



HAL
open science

L'arrêt Diop. Une tentative de déconstruction

Lionel Zevounou

► **To cite this version:**

Lionel Zevounou. L'arrêt Diop. Une tentative de déconstruction. Tumultes, 2024, 62, pp.255-272.
hal-04592912

HAL Id: hal-04592912

<https://hal.science/hal-04592912>

Submitted on 29 May 2024

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.

L'arrêt *Diop*

Une tentative de déconstruction

Lionel Zevounou*

Il convient de le dire d'emblée : il n'est en aucun cas question de se prétendre « derridien » et moins encore, exégète de la philosophie de Derrida. Dans le champ de la philosophie française du droit, on dénombre quelques travaux essayant d'établir des passerelles entre la philosophie du droit et la pensée de Derrida¹. *Force de loi. Le « fondement mystique de l'autorité »* (ci-après *Force de loi*) publié en 1994² constitue l'ouvrage par excellence dans lequel Derrida interroge le couple structurant *droit/justice*. Ainsi que l'indique P-Y. Quiviger reprenant un ouvrage ultérieur de Derrida, *Voyoux*³, « *point de justice sans appel à des déterminations juridiques et à la place du droit, point*

* Centre de théorie et analyse du droit (UMR 7074). Je remercie M. Koskas pour ses critiques et Z. Zoubir pour ses conseils, qui m'ont éclairé sur la définition de la déconstruction.

1. Sans prétendre à l'exhaustivité, quelques références : P-Y. Quiviger, « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, n° 30, 2007/2, p. 41-52 ; P. Legrand, *Derrida and Law*, Routledge, 2009 ; S. Tunç Ütebay, *Justice en tant que Loi, justice au-delà de la Loi. Hobbes. Derrida et les Critical Legal Studies*, Paris, L'Harmattan, 2017 ; G. Rezende, *Droit et normativité chez Jacques Derrida*, Mimésis, 2023.

2. J. Derrida, *Force de loi. Le « fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994.

3. J. Derrida, *Voyous*, Paris, Galilée, 2003.

de devenir, de transformation, d'histoire et de perfectibilité du droit qui en appelle à une justice qui pourtant l'excédera toujours⁴ ». Il convient de dire quelques mots sur le contexte de la rédaction de ce livre. *Force de loi* réunit en réalité deux textes. Le premier – qui a donné son titre à l'ouvrage – a été rédigé à la demande de Drucilla Cornell (1950-2022), féministe, professeure de sciences politiques et de littérature comparée, en vue d'être présenté lors du colloque qui s'est tenu en octobre 1989 à la Cardozo Law School sur le thème « Deconstruction and the possibility of Justice⁵ ». C'est ce même thème qui nourrira les travaux ultérieurs de Drucilla Cornell sur la manière dont féminisme, interprétation juridique et déconstruction peuvent se combiner afin de mener à davantage d'émancipation⁶.

Le second texte, « Prénom de Benjamin », qui compose *Force de loi* est un commentaire de *Zur Kritik der Gewalt* (Critique de la violence) de Walter Benjamin⁷, écrit à l'occasion d'un autre colloque, qui s'est tenu à l'University of California Los Angeles sur le thème « Le nazisme et la "solution finale". Les limites de la représentation ». Derrida y a lu sa communication le 26 avril 1990. Si les deux textes sont liés par le thème de la violence structurante préalable à l'institutionnalisation du droit, seul le premier, consacré à la déconstruction et à la possibilité de la justice, retiendra notre attention. Comment concilier l'idée apparemment contre-intuitive selon laquelle la déconstruction pourrait, dans une certaine mesure, tendre vers la « justice » ? La première (la déconstruction) est perçue *a priori* comme une entreprise nihiliste, remettant en question la possibilité même d'une existence des valeurs ; la prétention à l'absolu de la seconde (la justice, si tant est qu'elle puisse exister) semble exclure le nihilisme supposé de la première.

4. P.-Y. Quiviger, « Derrida : de la philosophie au droit », *op. cit.*, p. 42-43.

5. D. Cornell, M. Rosenfeld, D. Gray Carlson (dir.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, 2016.

6. D. Cornell, *Moral Images of Freedom: A Future for Critical Theory*, Rowman & Littlefield Publishers, 2007.

7. « Prénom de Benjamin », dans J. Derrida, *Force de loi*, *op. cit.*, p. 67-134.

Dans le contexte de la fin des années 1980, les Critical Legal Studies (CLS)⁸ font en effet l'objet de vives critiques. Résumé de manière grossière, ce courant soutient que le droit ne serait que le reflet plus général de la domination, sous toutes ses formes. Partant de cette hypothèse, un certain nombre de courants, dont la Critical Race Theory (CRT), lui reprochent sa propension au déterminisme. Si l'horizon possible du système juridique n'est qu'un horizon de domination, y a-t-il possibilité pour les classes opprimées de pouvoir s'émanciper à partir du droit ? Une autre critique remet en cause la déconstruction qui est au cœur de la démarche des CLS : celle-ci engendrerait une forme de nihilisme radical qui saperait les valeurs sociétales essentielles⁹. La critique vise ici une lecture postmoderniste dans sa version juridique incarnée par les CLS. Ainsi, dans sa variante radicale, la déconstruction s'apparenterait à un exercice purement spéculatif n'ayant d'autre but que celui de la contestation des hiérarchies, quelles qu'elles soient. Cet éclairage apparaît nécessaire pour saisir du côté des CLS la généalogie intellectuelle de la démonstration proposée par Derrida dans *Force de loi*. La déconstruction pratiquée dans le champ juridique par les CLS peut-elle être autre chose qu'une simple dénonciation des hiérarchies, voire l'affirmation d'un simple déterminisme ? Peut-elle servir de base à des horizons émancipateurs ?

Telle est la question que Derrida formule d'emblée dans *Force de loi* : « est-ce que la déconstruction assure, permet, autorise la possibilité de justice ? Est-ce qu'elle rend possible la justice ou un discours conséquent sur la justice et sur les conditions de possibilité de la justice¹⁰ ? ». À cette interrogation redoutable, il tente d'apporter un début de réponse en essayant de situer les travaux des CLS, ceux de Drucilla Cornell et d'autres, dans une forme de déconstruction visant à « avoir des conséquences », c'est-à-dire *changer* les choses. Pour le dire dans les mots de Derrida, on ne peut y parvenir que d'une

8. Par commodité de langage, on emploie le terme CLS de manière englobante, tout en précisant qu'il existe plusieurs variantes intellectuelles de ce courant.

9. D. Farber, S. Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*, Oxford University Press, 2007.

10. J. Derrida, *Force de loi...*, *op. cit.*, p. 14.

manière *oblique* c'est-à-dire « sans parler directement de la justice, thématiser ou objectiver la justice, dire “ceci est juste” et encore moins “je suis juste” sans trahir immédiatement la justice, sinon le droit¹¹ ». De fait, « (...) un questionnement déconstructif est (...) de part en part un questionnement sur le droit et la justice. Un questionnement sur les fondements du droit, de la morale et de la justice¹² ». Loin d'abdiquer devant la poursuite d'un idéal de justice comme veulent le faire croire les partisans d'un nihilisme, Derrida montre que la déconstruction ouvre un espace pour en penser le contenu. Cela exige à la fois « (...) un questionnement sur l'origine, les fondements et les limites de notre appareil conceptuel théorique ou normatif¹³ » et la possibilité de suspendre (provisoirement) notre jugement lorsque nous analysons les valeurs charriées par une norme, le temps d'en montrer les limites et les horizons possibles d'évolution. Cette tension, au cœur du *questionnement déconstructif*, ne constitue pas, Derrida essaie de le montrer, un renoncement à la « justice » : elle en est la condition. Telle qu'elle est esquissée ici, la déconstruction, au sens derridien, nécessite une rigueur intellectuelle et la maîtrise de sa pratique philosophique. Elle consiste, en partant d'oppositions traditionnelles structurantes (essence/apparence, masculin/féminin, droit/violence, etc.), à montrer comment le terme valorisé s'est posé comme le fondement ou l'origine de l'autre. À l'origine, il n'y a donc pas d'identité, mais bien une *différance*, un rapport interne entre une réalité et l'altérité. Nous l'avons dit, nous n'avons pas la prétention de nous engager dans un tel exercice. L'ambition est plus modeste. Il s'agit pour nous de revenir sur l'analyse d'une injustice originelle fondée sur le refus par l'État, au mépris du prix du sang, de reconnaître l'universalisation des pensions.

L'arrêt *Diop* a mis fin à la pratique administrative validée dans un texte législatif et qualifiée de « cristallisation des pensions¹⁴ ».

11. *Ibid.*, p. 26.

12. *Ibid.*, p. 22.

13. *Ibid.*, p. 45.

14. On parle de cristallisation pour désigner la pratique par laquelle la liquidation des pensions civiles et militaires versées par l'ancienne métropole n'était, contrairement aux pensions liquidées au profit des ressortissants nationaux, pas indexée sur

Prenant prétexte de l'indépendance l'État français a, à partir de 1958, gelé le montant de la créance (pensions) due aux ressortissants de ses anciennes colonies ayant perdu la nationalité française, qui se sont vu retirer le bénéfice d'une pension « normale » : anciens combattants vietnamiens, cambodgiens (1958), tunisiens, marocains (1959) et de l'Afrique occidentale et équatoriale française (1974)¹⁵.

À chaque fois, le même dispositif juridique : le ministère des Finances et des Anciens Combattants fait adopter un projet de loi de finances ayant pour but de « geler » les pensions des ressortissants des anciennes colonies. La « cristallisation des pensions » est l'expression consacrée pour désigner le traitement légal différencié et discriminatoire institué après les indépendances concernant le paiement des pensions entre les anciens combattants originaires de la métropole et ceux des colonies. Le critère de la nationalité se substitue dès lors au long processus de construction de l'altérité opérée au sein de l'armée française entre soldats indigènes et français. L'emploi du terme *cristallisation* permet de passer sous silence le continuum historique des injustices raciales qui émaillent la gestion discriminatoire des soldats indigènes, de la Première Guerre mondiale, à la haine entretenue par l'Allemagne ou le Royaume-Uni quant à l'emploi de forces indigènes sur le sol européen, considéré comme une trahison de la « race européenne » (à l'issue de l'occupation de la rive droite du Rhin en 1918) en passant par le massacre de Thiaroye le 1^{er} décembre 1944¹⁶. On mesure la charge historique et symbolique

l'évolution du pouvoir d'achat. Ce dispositif repose sur trois textes législatifs. Par souci de commodité, on emploiera le terme de pension de manière générique. Il s'agit en réalité des pensions militaires d'invalidité, de la retraite du combattant, des avantages acquis au titre du Code des pensions civiles et militaires de retraite, des traitements liés à la Légion d'honneur et à la médaille militaire.

15. Voir le numéro thématique de la revue *Plein droit, Les spoliés de la décolonisation*, n° 56, 2003/1.

16. Voir notamment S. Soubrier, *Races guerrières. Enquête sur une catégorie impériale (1850-1918)*, Paris, CNRS éditions, 2023 ; E. Blanchard, « Quand les soldats coloniaux se révoltaient (1944) », dans Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (dir.), *Mémoire des luttes de l'immigration en France*, 2022, p. 50-54 ; A. Guyon, « De l'Afrique à la Rhénanie, une "paix illusoire" », dans A. Guyon (dir.), *Les tirailleurs sénégalais. De l'indigène au soldat de 1857 à nos jours*, Paris, Perrin,

qui s'attache au contentieux portant sur les discriminations liées aux pensions des anciens combattants originaires des colonies¹⁷. Cet article n'a pas pour ambition d'en proposer une étude exhaustive ; il n'entre pas davantage dans les complexités administratives qui ont pu en résulter, notamment l'exercice du pouvoir discrétionnaire (et souvent discriminatoire) de l'administration concernant le versement desdites pensions dans les anciennes colonies¹⁸.

L'arrêt *Diop* a été présenté comme la décision « modèle » faisant application des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (en l'occurrence, l'article 14 et 1^{er} du protocole additionnel) à un texte législatif¹⁹. Le juge étend par conséquent son contrôle de conventionnalité, en faisant application du droit de cette convention européenne. Par cette reconnaissance, la pension de retraite des anciens combattants originaires des anciennes colonies est désormais assimilée à un droit de créance sur l'État français.

Nous voudrions, à partir du cas emblématique *Diop* (construit comme tel à travers la qualification doctrinale de « Grands arrêts »), interroger les limites du langage juridique antiraciste contemporain en droit français. Tel qu'il ressort de la jurisprudence, ce langage s'ingénie à taire la « race » au profit de l'usage parcimonieux de la « discrimination » voire d'un recours plus abondant au principe

« Hors collection », 2021, p. 144-183 ; M. Mourre, *Thiaroye 1944. Histoire et mémoire d'un massacre colonial*, Rennes, PUR, 2017.

17. En soi, il s'agirait d'un travail de recherche à part entière, croisant les archives du ministère des Armées et du ministère des Finances, les possibles recours introduits à titre gracieux, les pratiques administratives liées au pouvoir discrétionnaire de l'administration dans la gestion des anciens combattants originaires des colonies (circulaires, décisions, notes de service, etc.).

18. C. Evrad, « La dé cristallisation des pensions des anciens militaires africains : et après », *Plein droit*, n° 121, 2019/2, p. 40-44.

19. B. Vial, « La fin de 42 ans de cristallisation des pensions des anciens combattants étrangers ? », *LPA*, 12 avr. 2002, p. 13 ; C. Moniolle, « Pensions publiques : censure de la discrimination fondée sur la nationalité », *AJFP*, n° 3, 2002, p. 29 ; I. Daugareilh, « L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions militaires avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RDSS*, n° 3, 2002, p. 611 ; P. Wachsmann, « Les lois instituant des discriminations selon la nationalité devant le Conseil d'État », *RTDH*, n° 53, 2003, p. 303.

d'égalité. Alors qu'il existe quantité de textes (nationaux, européens et internationaux) protecteurs dans le domaine des discriminations raciales, les juges nationaux rechignent à les mettre pleinement en application. L'hypothèse de cette contribution est d'interroger cette non-reconnaissance de la discrimination raciale. En d'autres termes, on voudrait montrer comment ce qui, au regard du droit international ou européen, relève *a priori* du régime de la discrimination raciale²⁰ aboutit en droit interne à la qualification plus neutre de « discrimination » ou – dans ses expressions les plus fortes – de « discrimination en raison de la nationalité ou de l'origine ».

L'arrêt *Diop* agrège précisément deux grammaires : celle de l'égalité qui efface l'expression du racisme et celle de la « discrimination » qui en reconnaît implicitement l'existence à travers la consécration (au regard du droit de la convention européenne des droits de l'homme) d'une discrimination *en raison de la nationalité*. Cette coexistence est l'aboutissement d'un compromis cherchant à faire tenir ensemble l'inexistence juridique des effets liés au racisme et les instruments antiracistes internationaux, tout en se conformant *a minima* à ces derniers. Ces deux grammaires sont volontairement entremêlées dans l'arrêt *Diop*. De fait, le présent texte constitue moins un travail sur Derrida qu'une réflexion critique appliquée au matériau juridique sur les frontières de l'antiracisme contemporain. Tracer ces frontières c'est aussi faire état des limites inhérentes à la possibilité de traduire juridiquement l'expérience raciste dans le droit français.

Quand la nationalité justifie l'ethnonationalisme

En 1994, on dénombre dans les anciennes colonies 754 titulaires de pensions civiles de retraite, 70 608 titulaires de pensions militaires de retraite et 41 080 titulaires de pension d'invalidité²¹. Le contentieux relatif à la « cristallisation » des pensions débute, lui, en 1970, lorsque deux veuves d'un ancien

20. Par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

21. Conclusions P. Martin sous l'avis d'assemblée, CE, 15 avr. 1996, *Doukouré*, n° 176399, p. 2.

militaire sénégalais demandent à l'administration française une pension de réversion qui leur est refusée. L'arrêt d'assemblée *Diop* ne tranchera définitivement cette question que le 30 novembre 2001, soit 31 ans plus tard. Les litiges concernant la cristallisation des pensions de plusieurs ressortissants des anciennes colonies françaises prennent leur source en particulier dans l'article 71-I et III de la loi de finances du 26 décembre 1959. Cette disposition s'oppose au bénéfice d'un reversement de pension aux ayants droit d'un ancien combattant. Dans l'arrêt *Tamba Samoura* de 1974²², le Conseil d'État juge irrecevable la demande de réversion d'une pension, au motif que l'État dont sont originaires les requérantes – en l'occurrence le Sénégal –, était toujours membre de la Communauté française l'année du décès du conjoint des requérantes²³. Pour bénéficier d'une telle réversion, les conclusions conformes de l'arrêt ajoutent une condition supplémentaire : la résidence sur le territoire français. L'arrêt ayant été rendu à une époque où la Constitution du 4 octobre 1958 n'avait pas encore été modifiée dans ses articles concernant l'outre-mer, le commissaire du gouvernement Morisot rappelle bien le vieux stigmatisme colonial entre nationalité et « citoyenneté²⁴ » : « (...) si l'article 77, alinéa 2 de la constitution dispose qu'il n'existe qu'une citoyenneté de la Communauté, le contenu de cette citoyenneté n'a jamais été défini et, de toute manière le droit à pension est lié par l'article L 58 du Code des pensions civiles et militaires de retraites, à la conservation de la nationalité française, ce qui exclut les personnes qui ont perdu cette nationalité même si elles conservent la citoyenneté (notion différente) d'un ensemble dont la France fait partie²⁵ ».

22. CE Sect., 15 févr. 1974, *Dames Veuves Tamba Samoura*, n° 84 423 et 84 424.

23. L'article 71-1 conditionne le versement éventuel d'une pension de retraite aux ayants droit à la sortie de l'État de la Communauté française : conclusions Morisot sous l'arrêt *Tamba Samoura*, 15 févr. 1974, n° 84423 et 84424, p. 4

24. En l'occurrence une citoyenneté qui n'est pas sans évoquer la vieille distinction entre indigènes et métropolitains. Voir E. Saada, « Un racisme de l'expansion. Les discriminations raciales au regard des situations coloniales », dans E. Fassin (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 55-71 ; E. Saada, « Nationalité et citoyenneté en situation coloniale et post-coloniale », *Pouvoirs*, vol. 160, n° 1, 2017, p. 113-124.

25. Conclusions Morisot sous l'arrêt *Tamba Samoura*, 15 févr. 1974, *op.cit.*, p. 9.

Le 30 décembre 1974 est adoptée une loi de finances prévoyant que les pensions des militaires sénégalais ne relèveront plus du régime du Code des pensions²⁶. La rédaction de l'article 63 de cette loi s'inspire directement de la jurisprudence du Conseil d'État *Veuves Tamba Samoura* de 1974, évoquée plus haut. En dépit de deux jugements favorables rendus en 1980 et 1982 par le tribunal administratif de Poitiers, le ministère des Finances fait adopter en 1981 une loi validant de manière rétroactive le gel des pensions des anciens combattants sénégalais²⁷. La référence à la nationalité fonde ici le privilège du national permettant d'instituer en droit et en fait une discrimination entre anciens combattants.

La saisine du comité des droits de l'homme des Nations Unies

Entre 1985 et 1987, un collectif d'anciens combattants sénégalais (742 retraités sénégalais de l'armée française) saisit le comité des droits de l'homme des Nations Unies. Cette saisine intervient du fait de l'impossibilité de satisfaire leurs prétentions dans l'ordre juridique français²⁸. Les auteurs de la saisine estiment avoir été victimes de discrimination raciale :

« [sur le terrain, l'administration française leur oppose que] :

1) *Au Sénégal, l'état civil est mal tenu et la fraude est monnaie courante ; 2) Les créanciers de la pension, c'est-à-dire les auteurs, sont des Noirs qui vivent dans un pays sous-développé et n'ont donc pas besoin d'autant d'argent pour vivre que les créanciers de la pension vivant dans un pays développé comme la France. Les auteurs se disent consternés que l'État partie puisse faire valoir que le créancier n'étant pas riche et vivant dans un pays pauvre, le débiteur peut diminuer sa dette en fonction du degré de besoin et de pauvreté de son créancier, argument qui, à leur avis, heurte non seulement les*

26. Loi de finances n° 74-1129 décembre 1974, article 63.

27. Loi n° 81-1179 du 31 déc. 1981 (article 22).

28. Puisqu'il s'agissait d'une loi, les requérants se trouvaient dans l'impossibilité de contester la légalité de cette disposition législative au regard du droit interne.

*principes de droit les plus élémentaires, mais aussi la morale et l'équité*²⁹. »

L'argument lié à la différence de niveau de vie, justifiant la différence de liquidation des pensions, sera à nouveau exprimé dans les conclusions du Commissaire du gouvernement sous l'arrêt *Diop*³⁰. Le 3 avril 1989, le Comité des droits de l'homme formule son constat. S'il prend « note » de l'affirmation de discrimination raciale évoquée par les requérants, le Comité estime qu'ils n'en apportent pas la preuve. Leur requête va néanmoins être satisfaite par d'autres arguments.

Le Comité fait le constat d'une violation de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.* » Ce texte soulève au moins deux difficultés, écartées par le Comité. La première est que le droit à pension ne figure pas explicitement dans le contenu des discriminations énumérées à l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques³¹ ; la seconde difficulté est liée au critère de la nationalité utilisé par le gouvernement français comme condition supposément objective permettant de jouir du régime métropolitain en

29. *Ibrahima Gueye et diverses autres personnes c. France*, Communication n° 196/1985, UN Doc. CCPR/C/5/D/196/1985/(1989), § 8.2.

30. Conclusions Jean Courtial, *RFDA*, mai-juin 2002, p. 573-580, spéc. p. 579-580 : « *La demande tendant à une révision de l'allocation versée à M. Diop et au paiement d'un arriéré majoré d'intérêts, ne nous semble pas fondée dès lors qu'il résulte de l'instruction que cette allocation a été revalorisée de 65 % depuis 1975 dans le cadre du dispositif d'adaptation par décrets prévue par le paragraphe III de l'article 71 et qu'en termes de pouvoir d'achat au Sénégal, elle a toujours été très supérieure à une pension de retraite servie à un retraité titulaire de droits équivalents résidant en France.* »

31. Le gouvernement français soutenait par ailleurs que le droit à pension relevait davantage du Pacte sur les droits sociaux et culturels.

matière de pensions. Le Comité écarte la première difficulté en incluant le droit à pension dans l'expression « *toute autre situation* » figurant à l'article 26. Le critère de l'appartenance nationale est aussi écarté. Certes, le Comité admet qu'en soi, la nationalité ne constitue pas un critère explicitement exclu par l'article 26 du Pacte, pour autant qu'il soit fondé sur des critères raisonnables et objectifs. Tel n'est pas le cas en l'espèce, s'agissant de la cristallisation des pensions :

« Pour établir si le traitement des auteurs est fondé sur des critères raisonnables et objectifs, le Comité note que ce n'était pas la question de la nationalité qui avait déterminé l'octroi de pensions aux auteurs, mais les services rendus dans le passé par les intéressés. Ils avaient servi dans les forces armées françaises dans les mêmes conditions que les citoyens français ; pendant les 14 ans qui ont suivi l'indépendance du Sénégal, ils ont bénéficié du même traitement que leurs homologues français aux fins des droits à pension, malgré leur nationalité sénégalaise et non française. Un changement ultérieur de nationalité ne peut en soi être considéré comme une raison suffisante pour justifier une différence de traitement, vu que la base retenue pour l'octroi de la pension était les services identiques qu'avaient rendus les auteurs et les militaires qui étaient demeurés français. Les différences de situation économique, financière et sociale entre la France et le Sénégal ne peuvent pas non plus être invoquées comme justification légitime. Si l'on comparait le cas des militaires de nationalité sénégalaise à la retraite, vivant au Sénégal, et celui des militaires de nationalité française à la retraite vivant au Sénégal, il apparaîtrait qu'ils jouissent des mêmes conditions économiques et sociales (...)»³². »

L'avis rendu par le Comité va servir de ressource argumentative permettant d'introduire (pour les anciens combattants d'outre-mer) de nouveaux recours juridictionnels devant le juge administratif.

³². *Ibrahima Gueye et diverses autres personnes c. France*, Communication n° 196/1985 UN Doc. CCPR/C/5/D/196/1985/(1989), § 9,5, *op. cit.*, note G.-C. Jonathan, *AFDI*, 1989, XXXV, p. 424-429.

Le quiproquo de l'avis *Doukouré*

C'est à la suite du constat du comité, lequel a donné lieu à plusieurs recours, que l'assemblée contentieuse du Conseil d'État rend au milieu des années 1990 un avis sur l'interprétation de l'article 71-1 modifié de la loi de finances de 1959. En l'occurrence, Madame Doukouré, veuve d'un ancien second maître de la marine nationale, percevait une pension de réversion qui a été cristallisée au 1^{er} janvier 1975. Devant le tribunal administratif de Poitiers, elle invoque l'illégalité de cette disposition législative (la loi de finances du 31 décembre 1974) au regard de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques à la suite du constat émis par le Comité des droits de l'homme. Le Commissaire du gouvernement désigné dans cette affaire, P. Martin, opère une équivalence entre l'existence d'une discrimination fondée sur le critère de la nationalité reconnue comme disproportionnée par le Comité des droits de l'homme, et l'interprétation traditionnelle de la violation du principe d'égalité en droit public français³³. De là, le Commissaire du gouvernement propose à l'assemblée contentieuse de reconnaître l'applicabilité directe de l'article 26 en l'espèce. La condition de nationalité pour jouir d'une pension ou de sa réversion serait, selon cette nouvelle ligne d'interprétation, contraire au « principe d'égalité³⁴ ». Ce raisonnement ne sera pas suivi par l'assemblée du contentieux. Reprenant les arguments du gouvernement français devant le Comité des droits de l'homme, le Conseil d'État estime que l'invocabilité de l'article 26 sur le Pacte relatif aux droits civils et politiques ne peut être étendue au droit à pension³⁵.

33. CE, Avis., Ass., 15 avr. 1996, *Mme Doukouré*, n° 176399, conclusions P. Martin, *op. cit.*, p. 4 : « S'agissant de l'article 26, il nous paraît certain, tout d'abord, que cet article n'est pas une clause de non-discrimination absolue, mais une affirmation du principe d'égalité plus souple. »

34. Le Commissaire du gouvernement se fonde sur l'arrêt bien connu du Conseil d'État : CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c. Levy*, Rec. p. 157 dans lequel le juge administratif reconnaît l'illégalité du versement de prestations familiales par la Ville de Paris conditionné par le critère de nationalité. Voir conclusions P. Martin, *op. cit.*, p. 21.

35. CE, Avis., Ass., 15 avr. 1996, *Mme Doukouré*, n° 176399, *op. cit.* Voir la critique de F. Sudre : « La portée du droit de la non-discrimination : de l'Avis d'assemblée du

L'interprétation restrictive de l'avis d'assemblée cherchant à éviter de qualifier de discriminatoire le dispositif législatif de cristallisation ne va toutefois pas suffire à vider le problème de sa substance, au contraire. Saisie d'un cas analogue aux discriminations des anciens combattants (discrimination en raison de la nationalité), la Cour européenne des droits de l'homme va reconnaître, sur le fondement des articles 14 et 1 de la CESDH, l'illégalité de l'argument tiré du critère de la nationalité opposé par le gouvernement autrichien à un ressortissant turc ayant travaillé en Autriche³⁶. Le requérant demandait le bénéfice d'une allocation chômage d'urgence justifiée en ce qu'il avait légalement travaillé sur le territoire autrichien entre 1973 et 1984³⁷. Le bénéfice d'une telle prestation lui est refusé par le gouvernement autrichien en raison de l'appartenance nationale du requérant. La Cour européenne des droits de l'homme qualifie de discriminatoire la mesure conditionnant l'obtention d'un droit-crédence à l'acquisition préalable de la nationalité.

Un revirement en trompe-l'œil

C'est dans ce contexte que la Cour administrative d'appel de Paris est dès 1996 saisie du recours formé par M. Diop, ancien combattant sénégalais, sa demande de décristallisation de sa pension de retraite au regard des articles 14 et 8 de la CESDH ayant été déboutée la même année en première instance par le tribunal administratif de Paris. Réunie en formation plénière, la Cour administrative d'appel va se rallier à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Reprenant le raisonnement proposé dans l'arrêt *Gaygusuz*, le Commissaire du gouvernement B. Phémolant suggère aux juges d'appel de reconnaître l'illégalité du critère de la nationalité s'agissant du droit à pension à l'aune des

Conseil d'État du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* », *RFDA*, sept/oct. 1997, p. 966-976.

36. CEDH, 31 août 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 39/1995/545/631.

37. *Ibid.*, § 42-52.

articles 14 et 1 CESDH³⁸. Deux ans plus tard, l'arrêt du Conseil d'État *Diop* se rallie à l'interprétation de la Cour administrative d'appel de Paris.

Cette victoire n'est en réalité qu'apparente. La même année, le Premier ministre L. Jospin commande à l'ancien ministre, Anicet le Pors, la rédaction d'un rapport sur les suites à donner à l'arrêt *Diop*. Le rapport ne verra jamais le jour. Un décret et un arrêté sont publiés le 3 novembre 2003 afin de donner une suite concrète à l'arrêt *Diop*³⁹. Ces deux textes réglementaires modulent le montant des pensions versées en fonction du pays de résidence des anciens combattants, ce qui revient d'une autre manière à consacrer les arguments exprimés dans les conclusions présentées par J. Courtial devant l'assemblée du Conseil d'État *Diop*, selon lesquels une telle modulation ne serait pas contraire aux articles 14 et 1 du protocole de la CESDH. Cette pratique minorant le bénéfice de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (mais répondant aux arguments budgétaires du ministère des Finances) trouve une consécration jurisprudentielle dans un arrêt de section rendu en 2006, dans lequel le GISTI (Groupement d'information et de soutien des immigrés) conteste la légalité des deux textes réglementaires pris par le gouvernement en 2003 en application du I de l'article 68 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2002 (modifiant les dispositions antérieures relatives à la cristallisation des pensions). Le recours du GISTI est rejeté au motif que les nouveaux critères de « résidence » et de « parité d'achat » ne violent nullement les articles 14 et 1 du protocole de la CESDH⁴⁰.

38. Conclusions B. Phémolant sous CAA Paris, *M. Diop*, 23 juin 1999, n° 96 PA 04135.

39. Décret n° 2003-1044 du 3 novembre 2003 *pris pour l'application de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 instituant un dispositif de révision des prestations versées aux ressortissants des pays placés antérieurement sous la souveraineté française résidant hors de France*, NOR : BUDB0350065D.

40. CE, Sect., 18 juil. 2006, *GISTI*, n° 274664. L'arrêt indique : « (...) que les dispositions des I, II et III de cet article poursuivent un objectif d'utilité publique en étant fondées sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet de la loi ; que si le critère de résidence susmentionné n'est pas applicable aux ressortissants français qui résidaient à l'étranger à la date de liquidation de leur pension, cette

Il faut ainsi se risquer, s'agissant de la jurisprudence *Diop*, à systématiser le processus ayant conduit à plusieurs acceptations de l'articulation entre principe d'égalité et principe de non-discrimination. Dans un premier temps, la jurisprudence ne fait aucune place aux revendications exprimées par les anciens combattants originaires d'Afrique subsaharienne. On serait même tenté de dire que le Conseil d'État valide la discrimination entre nationaux et « étrangers »⁴¹. La nationalité est interprétée comme la condition *sine qua non* du bénéfice des avantages attachés à la jouissance des pensions des anciens combattants d'outre-mer. Ce dispositif reproduit en creux le clivage colonial antérieur entre nationaux et indigènes. La discrimination instaurée entre anciens colonisés et ressortissants métropolitains peut par conséquent perdurer.

En qualifiant le dispositif législatif national de discriminatoire à la lumière de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques, l'avis du Comité des droits de l'homme introduit une alternative à la « doctrine » Morisot. Il remet en cause la possibilité légale d'une

différence de traitement, de portée limitée, relève de la marge d'appréciation que les stipulations précitées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réservent au législateur national, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait l'ajustement à la baisse des pensions déjà liquidées de ces ressortissants français qui ont vocation à résider en France ; que, par suite, les dispositions des I, II et III de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, ainsi que celles du décret et de l'arrêté contestés qui ont été prises pour leur application, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Le Conseil constitutionnel se ralliera à cette dernière interprétation du Conseil d'État : dans la Décision 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L* le Conseil constitutionnel juge contraire à la constitution et au principe d'égalité, une disposition ayant pour effet d'instaurer une différence de traitement entre ressortissants algériens et français en matière de pension de retraite. Pour autant, le Conseil valide au § 9 de sa décision les critères de « résidence » et de « parité d'achat » consacrés par le Conseil d'État. Voir S. Slama, « Cristallisation des pensions et contrôle de constitutionnalité : le milieu du gué de la QPC n° 1 », *Constitutions*, 2010, p. 441.

41. Je mets ici le mot étranger entre guillemets, car l'arrêt *Veuve Tamba Samoura* procède comme si la nouvelle qualification « d'étranger » n'avait jamais été inscrite dans des rapports de domination coloniaux antérieurs.

discrimination entre anciens combattants français et sénégalais fondée sur la nationalité et le niveau de vie. Ces deux critères ne résistent pas à l'analyse quand on compare les pensions des anciens combattants sénégalais et français perçues sur le même territoire (au Sénégal en l'occurrence), qui manifestent un traitement inégalitaire. La justification tirée de la différence de « niveau de vie » s'écroule, jetant une lumière crue sur le seul critère de l'origine « raciale ». Les premières tentatives d'introduire cette nouvelle interprétation échouent, ainsi qu'en témoignent les conclusions contraires du Commissaire du gouvernement P. Martin sous l'avis *Doukouré* rendu en 1996. Quoique contraires, ces conclusions amorcent une seconde évolution qui remet partiellement en cause le système discriminatoire antérieur.

En proposant une interprétation restrictive – et donc contraire à celle du comité des droits de l'homme – de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques dans l'avis *Doukouré*, le Conseil d'État parvient un certain temps à maintenir en l'état la doctrine « Morisot ». La contrainte décisive qui va conduire au revirement de l'arrêt *Diop* – c'est le second temps de l'évolution – provient de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui examine scrupuleusement les justifications apportées au critère de la nationalité par les États à l'aune des articles 14 CESDH. Aussi, le revirement opéré par l'arrêt *Diop* s'inscrit-il formellement dans cette nouvelle ligne d'interprétation. Il faut bien insister sur le terme *formellement*, car le considérant de principe du Conseil d'État n'évoque jamais explicitement le terme de « discrimination » ; il propose plutôt (reprenant les conclusions contraires du Commissaire du gouvernement P. Martin dans l'avis *Doukouré*) une translation de l'interprétation de l'article 14 CESDH vers le principe plus général d'égalité en droit public ; cette adaptation ouvre la porte à la réintroduction de justifications « *objectives et raisonnables* » (ce qui évacue l'examen de la proportionnalité de la mesure).

Cette lecture accommodante permet au gouvernement de proposer une adaptation du dispositif discriminatoire antérieur afin de

l'asseoir sur de nouveaux critères « *objectifs et raisonnables* » : résidence et parité d'achat. Validée par le Conseil d'État en 2006, cette nouvelle interprétation est à l'origine d'une troisième évolution : là où la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité du même nom estiment que la jouissance du droit à pension doit pouvoir se réaliser sans entrave de quelque nature, le juge administratif tolère qu'il soit possible de réintroduire ces entraves, pour autant qu'elles paraissent « objectives »⁴². Deux lectures de l'article 14 CESDH s'opposent ainsi : l'une, libérale, l'autre – assimilant violation d'une discrimination et principe d'égalité – plus restrictive et sensiblement moins favorable aux requérants⁴³.

Si la philosophie de Derrida ne semble selon nous d'aucun secours du point de vue de la technique juridique, elle permet toutefois, en réinvestissant cette technique à partir de ses marges historiques, de prendre peut-être la mesure des efforts encore à mener en ce qui concerne la traduction juridique du racisme. Déconstruire, dans le cas qui nous intéresse ici, c'est donc se distancier du processus d'euphémisation consistant à traduire diverses expériences racistes en termes de violation (voire de justification) du principe d'égalité. C'est aussi faire un pas de côté à l'égard de la sophistication du raisonnement juridique qui a pour effet de conduire, si l'on n'y prend garde, à une forme de déréalisation⁴⁴. Le droit comporte nécessairement des effets sociaux. *Diop* charrie, ce faisant, son lot de souffrances humaines liées à la longueur excessive de la procédure laissant dans l'ombre ceux qui n'auront jamais vécu assez longtemps

42. Entendons par là, s'agissant des pensions, qu'à l'image de l'interprétation traditionnelle du principe d'égalité dans la jurisprudence administrative, l'égalité tolère l'existence de différences de situations (ici entre anciens combattants sénégalais et français) justifiées de manière objective lorsqu'elles sont en rapport avec l'objet de la loi.

43. HALDE, 9 oct. 2006, délibérations n° 2006-217 et 2006-218 ; Cour des comptes, Rapport public annuel de 2010, *La décrystallisation des pensions des anciens combattants issus de territoires anciennement sous occupation française : une égalité de traitement trop longtemps retardée*, p. 557-581 : https://www.gisti.org/IMG/pdf/22_decrystallisation-pensions-anciens-combattants.pdf (consulté le 19 mars 2024).

44. D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme juridique », dans *Les usages sociaux du droit*, p. 255.

pour voir leurs revendications satisfaites. De la même manière, *Diop* fait écho aux limites de la traduction dans le langage juridique de l'expérience des victimes du racisme, consubstantielles aux brimades ordinaires de l'administration militaire coloniale.