voir Danièle LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF, 1989, p. 252-285 et la réponse de Michel TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », *ibid.*, p. 286-292, ainsi que le numéro thématique « Le droit antisémite de Vichy. Sur l'enseignement de la législation antisémite », *Le genre humain*, 30-31, 1996 ; voir Silvia FALCONIERI, « Le "droit de la race". Apprendre l'antisémitisme à la faculté de droit de Paris (1940-1944) », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 7, 2014 (en ligne : <<https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=1657>>).

38. Julie FETTE, *Practicing Prejudice in French Law and Medicine, 1920-1945*, Ithaca : Cornell University Press, 2012.

39. Silvia FALCONIERI, Jean-Frédéric SCHAUB et Silvia SEBASTIANI, « Racisme : la politique du préjugé », *op. cit.*, p. 610.

40. Emmanuelle SAADA, *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Paris : La Découverte, 2007 ; Bernard DURAND et Éric GASPARINI (dir.), *Le juge et l'outre-mer. Tome III : Médée ou les impératifs du choix*, Lille : Publication du Centre d'histoire judiciaire, 2007 : études de Stéphane BAUDENS, « Le juge et les enfants nés de parent(s) inconnu(s) dans les colonies françaises et italiennes (fin XIX^e siècle à 1945) », p. 75-88 ; Vincente FORTIER, « Entre exclusion et prise en compte : le juge, acteur de la question métisse », p. 33-73 ; Florence RENUCCI, « Le juge et les unions mixtes (colonies françaises et italiennes, fin du XIX^e siècle-1945) », p. 89-106 ; Silvia FALCONIERI, « Droit colonial et anthropologie. Expertises ethniques, enquêtes et études raciales dans l'outre-mer français (fin du XIX^e siècle-1946) », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 15, 2019 (en ligne : <<https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=627>>).

41. Silvia FALCONIERI, « Le droit européen du XX^e siècle face à la race... », article cité

autrefois diffuse, se mue en programme gouvernemental affiché. Texte après texte, les législateurs allemand, italien ou encore français tentent de conférer à la notion de « race » un contenu juridique précis, permettant de construire de nouveaux cadres juridiques propres à rendre opératoire et justifier l'exclusion des nations de catégories entières de populations⁴². Dans la législation coloniale comme dans les législations totalitaires européennes, par conséquent, législateurs comme praticiens du droit contribuent à fonder une vision de l'homme déterminée par ses caractéristiques physiologiques.

Sur le plan idéal, le déterminisme raciologique était également déjà bien présent dans la réflexion théorique des juristes dès le XIX^e siècle. Enraciner le droit dans la « race » pour mieux l'essentialiser : les juristes sont quelques-uns à embrasser un tel credo. La Société d'anthropologie de Paul Broca, par exemple, n'est pas sans compter quelques juristes dans ses rangs, obscurs praticiens comme illustres professeurs de droit. Reste malgré tout qu'ils sont une majorité à rejeter le déterminisme biologique en raison de leur attachement au droit naturel, impliquant que l'homme, doté d'un libre arbitre, puisse faire le départ entre le bien et le mal, indépendamment de sa « race » d'appartenance⁴³. C'est ici la croyance en un certain universalisme qui s'exprime, autant que la foi, tirée des Lumières, en la raison humaine. La réflexion sur la « race », sous la plume des juristes du XIX^e siècle, n'aboutit donc pas nécessairement à un diagnostic d'inégalité entre les « races ». Enfin, au tournant du siècle, les sociologues durkheimiens (et en particulier Célestin Bouglé) entreprennent, dans le contexte de l'affaire Dreyfus, de lutter contre l'explication raciale jusqu'à discréditer ce paradigme qui avait largement dominé le XIX^e siècle, pour proposer une explication de nature purement sociale⁴⁴.

III. Matériaux pour penser la race en droit

L'état actuel de l'historiographie juridique française ainsi que l'étonnement que nous procure le refoulement persistant de la notion de « race » dans les milieux du droit ont emporté notre conviction de la nécessité d'un dossier spécial intitulé « Penser la race en juriste » dont le fil conducteur consiste précisément à interroger un savoir juridique confronté à un système normatif perméable à des considérations raciales. Pour ce faire, nous nous appuyons sur un travail historique et théorique, animé par la conviction que le matériau historique permet de dégager des catégories d'analyse pour décoder et comprendre le présent. Autrement dit, loin de vouloir faire du « présentisme », nous estimons que l'usage critique de l'histoire du droit – un savoir souvent relégué au rang d'une discipline accessoire au sein des études juridiques – s'avère indispensable pour la compréhension du fonctionnement du droit actuel⁴⁵. Qu'est-ce que la « race » pour le juriste ? Que savons-nous au juste des usages de la « race » mobilisée par les juristes entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle ? De quelle manière la « race » a-t-elle été à la source des systèmes et de justifications gouvernant les corps, les biens ou encore les relations interpersonnelles ?

Les périodes sur lesquelles ce dossier se concentre – soit la fin du XIX^e siècle et la fin des années 1930 – constituent à la fois l'apogée de la domination raciale et une époque charnière entre la fin officielle de l'esclavage et l'accession progressive de plusieurs anciennes colonies aux indépendances. Les premiers juristes provenant des colonies vont être formés à un droit

42. Silvia FALCONIERI, Jean-Frédéric SCHAUB et Silvia SEBASTIANI, « Racisme : la politique du préjugé », *op. cit.*

43. Laetitia GUERLAIN, « Culture et usages des savoirs anthropologiques chez les juristes. De quelques apports de l'étude des recensions bibliographiques (XIX^e-XX^e siècles) », *Revue d'histoire des facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 35, 2015, p. 259.

44. Laurent MUCCHIELLI, « Sociologie versus anthropologie raciale. L'engagement décisif des durkheimiens dans le contexte "fin de siècle" (1885-1914) », *Gradhiva*, 21, 1997, p. 77-95.

45. Sur l'histoire critique du droit, Antonio-Manuel HESPANHA, *La cultura giuridica europea. Sintesi di un millennio*, Bologne : Il Mulino, 2013.

métropolitain auquel ils n'hésiteront pas à recourir après les indépendances. Il s'agit également de la période qui précède – et prépare – la mise en place d'un droit ouvertement raciste, notamment avec la promulgation des deux *Statuts des Juifs* du 3 octobre 1940 et du 2 juin 1941, introduisant une restriction dans la jouissance des droits des personnes appartenant à la « race juive ». Nous avons choisi de manière délibérée de nous arrêter en deçà de l'avènement du régime de Vichy. D'une part, la législation antisémite de la période 1940-1944 a davantage fait l'objet de l'attention de l'historiographie juridique. D'autre part, afin de décloisonner l'usage juridique de la « race » de son exceptionnalité, nous estimons qu'il est indispensable de s'arrêter sur d'autres typologies de textes et de contextes. À l'aide de cette démarche, nous souhaitons mettre en lumière la polysémie d'un mot malléable, aux usages multiples, mobilisés de manière répandue, parfois à l'apparence anodine, par les spécialistes français du droit de l'époque considérée.

Ce dossier entend en outre rompre la division traditionnelle du travail entre juristes, spécialistes du droit privé, du droit public et historiens du droit. Sans renoncer aux spécificités des démarches scientifiques propres à chaque discipline, il nous a paru indispensable de faire en sorte que l'historien du droit et le juriste « positiviste » mènent un travail commun sur les sources mobilisant la notion de « race ». Le rapprochement de deux regards, du positiviste et de l'historien peut aider à déceler les éventuelles persistances des opérations de *racialisation* dans le droit français contemporain.

Nous nous proposons, en outre, de rapprocher le droit des autres sciences sociales, en promouvant le dialogue interdisciplinaire dans l'analyse d'un sujet qui perdrait en complexité sans l'apport de l'historien, de l'anthropologue, du sociologue⁴⁶. Ce dossier mobilise ainsi au total quatre textes écrits par des juristes universitaires faisant appel explicitement ou implicitement au concept de « race ». Publiés entre 1899 et 1939, les textes étudiés bénéficient du double regard d'un juriste et d'un chercheur en sciences sociales. L'exercice rend compte de la manière dont la doctrine juridique francophone se saisit de la question raciale à une époque où elle exerce une influence croissante sur les questions politiques et juridiques et sur les modèles épistémologiques. Il n'échappe à aucun des auteurs de ce dossier que les juristes dont les textes sont discutés incarnent eux-mêmes les formes de domination sociale qui leur sont consubstantielles (il s'agit d'hommes, issus pour la plupart de la bourgeoisie et fermement attachés à la supériorité blanche).

Le dossier se compose ainsi d'un extrait du *Droit pur* d'Edmond Picard, publié en 1899, commenté par Laetitia Guerlain et Claude Blanckaert ; de l'introduction au *Traité sur la condition des indigènes en droit privé* (1927) de Henry Solus, commenté par Isabelle Merle et Lionel Zevounou ; des « Généralités » qui ouvrent l'étude que Paul Esmein consacre au Code de la famille de 1939, parue dans les pages de la *Gazette du Palais*, analysé par Silvia Falconieri et Paul-André Rosental ; et enfin, de l'article « Examen critique du racisme allemand », rédigé par Roger Bonnard en 1936, commenté par Guillaume Richard et Guillaume Mouralis.

Le choix d'Edmond Picard, de nationalité belge, pourra peut-être étonner dans ce dossier centré sur des auteurs français. Il nous semblait pourtant important de ne pas négliger ce juriste célèbre. À notre connaissance, il demeure le seul à avoir fait de la « race » le pivot d'une philosophie du droit d'ensemble bien avant les théoriciens des législations racistes européennes des années 1930-1940. Ce qui nous a semblé intéressant, au-delà de l'originalité de sa pensée, était précisément d'offrir un contrepoint au cas français. Le peu d'écho rencontré en France par les vues racialistes d'un juriste pourtant très célèbre est une attitude qui en dit long sur la volonté affichée des juristes français de ne pas sortir ouvertement du cadre républicain.

46. En particulier le numéro « Penser avec le droit », dir. par Guillaume CALAFAT, Arnaud FOSSIER et Pierre THEVENIN, *Tracés. Revue de sciences humaines*, 27, 2014 (<<https://journals.openedition.org/traces/6040>>).

Le Traité sur la condition des indigènes en droit privé d'Henry Solus publié en 1927 a été choisi en raison du parcours de ce juriste longtemps laissé dans l'oubli qui, tout en figurant parmi les spécialistes de droit colonial les plus réputés de la première moitié du XX^e siècle, enseigne le droit civil et processuel, avant de donner des cours de droit colonial. De Solus, on retient généralement le second aspect au détriment du premier ; or, s'il n'est assurément pas l'inventeur du mot « indigène », il en est l'un des systématiciens les plus aboutis. Le différentialisme racial dont il fait usage lui permet de proposer un régime attaché à la catégorie d'indigène, dans l'ensemble des territoires français d'outre-mer. L'utilité d'une telle systématisation n'est plus à démontrer, tant elle permet au pouvoir colonial d'asseoir son emprise sur la gouvernance des corps et plus généralement des rapports interpersonnels qui régissent la société coloniale⁴⁷.

L'étude de Paul Esmein sur le Code de la famille de 1939, paru dans les pages de la *Gazette du Palais*, dévoile des usages « ordinaires » du mot « race » dans le contexte de la Troisième République. Professeur de droit civil, Esmein dresse le commentaire du décret du 29 juillet 1939, plus communément connu sous le nom de Code de la famille, texte très hétérogène et ambigu, inspiré des politiques hygiéniste et nataliste dont la famille devient le pivot. Esmein mobilise la « race », sous différentes acceptions. Son commentaire nous permet ainsi de faire jaillir la polysémie de ce mot au sein d'un même écrit, ainsi que d'insister sur la manière dont il « se glisse » dans les pages des professeurs de droit les plus réputés pour y demeurer longtemps sous silence.

L'extrait de l'ouvrage de Roger Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, datant de 1939, termine cette sélection. L'auteur, témoignant son hostilité à l'égard des régimes démocratiques et plus tard soutien affirmé du régime de Vichy, s'y livre à l'analyse précise et critique de la politique raciale nationale-socialiste. Il présente ainsi la question raciale dans un contexte non colonial, celui de l'Allemagne nazie et de sa politique antisémite. Son étude montre la façon dont le concept de race traverse les conceptions juridiques sous-tendant la législation nazie et contribue à redéfinir la notion de peuple (*Volk*), pour lui donner un sens contraire aux conceptions juridiques admises en France et dans la doctrine juridique allemande antérieure. Pour Bonnard, les constructions savantes déployées par les juristes nazis pour introduire la race comme notion-clé du système juridique ne font que recouvrir d'une lourde tenture l'antisémitisme fanatique du régime. Mais en discutant d'égal à égal les conceptions doctrinales des juristes nazis, il leur donne crédit pour fonder scientifiquement une nouvelle conception du droit ; le racisme y est peut-être pour Bonnard l'élément faible, mais il s'inscrit dans un effort conséquent de refondation pour lequel il témoigne une indéniable fascination.

Dans leur variété et dans leur hétérogénéité, ces auteurs permettent d'interroger les usages possibles de la « race » dans la production savante du droit autant que de mettre en lumière la diversité des manières dont le concept a pu infiltrer le discours doctrinal. En mettant à disposition des juristes intéressés une analyse critique de la « race » à partir des « sources » qui leur sont familières, ce dossier entend sortir de l'idée encore très prégnante selon laquelle le concept de « race » ne serait qu'une exception au sein du discours juridique et qu'il ne serait d'aucune utilité pour son analyse. Une telle discussion jettera quelques jalons, nous l'espérons, pour construire des ponts disciplinaires entre le droit et les autres sciences sociales autour de l'analyse de concepts « gênants » qui – comme la « race » – demeurent encore largement occultés par la littérature juridique.

47. Georges BALANDIER, « La situation coloniale : approche théorique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 11, 1951, p. 44-79 ; Ann Laura STOLER, *Carnal Knowledge and Imperial Power*, Berkeley : University of California Press, 2004.