Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : questions de recherche autour des *Réflexions sur Little Rock* de Hannah Arendt

Stéphanie Hennette Vauchez

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/12575>

DOI : 10.4000/revdh.12575

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Stéphanie Hennette Vauchez, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : questions de recherche autour des *Réflexions sur Little Rock* de Hannah Arendt », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 05 juillet 2021, consulté le 13 juillet 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/12575> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.12575>

Ce document a été généré automatiquement le 13 juillet 2021.

Tous droits réservés

Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : questions de recherche autour des *Réflexions sur Little Rock* de Hannah Arendt

Stéphanie Hennette Vauchez

- 1 L'article intitulé *Réflexions sur Little Rock*¹ rédigé par Hannah Arendt compte parmi ceux des textes académiques qui ont suscité la polémique avant même leur parution². Commandité en 1957 par la revue *Commentary*³, il ne paraîtra finalement qu'en 1959 dans la revue *Dissent*⁴. Globalement, il s'agit d'un papier par lequel, tout en exprimant son soutien à la jurisprudence déségrégationniste de la Cour suprême américaine inaugurée par l'arrêt *Brown v. Board of Education*⁵, Arendt exprime son opposition à la mise en œuvre forcée de la déségrégation raciale.

Le contexte

- 2 Il importe, pour comprendre le texte, de le situer au cœur du mouvement d'intense résistance qu'a suscité l'affirmation juridique centrale de *Brown*⁶ et, plus encore, sa traduction dans les faits au travers du mouvement d'intégration raciale qui, depuis les écoles aux transports publics en passant par les hôtels, restaurants et théâtres⁷, mettra progressivement fin à *Jim Crow*⁸. Cette résistance⁹ fut telle que, dans certains États ou comtés, les autorités préférèrent fermer les écoles publiques que de mettre fin à la ségrégation en accueillant des élèves noirs.

Fermer les écoles plutôt que mettre fin à la ségrégation raciale : l'exemple de Prince Edward County

Dans son ouvrage *Southern Stalemate. Five years without public education in Prince Edward County* (University of Chicago Press, 2011), l'historien Chris Bonastia relate le bras de fer qui s'est déroulé entre l'État de Virginie et le gouvernement fédéral

après qu'à la rentrée de 1959, toutes les écoles publiques du comté aient été fermées, privant ainsi plus de 3000 élèves noirs de tout accès à l'éducation (les élèves blancs se reportant sur une nouvelle école privée blanche). Suite à l'élection de John F. Kennedy, le nouveau procureur général Robert F. Kennedy s'engagea dans une bataille pour faire rouvrir les écoles du comté. Il essuya plusieurs défaites devant les tribunaux (notamment en 1962 et 1963, devant la 4th Circuit Court of Appeals), qui jugèrent que si l'*Equal Protection Clause* de la constitution fédérale américaine prohibait la ségrégation raciale dans les écoles, elle n'imposait nullement qu'un service public de l'éducation soit offert. Dès lors, l'inexistence d'écoles publiques (même lorsqu'elle résultait de décisions de fermetures consécutives à l'arrêt *Brown*) ne pouvait être qualifiée de discriminatoire. Face à ces blocages judiciaires, le procureur général eut des mots très durs, comparant le comté de Prince Edward à la Chine communiste, au Vietnam du Nord, au Sarawak, à Singapour, au Honduras britannique, les « seuls endroits du monde connus pour ne pas offrir une éducation publique gratuite » (discours du 18 mars 1963) et lança un programme d'ouverture d'écoles publiques co-financées par le gouvernement fédéral et des fonds privés afin de contourner ces formes de résistance rencontrées en Virginie et ailleurs. Ces écoles furent nommées les *Free Schools* ; celle de Prince Edward County ouvrit ses portes en septembre 1963, avec l'aide financière mais aussi matérielle de familles et enseignant-es de l'ensemble du pays. Finalement, le 25 mai 1964, dans un arrêt *Griffin v. School Board of Prince Edward County*, la Cour suprême jugea que le comté avait violé le droit des élèves à l'éducation en fermant les écoles et enjoignit leur réouverture -laquelle finit par advenir à l'automne 1964, après près de cinq ans de fermeture. L'exemple des écoles de Prince Edward County n'est qu'un parmi de nombreux autres.

- 3 Cette résistance massive constitue la raison pour laquelle, quelques années après que la Cour suprême eut rendu l'arrêt *Brown*, il fut nécessaire que le pouvoir exécutif envoyât des troupes armées pour accompagner la déségrégation scolaire en raison de risques de violence et de la contre-mobilisation qu'elle suscitait¹⁰. Voilà donc le contexte dans lequel adviennent les événements de *Little Rock* qui, publicisés notamment par la photographie mondialement connue de la jeune Elizabeth Eckford exposée aux cris haineux de la foule, placidement agrippée, dans une tenue blanche immaculée, à ses livres sous le bras, qui suscitèrent le texte d'Arendt¹¹.

Will Counts / Arkansas Democrat / AP

Will Counts / Arkansas Democrat / AP¹²

- 4 Ces événements prirent place en septembre 1957, soit trois années après l'arrêt *Brown* ait été rendu ; il avait fallu tout ce temps-là pour que la branche locale du NAACP¹³ obtienne l'admission de neuf enfants noirs¹⁴ au lycée public local (*Central High School*). La veille de la rentrée scolaire¹⁵, le gouverneur avait fait savoir qu'il craignait des violences de la part d'opposants à l'intégration scolaire venus de tout l'État. Il décida alors, pour prévenir tout trouble, d'interdire aux élèves noirs de se présenter au lycée ; mais un recours en justice ordonnait la mise en œuvre immédiate du programme d'intégration. Suite à quoi, Daisy Bates, la présidente de la branche locale du NAACP, contactait les familles des 9 enfants noirs concernés afin d'organiser leur arrivée collective au lycée le lendemain matin ; tous les élèves se retrouvèrent chez elle la veille au soir, exceptée l'une d'elles, Elizabeth Eckford, qui n'avait pas le téléphone et n'avait pu être jointe. Peu après minuit, le gouverneur changea de nouveau de position : il décida d'ignorer l'ordonnance judiciaire et donna aux troupes fédérales l'ordre d'interdire aux élèves noirs l'accès à Central High. Les huit élèves qui présents chez Daisy Bates décidèrent alors de ne pas se rendre au lycée ; mais Eckford, qui n'était pas avec eux, ne put être informée de cette décision. C'est donc par *accident* qu'elle s'y rendit, seule, de son côté, pour se retrouver coincée entre, d'une part, une armée de gardes nationaux lui bloquant l'accès et, d'autre part, une foule haineuse lui criant des injures. Par-delà la force coïncidentielle de l'anecdote, cette histoire mérite d'être contée car elle seule permet de comprendre le contexte de la photographie de Will Counts qui fit aussitôt le tour du monde et en vint à devenir le symbole des événements de *Little Rock*. Au total, dans la capitale de l'Arkansas, les enfants noirs ne purent commencer à aller au lycée que trois semaines plus tard. Toutes les difficultés ne disparurent pas pour autant¹⁶ ; les batailles continuèrent, et en 1958-59, quatre autres lycées publics furent fermés sur ordre du gouverneur. Pendant toute cette période, la ville vécut un conflit et une division extrêmes entre partisans et opposants de l'intégration, quasi-émeutes, insultes et quolibets devenant monnaie courante. Comme le note Arendt, « la triste réalité, c'est que les citoyens de la ville respectueux du droit

ont abandonné la rue à la foule... ils ont décidé que la protection des enfants contre des truands adultes n'était pas leur problème. En d'autres termes, l'arrivée des troupes [fédérales] n'a guère eu d'autre effet que de changer la résistance passive en une résistance massive¹⁷ ». De sorte que ce sont les enfants qui ont été amenés à porter le poids d'un problème que « des générations d'adultes ont été incapables de traiter »¹⁸.

Le texte

- 5 Deux éléments centraux de ce texte de Arendt suscitent plus particulièrement l'intérêt, notamment pour ce qu'ils permettent d'apporter à la réflexion théorique sur le droit de la non-discrimination. D'abord, l'affirmation selon laquelle l'intégration (la déségrégation) forcée est aussi néfaste que la ségrégation. Ensuite, l'idée que la sphère sociale est gouvernée par un principe de discrimination, au sens où il importe que tout un chacun puisse choisir avec qui il/elle souhaite faire sa vie, interagir, socialiser etc. Cette dernière idée paraît trancher singulièrement avec le déploiement, depuis l'intervention de Arendt, aux États-Unis comme en Europe et bien au-delà, d'un puissant arsenal juridique anti-discriminatoire ; elle soulève au plan théorique une question cruciale qu'est celle des rapports entre liberté et égalité -et de la mesure dans laquelle le souci de la seconde peut justifier, ou non, des restrictions à la première¹⁹.
- 6 Je précise à titre liminaire que, par-delà les quelques réflexions suivent, il y aurait bien sûr beaucoup d'autres choses à dire à propos de ce texte de Arendt. En particulier, on ne saurait passer sous silence le fait qu'il a suscité une intense polémique à sa parution, sur le point même de savoir si Arendt ne se méprenait pas fondamentalement sur la réalité de la question raciale aux États-Unis²⁰. On ne traitera pas, ici, de cet aspect du texte qu'on n'analyse qu'à partir de l'angle tout à fait partiel et spécifique de l'enrichissement qu'il est susceptible d'apporter à certaines interrogations théoriques fondamentales relatives au droit de la non-discrimination. Il convient enfin de préciser que la lecture que l'on propose ici est constructive ; en tant que tel, l'essai de Arendt ne saurait naturellement être compris comme offrant une réflexion théorique sur le droit de la non-discrimination, pour la bonne et simple raison que cette branche du droit n'existait pour ainsi dire pas à l'époque. L'exercice auquel on souhaite néanmoins se livrer ici consiste à s'interroger sur le point de savoir si et dans quelle mesure une théorie du droit de la non-discrimination qui peut être déduite de ce texte est susceptible de jeter une lumière éclairante sur certaines des difficultés contemporaines que rencontre cette branche du droit dans nombre d'ordres juridiques. En d'autres termes, la présente contribution ne prétend pas offrir une analyse complète du texte de Arendt mais, bien plus modestement, une réflexion autour de certaines de ses affirmations centrales, et notamment : celle selon laquelle le principe d'égalité n'est pas / ne doit pas être omnipotent ; qu'il doit trouver des limites à son application, ne pas s'appliquer toujours et partout (I) et celle selon laquelle la réflexion sur l'égalité se doit d'intégrer (voire, d'adopter) le point de vue de celles et ceux-là mêmes à qui elle entend bénéficier (II).

I-Limiter l'égalité ?

- 7 Tout en reconnaissant que « la République américaine est fondée sur l'égalité de tous les citoyens » et que « l'égalité devant la loi est devenue un principe inaliénable du

gouvernement constitutionnel moderne »²¹, Arendt tempère et alerte : « mais le principe d'égalité, même dans sa forme américaine, n'est pas omnipotent ; il ne peut égaliser des caractéristiques naturelles ou physiques. Cette limite est atteinte seulement lorsque les inégalités liées à la condition économique et éducative ont été aplaties, mais à ce stade-là un point de danger émerge invariablement, comme le savent tous les historiens : plus les personnes sont devenues égales sur une multitude de fronts, plus l'égalité imprègne la texture sociale, plus ceux qui sont manifestement et naturellement différents [*unlike*] des autres deviennent visibles »²². Autrement dit, non seulement l'égalité a des limites (« elle ne peut égaliser des caractéristiques naturelles ou physiques »), mais encore elle *doit* en rencontrer -sauf à franchir un seuil dangereux. De sorte que l'intervention du gouvernement (notamment sous la forme contemporaine que prendrait, c'est l'hypothèse qu'on pose ici, un droit de la non-discrimination) doit être guidée par la « prudence et la modération »²³ plutôt que par l'impatience et des mesures mal avisées.

- 8 Or, retournant à l'exemple spécifique de l'Amérique post-Brown, Arendt explique que cet arrêt prescrivant la déségrégation scolaire a détérioré la situation dans les États du Sud. Elle met particulièrement en cause la mise en œuvre forcée (avec l'aide et sous la surveillance, comme on l'a vu, des troupes fédérales) de la déségrégation raciale. Elle exprime sa défiance envers ce qu'elle nomme la déségrégation forcée dans une formule forte qu'elle dit emprunter à William Faulkner, selon laquelle « l'intégration forcée n'est en rien préférable à la ségrégation forcée »²⁴. Plus avant, ce qu'elle explique, c'est l'importance qu'il convient d'attacher à la distinction entre pratique sociale et règle juridique ; ainsi, selon elle, « ce n'est pas la ségrégation comme coutume sociale qui est inconstitutionnelle, mais son application juridique »²⁵. Dans ces conditions, elle affirme son soutien à l'arrêt *Brown v. Board of Education* ainsi que, plus généralement, à la législation sur les droits civils au motif qu'ils procèdent à l'abolition de la ségrégation entérinée par le droit : il importe bel et bien, selon elle, de condamner l'ensemble des législations *Jim Crow* comme inconstitutionnelles. Cependant, elle entend traiter différemment la ségrégation juridique d'une part, et la ségrégation sociale d'autre part. Arendt parvient ici à cette seconde déclinaison de son idée relative à la nécessité de cantonner le principe d'égalité, dont on pose ici l'hypothèse qu'il mérite d'être (re)mobilisé dans la réflexion théorique contemporaine sur le droit de la non-discrimination pour au moins deux motifs.
- 9 L'idée selon laquelle il conviendrait de ne pas lutter juridiquement contre la ségrégation sociale comme fait est d'abord intéressante en elle-même. Elle renvoie à une inquiétude théorique politique libérale, liée à l'idée selon laquelle la pénétration d'un programme juridique articulé aux principes d'égalité et de non-discrimination serait de nature à remettre en cause le primat de la liberté et l'intégrité d'une sphère privée ou personnelle au sein de laquelle tout un chacun pourrait agir, faire des choix et se comporter à l'abri de toute interférence normative extérieure²⁶. Le soupçon fondamental que fait peser cette perspective sur le droit de la non-discrimination, c'est que toute restriction ou contrainte pesant sur la liberté individuelle de choisir qui embaucher, épouser, admettre dans son commerce etc. soit excessive et illégitime. Ce soupçon théorique pèse depuis longtemps sur le droit de l'égalité et de la non-discrimination ; il n'est que renforcé par les développements qu'a connus cette branche du droit au cours des dernières décennies, marqués d'une part par son application croissante, non seulement à la relation entre l'État et les individus, mais aussi aux

individus entre eux ainsi que, d'autre part, à la substantialisation croissante des politiques d'égalité et de non-discrimination.

- 10 En droit états-unien tout du moins, la portée de la clause constitutionnelle d'égalité a longtemps été gouvernée par une doctrine de l'action publique (*state action doctrine*) : si les règles gouvernant la sphère publique y étaient bel et bien soumises, la sphère privée demeurait, elle, gouvernée par un principe de liberté. Or le mouvement des droits civiques et sa traduction juridique dans le *Civil Rights Act* de 1964 remet précisément en cause le caractère structurant de la distinction entre sphère publique et sphère privée au regard du droit de l'égalité ; au contraire, il affirme la pertinence et l'applicabilité du paradigme anti-discriminatoire à toute une série de relations privées : celle entre l'employeur et l'employé, le bailleur et le locataire, le commerçant et le client etc. A la suite du *Civil Rights Act*, les développements européens du droit de la non-discrimination suivent le même schéma -au Royaume-Uni à partir du *Race Relations Act* de 1965 puis au sein de l'Union européenne.
- 11 Cette altération de la géographie de l'applicabilité du droit de la non-discrimination a emporté des effets majeurs, jusques et y compris quant au sens qu'il revêt. A mesure qu'il a trouvé à s'appliquer à des relations privées, en effet, le droit de la non-discrimination s'est chargé d'un programme normatif plus substantiel. Longtemps en effet, cette branche du droit a été marquée par un grand formalisme. Peter Westen écrivait en 1982 que le principe d'égalité était un principe vide de contenu²⁷ qui permettait simplement, au plan formel, d'exiger que tels et tels personnes ou groupes de personnes étaient ou n'étaient pas traités différemment ; au-delà, il ne prescrivait aucune solution ou conclusion que ce soit sur le point de savoir si et dans quelle mesure le traitement différentiel en question (favorable ou défavorable) était ou non justifié/iab²⁸. En droit européen, la question du travail de nuit fournit un exemple emblématique de ce formalisme : lorsqu'en 1991, la Cour de justice de l'Union européenne juge discriminatoires et contraires à la directive 76/207/CEE, du 9 février 1976²⁹ diverses clauses du droit français interdisant le travail de nuit des femmes³⁰, c'est sur le fondement d'un raisonnement purement formel. La Cour a parfaitement ignoré les observations portées devant elles par « les gouvernements français et italien [qui faisaient] valoir que l'interdiction du travail de nuit des femmes, assortie d'ailleurs de nombreuses dérogations, répond[ait] à des objectifs généraux de protection de la main-d'œuvre féminine et à des considérations particulières d'ordre social tenant, par exemple, aux risques d'agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes », et rend un arrêt qui laisse entendre que tant la généralisation de l'interdiction du travail de nuit au travailleurs des deux sexes que sa disparition pour tous seraient conformes au droit européen.
- 12 Mais la montée en puissance du droit de la non-discrimination a fait émerger d'autres logiques parallèles. Par exemple, il constitue désormais le fondement normatif d'actions et politiques publiques positives. L'égalité entre les sexes est un exemple topique de terrains sur lesquels se déploient concomitamment des lectures formelles et substantielles du principe d'égalité³¹ comme l'attestent, parmi de nombreux exemples en droit français et ailleurs, des dispositifs tels que des mesures préférentielles prises, pour les mères de famille, en matière de retraite, visant à compenser les inégalités de fait subies dans le déroulement de la carrière ou des mécanismes paritaires destinés à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes en politique ou, plus largement, dans l'exercice des responsabilités professionnelles et sociales³². Cette dimension-là des

politiques contemporaines d'égalité et de non-discrimination ne va pas sans susciter réticences et résistances. On en veut pour preuve le mouvement de *backlash* qui fragilise aujourd'hui les mécanismes états-uniens d'*affirmative action*³³ : il s'agit là en effet d'un terrain emblématique du recul d'une conception téléologiquement substantielle du droit de la non-discrimination (qui y voit un outil de l'anti-subordination) au profit d'une approche mécanique proscrivant toute forme de différenciation ou de classification reposant sur un raisonnement purement symétrique menant la Cour Suprême à considérer comme *également* inconstitutionnels des dispositifs de ségrégation raciale et des dispositifs d'action positive destinés à favoriser l'accès des minorités raciales à l'éducation ou à l'emploi³⁴.

- 13 Plus avant, c'est encore du fait du programme normatif qu'il véhicule que le droit de l'égalité et de la non-discrimination est mis en cause, à mesure que l'interdiction des discriminations sur un nombre accru de fondements et dans un nombre accru de sphères sociales est réputé s'apparenter à un programme politique intrusif et, potentiellement, illibéral. En témoignent les différentes formes de contestation et de recours contre certaines options politiques substantielles arrimées au paradigme de l'égalité et de la non-discrimination. Le ministère de l'Éducation nationale peut-il ainsi mettre en place une campagne de lutte contre l'homophobie alors même que le service public de l'éducation est, comme tous les autres, régi par un principe de neutralité ? En France, le ministre avait ainsi été condamné à raison d'une campagne relayée sur le site *ligneazur.com*³⁵, au motif non seulement qu'il évoquait sans les condamner des pratiques interdites par la loi (consommation de drogues, AMP artisanale...) mais encore qu'il « pren[ait] position sur des questions de société, telle que l'AMP, qui font l'objet de débats et divisent la classe politique ; la promotion de ce site par l'Administration est donc contraire au principe de neutralité [du service public] »³⁶. Le droit de la non-discrimination peut-il imposer l'égalité entre des sexes sans méconnaître la liberté religieuse ? Les affaires *Ladele* et *McFarlane* jugées en 2013 par la Cour européenne des droits de l'Homme ont précisément été portées par des requérants invoquant leur liberté religieuse pour s'opposer, en l'espèce, à la concrétisation de droits de couples homosexuels (Mme Ladele était officier d'état civil dans une municipalité où, à partir de 2005, sont célébrés des mariages homosexuels ; M. McFarlane était psychosexothérapeute dans une structure accueillant des homosexuels). Dans ces deux affaires, la Cour européenne des droits de l'Homme juge que la marge d'appréciation nationale doit être vaste sur la détermination de l'équilibre à ménager entre le droit des employeurs de garantir les droits d'autrui et le droit des requérants de manifester leur religion³⁷. Mais dans nombre d'autres juridictions où la liberté religieuse est plus robuste, le droit de la non-discrimination prescrit des accommodements destinés à préserver l'intégrité morale de celles et ceux qui ne se reconnaissent pas dans le programme général d'égalité, tolérance et pluralisme qu'il véhicule. C'est le cas notamment en droit états-unien ou britannique -même si ces « accommodements » y sont bien plus strictement encadrés que cela n'est généralement perçu³⁸. C'est encore la liberté d'association qui est parfois opposée au plein déploiement de l'égalité et de la non-discrimination. Aux États-Unis, une organisation privée telle que les *Boy Scouts of America* s'est ainsi vu reconnaître le droit de refuser l'adhésion à une personne homosexuelle au motif que les valeurs qu'elle défend et qui la constituent ne tolèrent pas une telle orientation sexuelle. La Cour Suprême admet dans cette affaire que la liberté d'association comporte le droit pour cette organisation de décider souverainement de sa politique d'adhésion³⁹. Au

Royaume-Uni, le droit de la non-discrimination exclut explicitement les associations de petite taille (moins de 25 membres) du champ d'application du droit de la non-discrimination : notamment, elles peuvent refuser des membres sur le fondement du genre (mais pas de la race)⁴⁰. Dans le même ordre d'idées⁴¹, c'est bien la liberté souveraine du commerçant de ne pas être mis en situation d'agir en contrariété avec ses valeurs personnelles qui fonde la solution donnée par la Cour Suprême du Royaume-Uni dans l'affaire du gay cake : le refus, par un pâtissier, de confectionner un gâteau recouvert d'un glaçage en forme de message de soutien au mariage homosexuel n'est pas discriminatoire, dès lors que l'opposition religieuse de *Ashers Bakery* était une opposition au message et non au messenger⁴².

- 14 Tous ces exemples illustrent autant de situations dans lesquelles le principe d'égalité fonde des dispositifs et politiques publiques qui charrient -ou sont perçus comme charriant- un programme normatif, axiologique potentiellement trop intrusif au regard du principe de liberté individuelle. En cela, ils donnent chair à l'idée qui fonde les analyses de Arendt : une application débridée du droit de l'égalité et de la non-discrimination risque d'entrer en conflit avec l'ancrage libéral de nombre de communautés politiques et juridiques contemporaines. La question théorique que soulève son article consacré à *Little Rock* paraît donc tout à fait pertinente au regard de ces réticences et résistances qui se rencontrent sur le terrain du droit contemporain de la non-discrimination. Certes, la question n'est ni nouvelle ni méconnue par les travaux qui s'intéressent aux aspects théoriques du droit de la non-discrimination. Diverses pistes analytiques sont ainsi proposées pour saisir la finalité du droit de la non-discrimination : certains auteurs le lisent comme fondé à titre principal sur la nécessité de prohiber les torts commis à autrui (voire, au corps social⁴³) ; d'autres, comme une forme de justice distributive⁴⁴ et d'autres encore comme une des modalités de l'affirmation du caractère fondamental de la valeur d'autonomie⁴⁵. Nombre de ces travaux s'intéressent à la question des conditions de l'articulation du droit de la non-discrimination au paradigme libéral⁴⁶.
- 15 Nonobstant le grand intérêt de cette littérature relative aux fondements normatifs du droit de la non-discrimination, une des manières dont s'en distingue l'analyse de Arendt tient au fait que c'est essentiellement en termes spatiaux qu'elle engage la réflexion sur les conditions de légitimité de la restriction à la liberté qu'emporte l'objectif de non-discrimination. Son analyse est, en effet, adossée à une théorie spatiale des différentes sphères dans lesquelles se déploie l'activité humaine. Dans ses *Réflexions sur Little Rock*, elle identifie notamment une sphère sociale qu'elle distingue à la fois de la sphère politique et la sphère privée. Selon elle, cette sphère sociale est *gouvernée par un principe de discrimination* :
« sans discrimination d'aucune sorte, la société cesserait tout simplement d'exister et des possibilités très importantes de liberté d'association et de formation de groupes disparaîtraient »⁴⁷ ; « la discrimination est un droit social tout aussi indispensable que l'égalité comme droit politique »⁴⁸ ; « la question n'est pas de savoir comment abolir la discrimination, mais comment la confiner à la sphère sociale, au sein de laquelle elle est légitime et comment prévenir qu'elle déborde sur les sphères politique et personnelle, où elle est destructrice »⁴⁹.
- 16 La ségrégation ou la discrimination sont donc nécessairement présentes dans la sphère sociale et ne doivent pas y être juridiquement interdites ou éradiquées. En cela, elle se distingue des logiques normatives prévalant dans les autres sphères. La sphère politique est, explique-t-elle, régie par le principe d'égalité, qui y est non seulement

absolument nécessaire mais encore constitutif, au fondement même du droit de vote et d'éligibilité. Mais il y est limité : Arendt exprime clairement l'idée que le principe d'égalité doit être cantonné à la sphère politique⁵⁰. La sphère privée, enfin, est quant à elle gouvernée par un principe d'exclusivité (qu'elle illustre notamment par référence au droit des parents et des familles d'éduquer leurs enfants selon leurs souhaits et donc, notamment, dans des environnements racialement intégrés ou non⁵¹).

- 17 Eu égard à l'affirmation selon laquelle la sphère sociale est gouvernée par un principe de discrimination, on comprend l'enjeu qui s'attache à la délimitation de ses contours. Parmi les exemples de segments de cette sphère sociale où il importe selon Arendt de ne pas imposer un principe de non-discrimination, figurent notamment les clubs et résidences de vacances. Son analyse, il faut le souligner, est ici largement tributaire du contexte à partir duquel elle s'énonce : elle fait notamment référence au fait qu'il est en effet fréquent, aux États-Unis dans les années 1950, que de tels lieux soient restreints aux membres de certaines origines ethniques et/ou religieuses ; et il en va selon elle de la liberté d'association constitutionnellement protégée : « si, en tant que juive, je souhaite passer mes vacances dans la seule compagnie de juifs, je ne vois pas comment quiconque pourrait raisonnablement m'en empêcher ; de même que je ne vois aucune raison que d'autres lieux de villégiature ne puissent pas choisir de servir une clientèle qui ne souhaite pas voir de juifs pendant ses vacances ». On mesure ici en effet l'importance du bouleversement induit par l'émergence du droit de la non-discrimination, car c'est précisément de telles pratiques qu'il a vocation à interdire. D'ailleurs, la perspective ici adoptée par Arendt est déjà dépassée au moment où elle la dessine : quand bien même le *Civil Rights Act* n'advient que quelques années après qu'elle ait écrit ce texte, elle concède et/ou pressent que le principe de discrimination ne saurait gouverner *intégralement* la sphère sociale et lui reconnaît elle-même des limites. Parmi celles qu'elle évoque explicitement, figurent notamment « les théâtres et les musées » où, explique-t-elle, « les gens ne se rassemblent manifestement pas dans le but de s'associer les uns aux autres »⁵². Autrement dit, c'est bien ici la liberté d'association qui semble constituer le curseur pertinent pour jauger la portée spatiale du droit de la non-discrimination : là où la liberté d'association serait en cause, il devrait céder le pas au primat de la liberté ; ailleurs, il pourrait trouver à s'appliquer.

Liberté d'association, liberté de discrimination ?

Le droit constitutionnel états-unien déploie une notion robuste de la liberté d'association, articulée en deux facettes. La première, classique, renvoie à la liberté de choisir de s'associer et avec qui (« intimate freedom of association ») ; la seconde, plus originale, protège la liberté de s'associer en vue d'exprimer quelque chose (un discours, des valeurs, une identité ; c'est l'« expressive freedom of association »). Cette distinction date d'un arrêt rendu par la Cour Suprême en 1984⁵³, où il avait été jugé que le principe de traitement égal des adhérents indépendamment de leur sexe ne saurait être considéré comme portant atteinte à la liberté d'association. Alors que la branche locale de l'État du Minnesota avait entrepris d'accorder un plein droit d'adhésion aux femmes, elle rencontrait l'opposition de l'association nationale. La Cour suprême jugeait dans cette affaire que l'association ne pouvait soulever le moyen d'une contrariété entre règle de l'égalité entre les sexes et « intimate association », eu égard notamment à sa large taille et au caractère autrement non sélectif de la politique d'adhésion. Elle ne

pouvait davantage revendiquer une atteinte à son « expressive association », dès lors qu'elle n'apportait pas la preuve l'admission de femmes comme adhérentes porterait nécessairement atteinte à son message. Quelques années plus tard toutefois, la Cour suprême jugeait que la « expressive freedom of association » protégeait l'organisation des Boy Scouts dans leur refus d'admettre des membres homosexuels⁵⁴.

En France, ces questions paraissent moins clairement établies ; de sorte que l'existence, traditionnelle, d'associations et autres clubs privés réservés aux hommes (à l'instar de l'Automobile Club de France ou le Jockey Club) paraît reposer sur des bases fragiles. L'interdiction pénale des discriminations énoncée à l'article 225-1 du Code Pénal s'applique bien aux personnes morales -et donc, aux associations. Quand bien même on pourrait faire l'argument que certaines discriminations autrement prohibées pourraient être acceptées au regard de certains objets associatifs spécifiques (ex. club de natation féminine), les exclusions traditionnelles mais sans rapport avec l'objet associatif (telle que l'exclusion des femmes d'associations ayant un objet tel que la passion automobile ou équine) reste exposée⁵⁵. D'autant que la Cour de cassation a déjà pu juger que le droit de la non-discrimination s'applique aux associations⁵⁶...

- 18 Si l'on comprend bien l'argument de la liberté d'association (ce qui ne signifie pas qu'il ne puisse être discuté ou remis en cause), il est plus difficile de saisir le(s) critère(s) du raisonnement proposé par Arendt pour tracer les contours de cette sphère sociale où la discrimination serait légitime. A propos d'autres exemples espaces dont elle considère qu'ils devraient toujours demeurer accessibles à tous (et donc, ne sauraient être gouvernés par le principe de discrimination), ce n'est plus à la liberté individuelle de s'associer qu'elle recourt, mais à une notion (plus vague) de service public. Ainsi à propos des bus, trains ou gares voire des hôtels et restaurants, à propos desquels elle explique « [qu'on] a affaire à des services qui, indépendamment du fait qu'ils soient de propriété publique ou privée, sont de fait des services publics dont tout le monde a besoin pour exercer son activité et poursuivre sa vie »⁵⁷. Ainsi: « bien qu'ils ne soient pas strictement situés dans la sphère politique, de tels services sont clairement dans le domaine public où tous les Hommes sont égaux ; et la discrimination dans les chemins de fer et de bus du Sud [des États-Unis] est tout aussi scandaleuse que la discrimination dans les hôtels et les restaurants à travers le pays »⁵⁸. L'argument, ici, est plus flou ; Arendt insiste en effet, à travers les notions de « service public » ou de « domaine public »⁵⁹, sur l'idée d'exceptions ou d'enclaves de la sphère sociale qui échapperaient au principe de discrimination pour être légitimement soumis au principe d'égalité - *pour des raisons qui ne sont toutefois que peu ou pas explorées dans ce texte*.
- 19 D'où l'intérêt qu'il y a à reprendre l'analyse et réfléchir à une théorie spatiale de la non-discrimination, en entend prendre au sérieux la question suivante : le droit de la non-discrimination est-il toujours et partout aussi légitime ? Dès lors qu'elle affiche un engagement envers les valeurs de tolérance et de pluralisme, comment la société libérale peut-elle maintenir une neutralité de l'action publique -et un tel objectif passe-t-il par la préservation d'une sphère où les conduites échappent à la régulation juridique⁶⁰ ? Et comment intégrer à cette réflexion la problématique contemporaine de la transformation de l'espace / des espaces public(s) (privatisation, réglementation croissante, aseptisation...)⁶¹ ?

II-Standpoint theory ?

- 20 L'idée selon laquelle la ségrégation ne devrait être combattue que dans la mesure où elle est prescrite ou encouragée par les règles de droit, mais pas lorsqu'elle ne résulte « que » de la pratique sociale est encore intéressante du fait des questions soulevées par l'idée, exprimée par Arendt, selon laquelle un tel choix de politique publique équivaudrait (ou mènerait nécessairement) à une « intégration forcée ». Car en effet, pour radicale qu'elle soit, la perspective de Arendt n'est pas ici celle d'un libéralisme intégraliste qui verrait une corrélation nécessaire entre droit de la non-discrimination et illibéralisme ou totalitarisme. Ce n'est pas, en d'autres termes, une autre version du raisonnement proposé quelques années plus tard par Hayek sur les droits sociaux, à propos desquels il estime que leur reconnaissance même « [requiert] que la société tout entière soit transformée en une organisation unique, c'est-à-dire devenue totalitaire en sens le plus complet du mot »⁶². Il semble en effet que l'analyse d'Arendt ne se borne pas à défendre l'idée abstraite ou principielle de la liberté⁶³. Bien plutôt, elle présente son analyse comme guidée par la prise en compte, voire l'adoption⁶⁴, du point de vue des principaux concernés par la politique de déségrégation scolaire -à savoir les enfants noirs. Si l'intégration forcée est aussi problématique que la ségrégation, c'est qu'à *Little Rock*, explique-t-elle, ce sont les enfants noirs finalement admis à l'école intégrée qui ont largement fait les frais de la violence suscitée par l'intégration raciale. Toute la réflexion proposée dans son texte est, plus généralement, articulée à ce positionnement de l'auteure, qui entend prendre pour point d'observation la violence extrême qui s'est abattue sur les Noirs dans le Sud des États-Unis après la condamnation constitutionnelle des formes juridiques de la ségrégation. Encore une fois, indépendamment des critiques que cette revendication d'Arendt a pu susciter⁶⁵, on s'intéresse ici au geste épistémologique et à l'intérêt qu'il présente du point de vue de la réflexion théorique sur le droit de la non-discrimination. Il force à réfléchir à l'arrêt *Brown v. Education* et à tout ce qui s'en est suivi, non pas du point de vue académique habituel mais confortable de l'abstraction et de la généralité des principes juridiques, mais, de manière plus critique, en (r)ouvrant la question même de savoir s'il s'agissait là d'une bonne manière d'atteindre la finalité escomptée⁶⁶.
- 21 Si certes, les événements de *Little Rock* et la mise en œuvre militaire de la jurisprudence déségrégationniste de la Cour Suprême constituent un événement historique et politique situé, la lecture qu'en propose Arendt ouvrent là encore bien des questions que l'on peut utilement formuler au regard du droit contemporain de la non-discrimination, et notamment : n'exerce-t-il pas une forme de violence sur ceux-là mêmes qu'il est censé protéger ? Les spécialistes le savent : il n'est pas rare que le droit antidiscriminatoire soit pour ainsi dire coopté à des fins différentes, voire opposées, à celles qu'il était censé servir. Ainsi, l'histoire des règles juridiques de non-discrimination sur le fondement du sexe est nourrie d'arrêts rendus par des juridictions saisies par des hommes mobilisant ces règles pour contester la légalité ou la constitutionnalité de règles instaurant des mesures de protection (travail de nuit) ou de compensation (calcul de la retraite) bénéficiant spécifiquement aux femmes (le plus souvent, en lien direct ou indirect avec la maternité). Au-delà de ces phénomènes de capture qui aboutissent à une faillite, on peut aussi se demander si et dans quelle mesure la prise en compte de subjectivités (des expériences subjectives de la domination) sur laquelle repose parfois le droit de la non-discrimination n'exerce pas

sur les personnes une forme de violence liée à l'essentialisation ou la stigmatisation qu'elle produit. Ainsi par exemple, en France, le droit de la non-discrimination est construit sur un mouvement soutenu de multiplication des critères prohibés de discrimination⁶⁷. Or certains débats relatifs, notamment, au traitement juridique de questions liées à l'identité de genre font ainsi écho à ces interrogations. Ainsi, tandis que le droit français a ainsi récemment inclus la notion d'identité de genre afin de renforcer la lutte contre la transphobie⁶⁸, d'autres font valoir que ceci a pour effet de durcir les catégories de sexe, au détriment, le cas échéant, de certaines personnes trans (notamment celles et ceux qui ne souhaitent pas se soumettre à des interventions chirurgicales) ou d'autres encore (et notamment les personnes intersexes qui revendiquent la reconnaissance d'un état intersexe plus que le maintien des catégories binaires de sexe assouplies par la consécration d'un droit au changement de sexe). En d'autres termes, on saisit ici le texte d'Arendt comme invitant à intégrer une perspective conséquentialiste à la réflexion théorique sur le droit de la non-discrimination, ambitionnant de prendre en compte le point de vue de celles et ceux-là mêmes que le droit de la non-discrimination entend protéger : leur est-il bénéfique ?

- 22 Plus avant, on peut encore interroger l'effet, sur les destinataires du droit de la non-discrimination, des formes de réaction violente que suscite, dans nombre de pays, sa consolidation : ne devraient-elles pas, elles aussi, être prises en considération au titre des dommages collatéraux susceptibles de fragiliser les populations minorisées ou vulnérables qu'il s'agissait de protéger en première intention ? Cette dernière interrogation paraît d'autant plus importante que le droit de la non-discrimination tend à devenir l'un des lieux des « guerres culturelles » qui travaillent, sinon déchirent, le modèle des démocraties libérales contemporaines. La notion de « guerres culturelles » a été popularisée dans le débat public nord-américain par le sociologue James Hunter dans les années 1990⁶⁹, précisément en réponse à la montée en puissance de ce que l'on a appelé les politiques identitaires (*identity politics*) à laquelle le droit de la non-discrimination est habituellement associé. Or c'est bien au-delà des seuls États-Unis que l'on voit aujourd'hui les questions identitaires (genre, race, religion, sans parler d'intersectionnalité...) placées au cœur d'un puissant mouvement de contestation du paradigme de l'égalité et de la non-discrimination, taxé, ici, de forme renouvelée de l'imposition impérialiste de valeurs contestables ou, là, de vecteurs de fragilisation de ce qui fait commun.
- 23 Encore au-delà, la récente passe d'armes entre les autorités municipales munichoises, le gouvernement hongrois, et l'UEFA prolonge certaines des questions soulevées par le texte d'Arendt. Si elle s'intéresse à la légitimité de l'*application forcée* de la non-discrimination (la mise en œuvre de la déségrégation raciale des écoles américaines), cet épisode récent soulève celle de l'expression ou de la *promotion* d'un message anti-discriminatoire. Et ce, dans un contexte bien particulier, la dernière décennie ayant été largement marquée par le débat relatif à la conditionnalité axiologique de l'appartenance à l'Union européenne face à la politique d'un Viktor Orbán cherchant à affirmer la pertinence et la légitimité d'un modèle « illibéral » de démocratie⁷⁰. Souhaitant marquer son opposition (et, au-delà, celle de l'Union Européenne) à la récente loi hongroise interdisant la « promotion » de l'égalité de genre aux mineurs, le maire de Munich saisissait l'occasion de l'Euro 2020 et demandait à ce que le stade qui devait, dans sa ville, accueillir le match Hongrie-Allemagne, soit illuminé aux couleurs de l'arc-en-ciel des fiertés LGBT+. Las ! Le stade de l'*Allianz Arena* a beau être situé dans la ville de Munich, c'est une enceinte de droit privé dont l'équipe du Bayern de Munich

est propriétaire et qui, de surcroît, est régie, pendant la compétition, par le règlement de l'UEFA⁷¹... qui est dès lors fondée à y insérer une règle au terme de laquelle « la diffusion ou la promotion de messages politiques par quelque moyen que ce soit ainsi que toute autre forme d'action politique à l'intérieur ou à proximité immédiate du stade sont strictement interdites avant, pendant et après le match »⁷². Dans le communiqué par lequel elle explique son refus de l'illumination du stade munichois, l'UEFA insiste sur son souhait de maintenir un positionnement de neutralité vis-à-vis d'une loi adoptée par le Parlement hongrois. La volonté politique de certains acteurs publics (parmi lesquels la municipalité allemande, soutenue semble-t-il tant par l'association allemande de football que par le gouvernement du pays ainsi que nombre d'autres gouvernements⁷³) trouve donc une limite dans la liberté d'un acteur privé (ici, l'UEFA) de privilégier la neutralité sur un message qualifié de politique. Voilà un conflit qui illustre certains des points sur lesquels le texte d'Arendt attire notre attention. Justifiant que les théâtres et les musées soient ouverts à tous (et non autorisés à discriminer leur clientèle), elle faisait valoir que ces espaces n'étaient pas des lieux d'exercice de la liberté d'association (basée sur les affinités ou les préférences) mais, en fait, des lieux publics. Il en va assurément de même aujourd'hui des stades de football, qui sont également soumis à une interdiction de discrimination parmi les visiteurs. Mais ils peuvent, l'affaire de l'UEFA l'a bien montré, s'opposer au fait de relayer ou promouvoir une politique d'égalité et de non-discrimination, y compris lorsqu'elle est portée par des autorités politiques -municipales ou gouvernementales.

- 24 Cet épisode soulève nombre de questions intéressantes. En premier lieu, elle invite à réfléchir à la différence qu'il y a à imposer la déségrégation raciale dans les écoles des États du sud des États-Unis dans les années 1950 d'une part et à promouvoir des messages d'égalité et de non-discrimination dans l'Europe du 21^{ème} siècle. En second lieu, elle soulève la question de la mesure dans laquelle possibilité pour l'UEFA de s'opposer à un tel message a pu être renforcée par le mouvement de privatisation des stades qui a marqué la dernière décennie. En effet, avant que les compétitions sportives n'aient plus guère lieu que dans des Barclays Center, Allianz Arena et autres Emirates Old Trafford, les stades appartenaient bien souvent aux municipalités elles-mêmes⁷⁴ ; or on imagine mal, dans cette configuration, que la volonté d'un maire d'afficher un message politique sur l'enceinte rencontre une opposition comparable à celle qui a tenu en échec la volonté de Dieter Reiter. On le voit, tant la perspective spatiale, enrichie par la question des transformations contemporaines de l'espace public, que la perspective conséquentialiste, qui mène à confronter les finalités du droit de la non-discrimination à l'effet qu'il produit sur les groupes sociaux auxquels il a vocation à s'appliquer, constituent des clefs de problématisation intéressantes des conditions d'application, mais aussi d'acceptation ou de contestation, du droit de la non-discrimination.

NOTES

1. Hannah Arendt, « Reflections on Little Rock », *Dissent*, 1959, p. 45 [en français : « Réflexion sur Little Rock », in *Penser l'événement*, trad. Claude Habib et al, Paris, Belin, 1989, p. 234] ; toutes les citations du texte résultent de ma traduction depuis la version originale.
2. Pour la narration de cette polémique et de l'histoire de l'écriture et de la publication de ce texte, Hourya Bentouhami renvoie à E. Young-Bruehl, *Hannah Arendt : For Love of the World*, Yale University Press, 1983, in : « Le cas de Little Rock. Hannah Arendt et Ralph Ellison sur la question noire », *Tumultes*, 2008, vol. 1, n° 30, p. 161.
3. Fondé en 1945 par l'American Jewish Committee, la revue *Commentaire* joue depuis plusieurs décennies un rôle très important. Historiquement forgée autour de l'anti-stalinisme de gauche, elle est aujourd'hui considérée comme un bastion de la presse conservatrice ; elle continue toutefois de jouir d'une solide aura et réputation. On en voit des exemplaires dans plusieurs films de Woody Allen, exemple parmi d'autres de son symbolisme culturel.
4. La revue *Dissent* est une revue qui se présente comme d'inspiration socialiste fondée en 1954.
5. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).
6. En réalité, il n'y a pas d'« affirmation centrale » de l'arrêt *Brown*, comme le démontre avec soin le constitutionnaliste Andrew Kull, *The Color-Blind Constitution*, Harvard University Press, 1992. L'arrêt déclara certes que la ségrégation raciale dans les écoles publiques était inconstitutionnelle en tant qu'elle méconnaissait le principe d'égalité (*Equal protection clause*). Mais le cœur de l'état jurisprudentiel antérieur du droit, ie. la doctrine du « separate but equal » inaugurée par l'arrêt *Plessy v. Ferguson* de 1896, n'est pas explicitement renversé. Andrew Kull qualifie ainsi l'arrêt *Brown* d'« insipide » [jeune], conformément, selon lui, à la volonté du Chief Justice Earl Warren (« the opinion written to mark this watershed in the nation's history was designed not to illuminate but to disguise the road being traveled », *Ibid.*, p. 155). Ce n'est qu'après que plusieurs affaires aient permis à la Cour Suprême de consolider l'idée d'une incompatibilité entre l'*Equal Protection Clause* et la ségrégation raciale qu'elle se permit de juger clairement et abruptement que « la légalité de la ségrégation doit désormais être tenue pour une question contentieuse réglée » (« the legality of segregation to be 'foreclosed as a litigable issue' » [arrêt *Bailey v. Patterson* de 1962], *ibid.*, pp. 160-161). En d'autres termes, l'arrêt *Brown* fut jugé dans le cadre jurisprudentiel de *Plessy* (« within the bounds of the separate but equal doctrine »), sans que la logique profonde du courant jurisprudentiel qu'il inaugurerait ne soit jamais explicité (« the rationale of the segregation decisions was never disclosed » : *Ibid.*).
7. Parmi les arrêts de référence : SCOTUS, *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964) (hôtels) ; SCOTUS, *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964) (restaurants)...
8. Michael Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: the Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, Oxford University Press, 2004.
9. En 1955, la Cour Suprême rend un nouvel arrêt (*Brown II*) sur la question de la ségrégation scolaire, dans lequel elle enjoint que l'arrêt *Brown* soit appliqué au plus vite (« with all deliberate speed » : 349 US 294 (1955)).
10. Voir ainsi la couverture du magazine *Time* du 7 Octobre 1957 : <http://content.time.com/time/covers/0,16641,19571007,00.html>
11. Hourya Bentouhami, « Le cas de Little Rock. Hannah Arendt et Ralph Ellison sur la question noire », *op. cit.*, p. 161.
12. Cette photographie fut prise par Will Counts, un jeune photographe local de l'Arkansas ; on peut la consulter par ex. ici : <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1663841,00.html>

13. La *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) est une association qui a joué et joue encore un rôle majeur dans la lutte pour les droits civiques.
14. Une des stratégies de résistance à la déségrégation scolaire fut en effet de ne pratiquer que le « token integration », c'est-à-dire l'admission d'un nombre très faible d'élèves noirs -l'idée étant de se mettre à l'abri, de par la présence de ces quelques élèves, de l'accusation d'ignorer la décision *Brown v. Board of Education*.
15. La reconstitution des faits qui suit est tributaire de tout ce qui est rapporté par Maribel Morey, « Reassessing Hannah Arendt's 'Reflections on Little Rock' », *Law, Culture and the Humanities*, 2014, vol. 10, n° 1, p. 89.
16. Les *Little Rock Nine*, comme ils en vinrent à être connus, sont : Minnijean Brown, Elizabeth Eckford, Ernest Green, Gloria Jay Karlmark, Theresa Mothershed, Melba Patillo Beals, Jefferson Thomas, Terrence Roberts, Carlotta Walls LaNier. Melba Patillo Beals publia quelques années plus tard un livre-témoignage dans lequel on trouve le récit de ses années passées au lycée : *Warriors Don't Cry, a searing memoir of the battle to integrate Little Rock's Central High*, Pocket Books, 1994.
17. « Reflections on Little Rock », *op. cit.*, p. 49. Il faut comprendre que « massive resistance » fut le mot d'ordre des groupes opposés à la déségrégation notamment dans les Etats du Sud des Etats-Unis ; v. notamment les appels à cette forme de résistance du sénateur de Virginie Harry F. Byrd.
18. *Ibid.*, p. 50.
19. Comme le rappelle Sophia Moreau (« Discrimination and Freedom », in Karl Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, 2018, p. 164), il s'agit là d'une question classique ponctué notamment par les travaux de Isaiah Berlin (*Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969), Joseph Raz (*The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986) ou Ronald Dworkin (*Sovereign Virtue : The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000).
20. Recourant, à propos de Hannah Arendt, à la notion de « White Ignorance » développée par le philosophe Charles Mills (*The Racial Contract*, Cornell University Press, 1997 ; v. aussi du même auteur « White Ignorance », in S. Sullivan, N. Tuana, *Race and Epistemologies of Ignorance*, SUNY Press, 2007, p. 20), v. Michael Burroughs, « Hannah Arendt, 'Reflections on Little Rock' and White Ignorance », *Critical Philosophy of Race*, 2015, vol. 3, n° 1, p. 52. Pour des références et des remises en perspective plus générales sur la réception de l'article d'H. Arendt, v. Hourya Bentouhami, « Le cas de Little Rock. Hannah Arendt et Ralph Ellison sur la question noire », *op. cit.*, et Maribel Morey, « Reassessing Hannah Arendt's 'Reflections on Little Rock' », *op. cit.*.
21. « Reflections on Little Rock », *op. cit.*, p. 47.
22. *Ibid.*, p. 48.
23. *Ibid.*
24. « Enforced integration is no better than enforced segregation » : *Ibid.*, p. 49.
25. *Ibid.*, p. 49.
26. Sur ce point, v. par exemple : Hugh Collins, « Discrimination and the Private Sphere », in Kasper Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, *op. cit.*, p. 360 ; Elizabeth Emmens, « Intimate Discrimination », *Harvard Law Review*, 2009, vol. 122, p. 1307 ; ou Richard Epstein, *Forbidden Grounds. The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, 1992.
27. Peter Westen, « The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, 1982, vol. 95, n° 3, p. 537.
28. V. dans le même sens : Charles Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 131 ; Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, 2007, n° 12.
29. Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

30. CJCE, 25 juillet 1991, *Alfred Stoeckel c. France*, C-345/89, point 14.
31. V. ici : Elsa Fondimare, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse, Univ. Paris Nanterre, 2018.
32. Elsa Fondimare démontre bien, toutefois, que les conceptions plus réelles de l'égalité sont tendanciellement construites comme déroatoires à la norme que demeure l'égalité formelle : v. sa thèse précitée, mais aussi son article : « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *Revue des droits de l'Homme*, [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 10 janvier 2017, consulté le 06 juin 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2885>; DOI : 10.4000/revdh.2885
33. En réalité, le principe d'égalité remplit ici, dans cette interprétation formaliste qu'en déploie la Cour Suprême, un rôle déterminant dans la préservation d'un *statu quo* racialement inégalitaire ; v. en ce sens Georges Lipsitz, « The Sounds of Silence. How Race Neutrality Preserves White Supremacy », in Kimberlé Crenshaw et al., *Seeing Race Again. Countering Colourblindness Across the Disciplines*, University of California Press, 2019, p. 23.
34. V. notamment SCOTUS, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle District School n.1* 55 US 701 (2007) ; ainsi que SCOTUS, *Ricci v. DeStefano* 557 US (2009).
35. CE, 15 oct. 2014, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, n° 369965.
36. Concl. Rémi Keller.
37. CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida, Chaplin, Ladele, McFarlane c. RU*, n° 48420/11, 59842/10, 51671/10, 36516/10.
38. Kenji Yoshino, *Covering. The Hidden Assault On Our Civil Rights*, New York, Random House, 2007, p. 168 : « far from embracing the accommodation principle, the courts have limite dit, even in the areas of religion and disability » et pp. 176-177 : « The Supreme Court has explicitly cited identity proliferation to justify limiting its protections. The early cases in which religious minorities were accommodated (...) represented an age of innocence. By the 1980s, the Court realized the complexity of granting such accommodations (...). In the 1990 peyote case, the Court observed that 'in a cosmopolitan nation made up of people of almost every conceivable religious preference', accommodating religious drug use would 'open the prospect of constitutionally required religious exemptions from civic obligations of almost every conceivable kind (...). The commitment to treating like cases alike means that if the Court protects one group behavior, it must protect all analogous group behaviors. The Court has solved this problem by moving toward protecting no behaviors, safeguarding only the immutable aspects of identity. 'Immutability' is the word scrawled on the wall the judiciary has built across the slippery slope ».
39. SCOTUS, *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 US 640 (2000) ; et à propos de cet arrêt : Andrew Koppelman, Tobias Barrington Wolf, *A Right To Discriminate ? How the Case of Boy Scouts of America v. James Dales Warped the Law of Free Association*, Yale University Press, 2009.
40. Equality Act 2010, section 107 et Schedule 16.
41. Pour une étude comparative : Susanna Mancini, Michel Rosenfeld eds., *The Conscience Wars : Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*, Cambridge University Press, 2018.
42. UKSC, 10 Oct. 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd* [2018] UKSC 49.
43. Kasper Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal ? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, 2013 ; voir aussi Benjamin Eidelson, « Treating People as Individuals », in Deborah Hellman, Sophia Moreau dir., *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013, p. 203.
44. V. Deborah Hellman, *When is Discrimination Wrong ?*, Harvard University Press, 2008 ; Shlomi Segall, « What's So Bad About Discrimination », *Utilitas*, 2012, vol. 24, n° 1, p. 82.
45. De Joseph Raz (*The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986) à Sophia Moreau, « What is Discrimination ? », *Philosophy and Public Affairs*, 2010, vol. 38, n° 2, p. 143, en passant par

Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2015 ou Kenji Yoshino, *Covering. The Hidden Assault on our Civil Rights*, *op. cit.*.

46. John Gardner, « Liberals and Unlawful Discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, vol. 9, p. 1

47. « Reflections on Little Rock », *op. cit.*, p. 51.

48. *Ibid.*, p. 51.

49. *Ibid.*, p. 51.

50. « Reflections on Little Rock », *op. cit.*, p. 50.

51. Maribel Morey considère d'ailleurs qu'il s'agit là de l'affirmation centrale de Réflexions sur Little Rock (« Black schoolchildren (indeed, all children) belong to the private realm of the family »), in « Reassessing Hannah Arendt's 'Reflections on Little Rock' », *op. cit.*.

52. *Ibid.*, p. 52.

53. SCOTUS, *Roberts v. US Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

54. *Boy Scouts of America v. Dale* : 530 U.S. 640 (2000).

55. <https://www.leparisien.fr/societe/a-paris-plongee-dans-des-clubs-au-genre-tres-masculin-23-06-2019-8100678.php>

56. Cass. Civ. 1^{re}, 9 juil. 2015, n° 14.20-158 (à propos d'une discrimination fondée sur les opinions politiques) : l'association a « violé les règles de non-discrimination dont aucune association ne peut s'exonérer ». v. aussi Thomas Coustet, « Ces clubs qui n'acceptent pas les femmes ou les hommes », *Dalloz Actualité*, 6 mars 2019.

57. « Reflections on Little Rock », *op. cit.*, p. 52.

58. *Ibid.*

59. Elle fait toutefois écho à l'importante notion de « public accommodation » qui structure le droit américain de la non-discrimination et vise les lieux ou espaces recevant du public : transports, commerces, lieux de récréation, écoles, espaces en location... indépendamment de leur régime de propriété (publique ou privée). Le *Civil Rights Act* exclut explicitement de cette catégorie les clubs privés et les espaces religieux.

60. Cf. la notion de « unregulated sphere of conduct » : Hugh Collins, « Discrimination and the Private Sphere », in Kasper Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, 2018, p. 360.

61. Pour une tentative de réflexion sur l'impact des transformations de la sphère publique sur une théorie des droits et libertés, on se permet de renvoyer à Stéphanie Hennette Vauchez, « The Mall », *Revue Française de Droit Administratif*, 2020, p. 833.

62. Friedrich Hayek, *Droit, Législation, Liberté*, [1973-79], PUF, 1995, t. II, p. 125.

63. Même si elle le fait aussi, cf. : « dès l'instant où la discrimination sociale est légalement mise en formes, elle se mue en persécution et de ce crime, de nombreux États du Sud se sont rendus coupables. Dès l'instant où la discrimination sociale est mise hors la loi, la liberté de la société est violée ».

64. On prend cette caractéristique du texte *prima facie*, ie. sans s'interroger sur le point de savoir si Arendt prend effectivement ou correctement en considération le point de vue des enfants Noirs. On ne méconnaît pas en effet que ce texte a notamment été lu par plusieurs auteurs comme emblématique de son incompréhension de la question raciale. Mais indépendamment de cette itération spécifique d'une épistémologie de type 'standpoint theory', on s'intéresse ici aux perspectives qu'elle ouvre au titre de recherches futures.

65. Ce n'est pas d'ailleurs le moindre des paradoxes que de constater qu'alors même qu'Arendt a été beaucoup critiquée pour ce texte, et notamment du point de vue de la cause des noirs américains, certains développements ultérieurs des mouvements pour l'égalité raciale, adoptant eux aussi ce point de vue, développeront eux aussi des analyses critiques de *Brown* et de ce qui s'en suivit au nom du coût imposé aux enfants. C'est qu'en effet, la revendication de « colorblindness » et d'égalité formelle qui forme le cœur du mouvement des droits civiques dans

les années 1950 et 1960 paraîtra bientôt se retourner contre ceux-là même qu'elle était censée protéger. A partir notamment des années 1980, ce sont bien au contraire des mesures « race-conscious » qui vont être réclamées (au premier rang desquelles, de manière emblématique, les politiques d'*affirmative action* ; v. sur ce point notamment : David Strauss, « The Myth of Colorblindness », *The Supreme Court Review*, 1986, p. 99) voire, une remise à plat complète des concepts classiques de la revendication (égalité, colorblindness ; v. Neil Gotanda, « A Critique of 'Our Constitution Is Color-Blind' », *Stanford Law Review*, 1991, vol. 44, n° 1, pp. 1-68) et sa réorientation plus politique (justice sociale, qualité de l'éducation... : v. Derrick Bell, « Serving two masters : integration ideals and client interests in school desegregation litigation », *Yale Law Journal*, 1976, vol. 85, n° 4. V. aussi du même auteur : « Brown v. Board of Education and the interest convergence dilemma », *Harvard Law Review*, 1980, vol. 93, n° 1, p. 518).

66. De ce point de vue encore, il faut considérer la force de la lecture de *Brown v. Board of Education* proposée par un auteur comme Derrick Bell, emmenant largement à sa suite le mouvement de *Critical Race Theory* : dans un texte de 1976, il critique vivement le projet de déségrégation scolaire, arguant qu'une politique d'investissement dans un enseignement public de qualité aurait bien mieux servi les intérêts des populations noires et contribué à leur égalité réelle : Derrick Bell, références citées note précédente.

67. V. à ce propos les actes du colloque de Janvier 2018 organisé sur ce thème par le Défenseur des Droits : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actes-de-rencontre/2019/01/actes-du-colloque-multiplication-des-criteres-de-discrimination-enjeux> ; et v. Robin Médard-Inghileterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris Nanterre, 2020.

68. Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'Égalité et à la Citoyenneté ; auparavant, la loi du 6 août 2012 avait consacré la notion d'identité sexuelle.

69. James Hunter, *Culture Wars. The Struggle to Define America*, Basic Books, 1991.

70. Viktor Orban : « une démocratie n'est pas forcément libérale. Ce n'est pas parce qu'une démocratie n'est pas libérale qu'elle n'est pas une démocratie », cité in Justine Lacroix, Jean-Yves Pranchière, *Les droits de l'Homme rendent-ils idiots ?*, Seuil, 2019, pp. 14-15.

71. Règlement de l'UEFA sur la sûreté et la sécurité, Ed. 2019, art. 1 : « Le présent règlement s'applique à toutes les compétitions disputées sous l'égide de l'UEFA dont les règlements s'y réfèrent » : https://fr.uefa.com/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/61/12/85/2611285_DOWNLOAD.pdf

72. Règlement de l'UEFA sur la sûreté et la sécurité, Ed. 2019, art. 44.

73. Le ministre français aux affaires européennes a ainsi regretté cette position timorée : « On est au-delà d'un message politique, c'est un message de valeurs profondes » : https://www.eurosport.fr/football/euro-2020/2021/euro-2020-l-uefa-refuse-l-illumination-du-stade-de-munich-en-arc-en-ciel-pour-allemande-hongrie_sto8385164/story.shtml

74. En France, pour mesurer la mutation, voir : Cour des Comptes, *Les collectivités territoriales et les clubs sportifs professionnels*, 2009 ainsi que le rapport *Grands stades* de la Commission Euro 2016 remis en 2008. Cette commission était présidée par Philippe Séguin, qui admettait qu'à terme, la solution la plus viable était celle de la privatisation des stades : « Il est normal qu'un club soit propriétaire, à terme, de son outil de travail. La propriété par les clubs de leur stade est la conséquence logique des nouvelles orientations qui avaient été définies s'agissant des rapports entre les collectivités et les clubs professionnels » : *Les Echos*, 11 décembre 2009 : <https://www.lesechos.fr/2009/12/la-cour-des-comptes-juge-logique-la-privatisation-des-stades-470043>

RÉSUMÉS

En 1959, Hannah Arendt publie un texte polémique, dans lequel elle exprime à la fois son soutien à la jurisprudence déségrégationniste de la Cour suprême américaine, et son opposition à sa mise en œuvre forcée -notamment parce que, selon elle, celle-ci a abouti à faire peser sur les enfants Noirs (ceux-là même auxquels la jurisprudence *Brown v. Board of Education* était censée bénéficier) le poids de toute la violence et l'opposition à cette politique. A cette occasion, elle propose une théorie des sphères dans lesquelles le principe d'égalité est légitime, ou non, à s'appliquer ; et livre ce faisant une analyse affirmant clairement que dans la sphère sociale (qu'elle distingue tant de la sphère politique que de la sphère privée), c'est au contraire un principe de discrimination qui gouverne : il appartient à tout un chacun de choisir les personnes et groupes de personnes avec lesquelles, par affinité, il interagit, socialise, échange. Le présent article prend appui sur les analyses arendtiennes pour interroger certains développements ultérieurs du droit de la non-discrimination (qui a notamment largement pénétré la sphère qu'Arendt qualifie de sociale et s'applique à nombre de relations privées). En particulier, il s'agit de formuler l'hypothèse de l'intérêt qu'il y aurait à réfléchir aux conditions de légitimité du droit de la non-discrimination depuis une double perspective spatiale et conséquentialiste.

In 1959, Hannah Arendt published a much-debated text in which she expressed both her support of the Supreme Court's desegregationist case-law and her opposition to its enforced application. She underlines in particular the ways in which « forced integration » has eventually weighed on those Black children the *Brown v Board of Education* was supposed to protect. In this paper, Arendt proposes a theory of spheres which affirms that the social sphere (one that is distinct from both the political and the private sphere) is indeed governed by a principle of discrimination: individuals ought to choose whom they congregate, associate, interact with. The present paper takes stock of arendtian analyses in order to question ulterior developments of anti-discrimination law (especially since it has since largely penetrated what Arendt calls the social sphere and applies to a number of private relations). In particular, it hypothesizes the benefits of a reflection on anti-discrimination law's conditions of legitimacy that includes both a spatial and a consequentialist dimensions.

INDEX

Keywords : racial (de)segregation, United States, non-discrimination, social sphere, individual freedom, freedom of association, Europe.

Mots-clés : (dé)ségrégation raciale, Etats-Unis, non-discrimination, sphères sociales, liberté individuelle, liberté d'association, Europe.

AUTEUR

STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ

Stéphanie Hennette Vauchez est professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre où elle dirige le CREDOF (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux). Elle est membre de l'Institut Universitaire de France