



RACISME
EN PROCÈS

MAÏRONNAGES

LES QUESTIONS RACIALES AU CRIBLE DES SCIENCES SOCIALES

LA RÉPRESSION DE L'INJURE RACISTE DANS LA JURISPRUDENCE DES COURS SUD-AFRICAINES : LE POIDS DE L'APPARTENANCE RACIALE DANS L'APPRÉCIATION DU RACISME POST-APARTHEID

*The Repression of Racist Insult in the Jurisprudence of South African Courts :
The Weight of Racial Affiliation in the Assessment of Post-Apartheid Racism*

Soline Laplanche-Servigne*

RÉSUMÉ

À partir de l'examen d'une partie de la jurisprudence sud-africaine en matière de *crimen injuria* et de hate speech, nous nous proposons d'interroger la question de la définition et de la répression par la justice sud-africaine de l'injure à caractère raciste. En nous appuyant sur un matériau réunissant une quarantaine de jugements relatifs à des litiges en matière de *hate speech* et de *crimen injuria* portés devant diverses juridictions sud-africaines entre 2000 et 2020, et d'entretiens avec des acteurs du monde judiciaire ayant eu à traiter de ces litiges, nous montrerons de quelle manière les juges fondent l'accusation de racisme dans les litiges en matière de propos haineux et d'atteinte à la dignité d'autrui. Nous examinerons alors en particulier la place accordée par le juge à la question de l'intentionnalité de l'auteur-riche des propos jugés, le rôle accordé à la race des protagonistes de la situation, et les éléments contextuels pris en considération pour évaluer dans quelle mesure une atteinte a été portée à la dignité du/de la plaignant-e. La jurisprudence apparaît en effet relativement indécise sur ces différents points. Nous aborderons ensuite la question du poids de l'appartenance raciale cette fois-ci dans les sanctions appliquées par la justice, qui oscillent entre protection de la dignité individuelle et droit catégoriel de protection de certains groupes raciaux.

ABSTRACT

*Based on an examination of some of the South African jurisprudence on *crimen injuria* and hate speech, we propose to examine the question of the definition and repression of racist slur by the South African justice system. Based on a collection of forty judgments relating to hate speech and *crimen injuria* cases brought before various South African courts between 2000 and 2020, and on interviews with actors from the judicial world who have had to deal with these cases, we will show how judges base the accusation of racism in hate speech and offence impairing the dignity of another. In particular, we will examine the place given by the judge to the question of the intentionality of the author of the judged words, the role given to the race of the protagonists of the situation, and the contextual elements taken into consideration to evaluate the extent to which the dignity of the plaintiff has been impaired. The jurisprudence appears to be relatively indecisive on these different points. We will then turn to the question of the role of race this time in the sanctions applied by the justice system, which oscillate between the protection of individual dignity and the categorical right to protect certain racial groups.*

MOTS-CLÉS :

Afrique du Sud ; discours de haine ; injure raciste ; juges ; jurisprudence ; race

KEYWORDS :

South Africa ; hate speech ; racist slur ; judges ; jurisprudence ; race

* Maîtresse de conférences en science politique, Université Côte d'Azur, laboratoire ERMES, soline.laplanche-servigne@univ-cotedazur.fr

En mars 2018, une Sud-Africaine blanche (Vicky Momberg), est condamnée à trois ans de prison, dont deux ans ferme, pour avoir insulté à de nombreuses reprises un policier noir de « kaffir » (dit le « *k-word* »), soit, nous y reviendrons, le terme le plus injurieux envers les Noirs sous l'apartheid, injure qualifiée par la juge de « raciste et s'adressant spécifiquement aux Noirs¹ ». Cette affaire a fait l'objet d'une large couverture médiatique : la presse internationale a surtout relevé la sévérité exceptionnelle de la condamnation, inédite pour ce type d'infraction, tandis que la presse sud-africaine a relayé nombre de tribunes débattant de cette affaire en lien avec la discussion du projet de loi sur la Prévention et la lutte contre les crimes et discours de haine, dite « *Hate Speech Bill* »². Par cette loi, en discussion depuis 2016, le gouvernement de l'African National Congress (ANC) entend renforcer l'arsenal juridique de répression des crimes et discours de haine. Jusqu'à présent, dans un système juridique mixte mêlant droit civil et *common law*, les litiges en matière de propos à caractère raciste sont traités au titre de *hate speech* (infraction civile) ou de *crimen injuria* (infraction pénale). Le second – dont Vicky Momberg a été reconnue coupable – est un crime au regard de la *common law* sud-africaine, défini comme une « atteinte illégale, intentionnelle et grave portée à la dignité d'autrui³ ».

Le projet d'une nouvelle loi sur la répression des crimes et discours de haine a suscité de nombreux débats dans l'espace public, opposant des partisans défendant un durcissement de la répression des discours de haine et leur criminalisation, et des adversaires soulignant les dangers d'une telle loi pour la liberté d'expression. On retrouve des éléments présents dans les débats, dans de nombreux autres pays, sur la liberté d'expression en démocratie, sa protection et ses limites, légalement balisées (Perry, Levin, Iganski, Blazak et Lawrence, 2009). Mais certaines critiques sont propres au contexte politique sud-africain : ainsi par exemple, un ancien juge

de la Cour suprême d'Afrique du Sud, Rex van Schalkwyk, a-t-il accusé le gouvernement de l'ANC d'utiliser cette proposition de loi pour « propager sa rhétorique politique » de « racialisme anti-Blanc » (Hlatshaneni 2017).

C'est que, trente ans après l'abolition du régime de ségrégation raciale et de discrimination raciste de l'apartheid, mis en place par une minorité blanche opprimant la majorité noire, et depuis l'accession au pouvoir en 1994 de l'ANC, parti à l'idéologie fondée sur le non-racialisme, la question raciale reste au cœur de tous les enjeux politiques. La lutte contre le racisme, dans ses dimensions politique et juridique, n'y échappe pas, comme nous le verrons à travers l'analyse de la qualification et de la prise en charge par la justice sud-africaine de l'injure et des propos à caractère raciste.

Dans cet article, nous entendons la notion de race comme renvoyant à la perception des différences phénotypiques en ce qu'elles peuvent avoir, dans un contexte donné, une incidence sur les statuts des groupes et des individus et sur les relations sociales. Nous l'utiliserons sans guillemets, tout comme les catégorisations raciales (Noir, Blanc...), notamment parce que ces notions sont utilisées ainsi dans les textes juridiques sud-africains, et parce que les catégorisations raciales « structurent l'espace politique sud-africain contemporain et y sont socialement pertinentes » (Darracq 2010, 12). Elles sont mobilisées dans les politiques publiques et par l'administration. Dans les textes juridiques, les références à la race ont deux fonctions : prévenir les formes de discrimination raciale et de racisme mais également admettre des politiques de « redressement » visant à corriger les effets de la discrimination raciale du passé, en autorisant des mesures correctrices fondées sur la prise en compte de la race des individus.

Cet article s'appuie sur un examen de la jurisprudence sud-africaine entre 2000 et 2020 en matière d'injure à caractère raciste, qu'elle soit jugée comme délit de *crimen injuria* ou en tant que *hate speech* – discours de haine à raison de la race –, et sur cinq entretiens avec

1 *The State v Momberg*, CASE No 3/3118/, Compte rendu des débats, 2017/10/17, 2017/11/03

2 *Prevention and Combating of Hate Crimes and Hate Speech Bill* B9-2018.

3 *Snyman, Criminal Law*, Durban : LexisNexis, 2014, p. 461, cité dans *Wilms v S* [2020] 1 All SA 286 (WCC), Par. 44.

des acteurs du monde judiciaire ayant eu affaire à ce contentieux⁴. Le matériau concernant la jurisprudence ne se veut pas exhaustif – il est difficile d'avoir accès de manière systématique à tous les jugements⁵ –, il est constitué d'une quarantaine de jugements relatifs à des litiges en matière de *hate speech* et de *crimen injuria* incluant la notion de « racisme » et portés devant diverses juridictions sud-africaines : Cour constitutionnelle, Haute cour (High Court), tribunal d'instance (*Magistrate Court*), tribunal du travail (Labour Court), tribunal de l'égalité (*Equality Court*), et les cours d'appel⁶.

Nous nous inscrivons dans le sillage des travaux de sociologie du droit sur la « judiciarisation du politique » qui interrogent dans quelle mesure la justice se substitue au politique quand « le politique serait de plus en plus dans l'incapacité de statuer sur des questions sensibles et s'en remettrait à la justice pour établir les principes fondamentaux du "vivre ensemble" » (Commaille 2007, 300), et qui étudient le rôle des juges comme potentiels nouveaux acteurs centraux du politique. Dans un pays dont le système juridique repose en partie sur la *common law*, la jurisprudence joue un rôle primordial dans la construction des normes juridiques et sociales, ce qui rend d'autant plus pertinent de prendre pour objet d'analyse les logiques de raisonnement des juges sud-africains dans la qualification de l'injure et du discours de haine racistes. Nous montrerons que la jurisprudence sud-africaine demeure indécise concernant la prise en compte de l'appartenance raciale des protagonistes d'une situation comme facteur décisif dans la qualification du caractère raciste de certains propos et dans la répression par le juge de

l'injure raciste. Cela questionne le poids accordé à l'appartenance raciale dans l'appréciation d'un racisme post-apartheid.

Nous aborderons deux points principaux dans cet article. Tout d'abord, se pose la question de la qualification de l'injure et des discours de haine racistes par les tribunaux sud-africains : quelle est la définition sous-jacente du racisme dans les jugements, et quels principes d'interprétation guident l'appréciation par le juge du caractère raciste de certains termes utilisés comme mode de désignation ? Nous analyserons la façon dont le juge prend en compte l'appartenance raciale des protagonistes dans l'appréciation du caractère raciste d'un terme ou propos. Puis nous aborderons la question du poids de l'appartenance raciale cette fois-ci dans les sanctions appliquées par la justice, qui oscillent entre protection de la dignité individuelle et droit catégoriel de protection de certains groupes raciaux.

La qualification de l'injure raciste : l'appréciation en contexte du rôle de l'appartenance raciale des protagonistes

Dans cette première partie, il s'agit d'analyser plus particulièrement la prise en compte, dans le raisonnement des juges, de l'appartenance raciale des protagonistes d'une situation dans leur appréciation du caractère « raciste » de certains propos. Nous montrerons comment, à travers une jurisprudence indécise, l'injure ou le discours de haine racistes, s'ils apparaissent toujours appréciés par le juge « objectivement », c'est-à-dire indépendamment de la question de l'intentionnalité du locuteur, la manière dont est pris en compte le régime de racialisation sud-africain prend différents tours, l'appartenance raciale des protagonistes jouant un rôle variable selon les cas dans la qualification de l'injure raciste. Dans certains cas, la race des protagonistes est relevée mais pour lui dénier tout rôle d'exonération dans la caractérisation de « racisme » du propos tenu, tandis que dans d'autres elle est considérée comme primordiale dans l'interprétation de la situation d'énonciation et la qualification de propos comme racistes.

4 Un procureur, un juge, un avocat, la porte-parole de la Commission sud-africaine des droits humains (SAHRC), une juriste de la Commission de conciliation, médiation et arbitrage (CCMA) de Johannesburg.

5 Nous avons sélectionné les jugements en interrogeant avec les mots-clés « *hate speech* », « *crimen injuria* » et « *racism* » à la fois la base de données SAFLLI – Southern African Legal Information Institute –, et les archives de bibliothèques juridiques spécialisées à Johannesburg. Nous avons parfois obtenu un jugement directement par un tribunal (pour le jugement de l'affaire Vicky Mombeng).

6 Pour les indicatifs des jugements : les deux premières lettres ZA (lorsqu'elles sont présentes) sont pour « Afrique du Sud », les deux dernières désignent le tribunal (ex : CC pour Constitutional Court, HC pour High Court) et les lettres du milieu, lorsqu'il y en a, la province ou ville de rattachement du tribunal (ex : G pour Gauteng).

Apprécier « objectivement » des propos à connotation raciale dans un contexte d'omniprésence de la race

Ce dossier nous invite à prendre au sérieux les régimes de racialisation, qui varient selon les contextes nationaux (Hall 1980), la notion de racialisation permettant de « mettre en lumière les logiques de production des hiérarchies raciales dans telle ou telle société donnée » (Mazouz 2021, 48). À ce titre, l'analyse de la jurisprudence sud-africaine en matière d'injure raciste constitue une entrée fructueuse pour constater l'influence de l'histoire sud-africaine de production de hiérarchies raciales liée au régime de l'apartheid dans l'appréhension juridique de l'injure et du discours de haine racistes dans l'Afrique du Sud post-apartheid. L'historienne Deborah Posel rappelle que sous l'apartheid, les catégories raciales étant définies par la loi de manière imprécise – ce qui « était la clé de leur efficacité en tant qu'instruments de racialisation » – les tribunaux étaient appelés à l'occasion « à trancher des conflits de frontières provoqués par une classification raciale contestée » (Posel 2001, 57) et à décider de la catégorie raciale d'enregistrement administratif des individus. Dans l'Afrique du Sud « non-racialiste » post-apartheid, les tribunaux sont désormais parfois appelés à trancher la question de savoir si certains termes ou propos à connotation raciale doivent être considérés comme racistes, là aussi à partir d'une définition juridique soumise à interprétation, celle du crime d'injure ou celle du discours de haine.

La protection contre les discours de haine apparaît singulièrement, en comparaison d'autres pays, dans la Constitution sud-africaine de 1996 elle-même, texte issu de la transition démocratique de 1994, qui prône la liberté d'expression tout en garantissant la protection contre les discours de haine à raison de l'appartenance à certains groupes, puisque l'article 16 alinéa 2 dispose que le droit à la liberté d'expression exclut « l'incitation à la haine fondée sur la race, l'origine ethnique, le sexe ou la religion, et qui constitue une incitation à causer du tort ». Cet article de la Constitution « ne fait pas automatiquement de l'"appel à la haine" une infraction pénale ou civile, mais prévoit plutôt que cette catégorie de

discours n'est pas soumise à la protection constitutionnelle et peut être réglementée par l'État » (Traum 2014, 80). Elle autorise donc une loi d'application générale à ce sujet et en 2000, la loi pour la promotion de l'égalité et la prévention de la discrimination injuste (*Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act No.4 - PEPUDA*) est venue renforcer la protection contre les discours de haine prévue par la Constitution, avec comme objectif « de prévenir et interdire les discriminations injustes et le harcèlement, de promouvoir l'égalité et éliminer les discriminations injustes, de prévenir et interdire les discours de haine ». L'article 10 de cette loi interdit ainsi « de publier, de propager, de préconiser ou de communiquer contre quiconque des propos fondés sur un ou plusieurs des motifs de distinction illicite, qui pourraient raisonnablement être interprétés comme démontrant une intention claire d'être blessant, de nuire ou d'inciter à nuire, de promouvoir ou de propager la haine »⁷.

Le discours de haine n'est pas considéré comme un crime en lui-même, toutefois le tribunal pour l'égalité peut signaler une affaire relative à un discours haineux au directeur des poursuites publiques afin qu'il engage des poursuites pénales pour *crimen injuria*, en faisant valoir l'atteinte grave portée à la dignité d'autrui. Alexander Traum souligne que « les tribunaux sud-africains considèrent la dignité comme une valeur constitutionnelle primordiale et sont prêts à subordonner la liberté d'expression si cette dernière porte suffisamment atteinte à la première » (Traum 2014, 86).

À partir de ce cadre juridique, la première difficulté rappelée dans un certain nombre de jugements est qu'il n'existe pas dans ces textes de liste des mots « haineux » ou « racistes », et que c'est au juge d'étudier le contexte d'énonciation des propos incriminés afin d'attribuer un sens aux mots employés. Les juges mettent alors en œuvre ce qu'ils nomment le « test objectif », qui consiste à apprécier le « sens standard » pouvant être attribué à des termes et propos, dans un contexte donné.

⁷ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000, Article 10.

Comment ce « sens standard » est-il déterminé ? Le juge se demande « ce que les mots signifieraient pour un auditeur raisonnable ayant les connaissances et les compétences communes attribuées à un membre ordinaire de la société »⁸, considérant que « si une personne raisonnable, objective et informée, en entendant les mots, les percevrait comme racistes ou désobligeants⁹ », le juge doit leur accorder lui aussi ce sens-là. Comme me l'explique un magistrat de la Johannesburg Central Magistrate Court :

« Ce qui compte ce n'est pas ce que la personne aurait subjectivement voulu dire en prononçant ces mots, c'est la façon dont objectivement, vous et moi, nous aurions perçu ces mots. Donc subjectivement, la personne ne le pensait peut-être pas, mais objectivement, elle aurait dû savoir que si on dit ces mots à cette personne, qui appartient à ce groupe [racial], objectivement parlant, elle aurait dû savoir que ce serait pris pour du racisme¹⁰ ».

Certains jugements rappellent qu'il s'agit bien d'apprécier la perception (de propos) qui serait celle d'une proportion raisonnable de la société :

« Le fait que certaines parties de la société ne connaissent pas la signification des mots, soit parce qu'elles sont incapables de les décoder pour en trouver le sens (elles ne comprennent pas ce qui est dit), soit parce qu'elles n'y sont pas exposées, n'est pas pertinent. Si les mots ont une signification pour une partie de la société, cela est suffisant¹¹ ».

La première implication de ce raisonnement est qu'en appréciant « objectivement » le caractère haineux et raciste de termes ou propos afin de prouver l'« intention claire d'être blessant », le juge ne prend en considération

ni l'intention exprimée par l'auteur des propos lui-même – « l'intention du locuteur n'est pas pertinente »¹² –, ni le ressenti de la personne ciblée par les propos, celui-ci n'étant que secondaire :

« Bien que l'impact d'un mot désobligeant ou raciste sur la personne à laquelle il est adressé ne soit pas totalement dénué de pertinence, le fait qu'elle se soit sentie offensée n'est qu'un élément ; il faut démontrer que le mot lui-même est désobligeant et raciste dans son contexte. En d'autres termes, les mots doivent être jugés objectivement désobligeants sur la base de la preuve considérée dans son ensemble ».¹³

Le travail d'interprétation du juge porte alors sur la façon dont certains termes ou propos doivent être considérés, en fonction d'une norme standard, comme « racistes » dans le contexte historique et social sud-africain. Ce qu'il s'agit donc de cerner, ce sont les contours de cette « norme (anti) raciste standard » tels que dévoilés à travers les lignes des jugements étudiés. Dans son analyse de jugements pour injure raciste au sein de tribunaux français, Gwénaële Calvès souligne également que l'injure y est une notion relative et affaire de contexte :

« (...) la caractérisation de l'injure raciste suppose la mobilisation par le juge d'une forme de sociologie ou de sémiologie de la parole raciste [pour déterminer] quels sont les mots, les images, les références qui se trouvent investies, dans notre société, de connotations racistes ». (Calvès 2015, 41)

C'est ce même questionnement quant au sens et à la portée des mots et propos soumis au juge qui traverse les jugements sud-africains étudiés : quels sont alors les éléments d'interprétation mobilisés par les juges pour contextualiser les propos incriminés et les qualifier

8 *AfriForum and Another v Malema and Others* (20968/2010) [2011] ZAEQC 2, par. 109.

9 *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester and Others* [2018] ZACC 13, par. 38.

10 Entretien avec le magistrat N.K, 19/06/2018, Johannesburg Central Magistrate Court.

11 *Afri-Forum and Another v Malema and Others*, Op. Cit.

12 *Lucas v Peterson* (EC02/2013) [2016] ZANCHC 43, par. 23.

13 *SAEWA obo Bester v Rustenburg Platinum Mine and Another* (JA45/16) [2017] ZALAC 23, par. 25.

éventuellement de racistes, à l'aune d'éléments « "extrin-sèques" (le contexte dans lequel s'inscrit le propos) » (Calvès 2015, 36) ? Soulignons d'abord que parmi les termes portés devant le juge et qualifiés par les plaignants d'injure raciste, certains sont des termes pouvant être considérés dans d'autres contextes nationaux, en particulier le contexte français, selon les circonstances, comme investis d'une connotation raciste, tels que « singe » ou « babouin ». D'autres termes en revanche, dont le sens est discuté dans les jugements, sont propres au contexte sud-africain : « kaffir » (parfois « kaffer »), « boer », « hottentot » (swartman). Nous nous penchons ici sur les termes relevant de la deuxième catégorie, qui constituent la majorité des litiges de notre corpus. En outre, ce qui apparaît surtout spécifique à la jurisprudence sud-africaine, c'est la prise en considération par le juge, dans son appréciation du caractère raciste des propos jugés, des rapports sociaux de race dans le pays. Les références au passé raciste du régime de l'apartheid sont en effet constantes.

Toutefois, elles n'interviennent pas de façon univoque. Comme souligné par Judith Geldenhuys et Michelle Kelly-Louw, « il n'existe aucune base solide dans le libellé des dispositions législatives examinées pour distinguer la manière dont elles sont appliquées aux différents groupes de population » (Geldenhuys et Kelly-Louw 2020, 15). Nous allons voir que dans une première série de cas, l'injure ou les propos racistes sont appréciés par-delà les rapports d'inégalité raciale issus de l'apartheid.

La qualification de l'injure raciste par-delà les rapports d'inégalité raciale

Dans une première série de jugements, la race du locuteur n'apparaît pas comme une variable décisive dans l'appréciation par le juge du caractère raciste d'un propos car certains termes sont considérés dans le contexte historique sud-africain comme évidemment racistes, indépendamment de la race de la personne qui les emploie et de celle qui est ciblée : il en est ainsi du terme « kaffir »¹⁴, souvent désigné dans les jugements

comme le « mot en k », très spécifique à l'Afrique du Sud et dont l'usage est le plus souvent discuté dans la jurisprudence en matière d'injure raciste.

Dans ces affaires-ci, les références au passé raciste du régime de l'apartheid ne sont pas seulement des appels du juge à un devoir de mémoire, elles lui servent surtout à apprécier le caractère raciste d'un terme en fonction de son usage sous l'apartheid. Souligner l'usage raciste d'un terme durant l'apartheid le conduit à la qualification de ce terme comme raciste dans ses usages contemporains également :

« C'est dans ce contexte politique et historique que les actes de racisme doivent être déterminés. Il ne fait aucun doute que l'utilisation du fameux terme "k" sera presque inévitablement assimilée à du racisme ou à un comportement raciste, compte tenu de son contexte politique et historique ».¹⁵

On trouve dès lors des jugements pouvant sembler singuliers car concernant l'usage du terme « kaffir » dans une interaction impliquant des protagonistes appartenant au même groupe racial. Dans une affaire jugée récemment, en 2020 – dans laquelle le procureur et la juge étaient les mêmes que ceux ayant jugé l'affaire « Vicky Momberg » déjà évoquée – l'auteur et la cible des propos incriminés sont singulièrement tous deux noirs. Les deux protagonistes étaient amis et partenaires d'affaires et, dans le cadre d'une dispute financière, l'un aurait envoyé à l'autre des SMS dans lesquels il le qualifiait de « QwaQwa¹⁶ kaffir » (Cilliers 2020). Le procureur Y. B. m'expliquait alors au sujet de cette affaire qu'il traitait :

« Je suis aussi occupé par une autre affaire où le "mot en k" a été utilisé, mais ce n'est pas Noir contre Blanc, c'est Noir contre Noir... Mais vous ne

dèle et serait apparu en Afrique du Sud avec une présence musulmane datant du milieu du XVII^e siècle, lorsque les Hollandais ont amené des musulmans au Cap en tant que esclaves et domestiques, ce qui expliquerait l'introduction de ce mot dans le lexique colonial.

15 *Modikwa Mining Personnel Services v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (JR1904/2010) [2012] ZALCJHB 61, par. 26.

16 Un ancien bantoustan d'Afrique du Sud – les bantoustans étant les régions créées durant la période d'apartheid, réservées aux populations noires et jouissant d'une certaine autonomie.

14 À l'origine, « kaffir » serait dérivé du mot arabe signifiant non-croyant ou infi-

pouvez pas dire que la même race ayant souffert des mêmes stigmates ne peut pas être raciste. (...) Mon but avec cette poursuite est de bannir complètement ce mot [kaffir] et que plus personne ne puisse l'utiliser. C'est mon objectif final. (...) *Donc ce n'est pas une question de...de quelle race est la personne disant...* C'est la question de savoir quelle est la dégradation qu'une telle expression laisse. C'est la dégradation.»¹⁷

Dans la presse rendant compte du verdict de la juge Pravina Raghoonandan, qui a condamné l'accusé pour *crimen injuria* à une amende de 24 000 rands (1 500 euros) ou 12 mois de prison avec sursis, est indiqué qu'elle a déclaré :

« "On ne peut pas accepter qu[e le mot "k"] fasse partie de la culture, peu importe la race [de la personne qui l'emploie]." » (Maphanga 2020)

Ici, la portée objectivement dégradante de la désignation d'une personne comme « kaffir » et l'intention de porter atteinte à sa dignité sont donc appréciées indépendamment de la race du locuteur – ce qui fait dire au procureur que l'injure raciste peut être caractérisée, y compris lorsque le terme est employé par une personne faisant elle-même partie du groupe racial historiquement stigmatisé par ce terme, d'un point de vue systémique. L'injure, comme « parole offensante adressée à une personne afin de la blesser délibérément, en cherchant à l'atteindre dans son honneur et sa dignité » (Godin 2011, 142), peut dans ces cas-là être interprétée en termes d'« acte de discours » et rapprochée de l'échange d'insultes sexistes entre filles étudié par Isabelle Clair (Clair 2017).

On retrouve la même logique de mise au second plan de la race des protagonistes dans un jugement condamnant cette fois-ci un homme blanc pour avoir insulté de « kaffir » une femme blanche dans le cadre d'une dispute intra-familiale :

« En l'espèce, une femme blanche a été qualifiée de "sale kaffer" et le tribunal a conclu qu'en raison de l'emploi du mot, c'est dévalorisant (...). La couleur [de peau] (...) n'a donc aucun rapport. C'est le mot utilisé [qui compte] ».¹⁸

Cité dans une décision de la Cour constitutionnelle, le juriste Pierre de Vos souligne lui aussi :

« Ainsi, même lorsqu'une personne blanche est traitée de "kaffir", le destinataire de l'insulte se voit dire qu'il ou elle est tout aussi paresseux et stupide que tous les Noirs sont connus pour l'être aux yeux des Blancs racistes »¹⁹.

Le deuxième cas de figure dans lequel la race du locuteur n'est pas le critère décisif pour qualifier le propos tenu de raciste ou non, concerne les jugements portant sur des désignations à connotation raciale (appelées « descripteurs raciaux » dans les jugements), dont le juge va chercher à apprécier la neutralité en fonction du contexte d'énonciation. On l'a dit, dans la société sud-africaine, les catégorisations raciales façonnent l'espace politique et social et sont mobilisées ordinairement dans l'espace public comme dans le langage du quotidien. La question de savoir si un descripteur racial pouvait être assimilé à une insulte raciste a été soulevée et discutée notamment dans l'affaire Bester²⁰. La situation jugée est la suivante : M. Bester, un homme blanc, a été licencié pour insubordination et racisme après avoir fait référence à un collègue noir en le désignant du terme « swartman », signifiant « homme noir » en afrikaans, dans le cadre d'un différend au sujet d'une place de parking – il aurait pointé du doigt ce collègue tout en intimant au responsable du parking : « enlève le véhicule de cet homme noir (swartman) ». Revenant sur le premier jugement du tribunal du travail – qui affirmait que l'usage du descriptif « homme noir » était raciste puisqu'il n'y avait « aucune raison concevable

18 *Mita Ryan v Peters* case number CA165/2008 EC, cité dans *The state v Momborg*, op. cit

19 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and others* [2016] ZACC 38, par. 4.

20 *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester and Others* [2018] ZACC 13.

17 Entretien du 12 juin 2018, tribunal d'instance (Magistrate court) de Randburg.

pour laquelle la race aurait pu de manière justifiée servir d'identifiant»²¹ –, la juge de la Cour d'appel du travail insiste, au terme de son argumentaire, sur la nécessité d'apprécier en contexte l'usage de descripteurs raciaux, sans le présumer nécessairement raciste :

« (...) dans une société à forte connotation raciale comme la nôtre, où une accusation de racisme a des conséquences graves et étendues, il est important d'examiner attentivement le contexte dans lequel un descripteur racial est utilisé, et de ne pas présumer que la simple utilisation d'un descripteur racial est axiomatiquement péjorative et raciste»²².

Elle précise encore :

« Les descripteurs de race tels que "homme noir" et "femme noire" sont neutres et ce n'est qu'en les situant dans un contexte "péjoratif" que leur utilisation doit être condamnée comme raciste »²³.

Comment cette juge a-t-elle apprécié le contexte d'énonciation de ce descripteur racial « homme noir », pour arriver à la conclusion de sa neutralité non raciste ? Selon elle, le locuteur ne connaissait pas la personne désignée et n'avait donc aucune raison de la dénigrer ; ignorant son nom, il a utilisé la race comme moyen de description – la juge normalise alors l'usage dans la société sud-africaine de catégories raciales descriptives, soulignant que « compte tenu de l'héritage de ségrégation raciale de l'Afrique du Sud, il serait négligent d'ignorer la tendance à identifier des personnes de différents groupes raciaux en utilisant des descripteurs raciaux, que ce soit par inadvertance ou non²⁴ ». Elle conclut dès lors que « les descripteurs raciaux peuvent avoir pour effet de perpétuer les divisions plutôt que de les atténuer (...). Mais cela ne peut être considéré comme raciste en soi.

Si c'était le cas, les organisations qui cherchent à perpétuer la conscience et l'identité noires seraient condamnées sans appel – et notre société n'a pas encore adopté une position aussi absolue»²⁵.

Un dernier point peut être mentionné concernant la (non) prise en compte de la race du locuteur dans l'appréciation par le juge de propos à caractère raciste : certains jugements interrogent en effet la pertinence d'un traitement différentiel à accorder, en matière de discours de haine, selon le groupe d'appartenance raciale du locuteur. Dans un jugement concernant un Sud-Africain noir ayant publié sur Facebook le propos « Je veux nettoyer ce pays de tous les Blancs, nous devons agir comme Hitler l'a fait avec les Juifs»²⁶, est ainsi discutée la justification du locuteur selon laquelle ses propos étaient une réaction à ceux, venus redoubler son expérience du racisme vécu sous l'apartheid, d'une Sud-Africaine blanche ayant comparé les Sud-Africains noirs à des singes²⁷, dans un post publié sur Facebook également²⁸. Parmi les documents présentés au juge figure en outre le rapport d'un psychologue faisant mention du contexte social de l'expérience vécue par une personne noire pendant l'apartheid et après celui-ci. Le juge du tribunal de l'égalité indique néanmoins que ce contexte historique et social d'inégalités raciales ne doit pas conduire à la reconnaissance de circonstances atténuantes à l'encontre des membres d'un groupe structurellement racialement opprimé proférant des propos racistes :

« L'idée selon laquelle, dans une société donnée, les membres d'un groupe "subalterne" qui dénigrent les membres du groupe "ascendant" devraient être traités différemment à cause des circonstances, que si c'était l'inverse, n'a pas sa place dans l'application de la loi sur l'égalité et irait à l'encontre de son objectif même. Notre projet de construction de la nation reconnaît

21 *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester and Others* (JR130/14) [2016] ZALCJHB 75, par. 23.

22 *SAEWA obo Bester v Rustenburg Platinum Mine and Another* (JA45/16) [2017] ZALAC 23, par. 30.

23 *Ibid.*

24 *SAEWA obo Bester v Rustenburg Platinum Mine and Another, op. cit.*, par. 29.

25 *Ibid.*

26 *South African Human Rights Commission v Khumalo* (EQ6-2016; EQ1-2018) [2018] ZAGPJHC 528.

27 *Ibid.*, par. 28 à 31.

28 *ANC v Sparrow* (01/16) [2016] ZAEQC 1. Penny Sparrow a été condamnée pour *crimen injuria* pour ces propos.

une multitude de griefs justifiables dérivés de l'oppression et de la domination raciale passées. Le choix de valeur dans la Constitution est que nous devons surmonter les fissures entre nous. Cela ne peut se produire si, lors d'un débat, aussi vigoureux soit-il, une partie de la population est autorisée à condamner parce que ses membres ont été victimes de l'oppression, et que l'autre partie, considérée comme étant collectivement les anciens oppresseurs, est disciplinée pour rester silencieuse. La réalité est que, compte tenu de notre histoire, les Sud-Africains blancs ont collectivement beaucoup de comptes à rendre. Cependant, le fait de ne pas se soucier des explosions de vitupération contre les Blancs, pour ces raisons, ne contribue en rien à promouvoir la cohésion sociale».²⁹

Néanmoins, la jurisprudence demeure à ce jour indécise, en tout cas contradictoire selon les cours, concernant le poids à accorder aux rapports de domination raciale issus de l'apartheid dans l'appréciation de l'usage de certains termes ou propos à connotation raciale. Ainsi, dans d'autres jugements, notamment ceux de la Cour constitutionnelle, des juges considèrent primordiale la prise en compte des inégalités et hiérarchisations raciales issues de l'apartheid comme préalable à l'appréciation objective du caractère raciste d'un propos.

L'injure raciste appréciée d'abord à l'aune du régime d'inégalités raciales de l'apartheid

Si nous avons vu précédemment que dans certains jugements l'usage du terme « kaffir » était qualifié de raciste quelle que soit l'appartenance raciale du locuteur et de la personne ciblée, il convient de souligner qu'il en va différemment dans d'autres jugements, dans lesquels ce terme est considéré comme offensant envers le groupe racial des Noirs (désignés aussi comme « Africains ») spécifiquement et révélateur de rapports raciaux inégaux. Dans ces jugements, les juges font ainsi référence à des travaux universitaires pour attester la

signification raciste du terme « kaffir » lorsqu'il est employé par des Blancs. Selon les travaux cités, le terme a acquis, depuis la colonisation, « un effet délibérément déshumanisant ou délégitimant lorsqu'il est employé par un Blanc contre son compatriote africain »³⁰, incarnant dès lors un racisme biologique « flagrant » :

« Voici ce que dit le professeur Pierre De Vos à propos du terme kaffir : "Ce terme a une histoire hideuse en Afrique du Sud et a été presque exclusivement utilisé par les racistes blancs comme une généralisation grossière pour dénigrer les Sud-Africains noirs. Se faire traiter de "kaffir", c'est se faire traiter de personne paresseuse et stupide. Mais l'hypothèse derrière ce mot est qu'en étant paresseux et stupide, on se comporte simplement comme tous les Noirs se comportent *toujours* – comme les Blancs *attendent* des Noirs et savent que tous les Noirs se comportent".³¹

Est alors régulièrement rappelée la définition du racisme biologique prôné par le régime d'apartheid, comme un constat de la pérennité des rapports de hiérarchisation raciale entre Blancs et Noirs :

« Le racisme et la discrimination étaient les caractéristiques de la politique d'apartheid mise en œuvre dans l'ordre précédent.

Cette politique reposait sur la fausse notion et la croyance que la race blanche était supérieure et que les autres races étaient inférieures. Par conséquent, les Noirs étaient privés de leur dignité et d'autres droits fondamentaux. L'institutionnalisation du racisme leur a apporté des souffrances, des blessures et des humiliations intolérables».³²

Dès lors, la portée du terme « kaffir » est-elle appréciée à l'aune des rapports de domination raciale issus du régime

30 *Dagane v SSSBC and Others* (JR2219/14)[2018] ZALCJHB 114; [2018] 7 BLLR 669 (LC); [2018] 39 ILJ 1592 (LC).

31 *National Commissioner of the South African Police and Another v Nienaber NO and Another* (C790/2015) [2017] ZALCCT 17, par. 14.

32 *Duncanmec(Pty)Limited v Gaylard NO and Others*(CCT284/17)[2018] ZACC 29, par. 3.

29 *South African Human Rights Commission v Khumalo*, *op. cit.*, par. 102.

de racialisation de l'apartheid, qui impliquent que son usage soit associé à une intention claire d'être blessant ou à une volonté d'atteinte à la dignité des personnes membres des groupes raciaux opprimés, qu'il n'est nul besoin de prouver, selon la race de la personne qui en fait usage et celle de la personne désignée : « toute personne raisonnable » sait que ce terme, « incarnation de la suprématie et de la haine raciales, tout en un »³³, est insultant et raciste s'il est employé par des Blancs envers des Noirs :

« On ne soulignera jamais assez qu'être appelé un "kaffir" est la pire insulte qui puisse être adressée à un Africain en Afrique du Sud, en particulier par un Blanc »³⁴.

« Comme je l'ai dit, lorsqu'une personne qui n'est pas africaine traite un Africain de "kaffir", ce comportement constitue une injure raciale. L'injure raciale envers les Africains par certains Blancs ne s'est pas arrêtée dans les années 1970 et 1980. Elle s'est poursuivie au début des années 1990 et continue encore aujourd'hui. Elle prend des formes différentes mais reste toujours un abus racial »³⁵.

C'est également à l'aune du régime d'inégalités raciales de l'apartheid qu'est apprécié, dans une partie des jugements, l'usage des catégories raciales descriptives : pour le juge, l'histoire de racisme institutionnalisé de l'Afrique du Sud a donné à certaines désignations raciales une connotation particulière, qui impose de les considérer à présent, dans certaines configurations, comme « racialement chargées »³⁶ et finalement racistes. La norme antiraciste actuelle est donc, selon le juge, modelée par l'histoire d'une institutionnalisation du racisme : le contexte d'énonciation sud-africain ne peut être neutre lorsque des Blancs utilisent certains termes pour désigner les membres d'un groupe racisé.

Ainsi, si nous avons vu précédemment (dans l'affaire *Bester v Rustenburg Platinum Mine and Another*) que le juge de la Cour d'appel du travail a considéré l'usage de la désignation « homme noir » comme neutre, ce n'est pas le cas du juge du tribunal du travail, ni de celui de la Cour constitutionnelle, qui tous deux ont au contraire apprécié l'usage de ce terme à l'aune du critère, jugé primordial, de l'héritage des inégalités raciales de l'apartheid. Le juge du tribunal du travail souligne ainsi qu'« en dépit du démantèlement officiel de l'apartheid institutionnel, les questions de race et de racisme restent prévalentes sur les lieux de travail sud-africains. L'utilisation d'identifiants raciaux joue un rôle évident dans la perpétuation des stéréotypes négatifs. Le concept de race, en tant que construction sociale, continue d'être imprégné d'un bagage idéologique et peut servir à des fins d'assujettissement, où des personnes d'une race particulière continuent d'être considérées comme "autres" »³⁷.

Le juge estime dès lors injustifié et malvenu l'usage par un homme blanc d'un identifiant racial pour désigner un collègue noir, dont il aurait en outre fait usage sur un ton agressif :

« En l'espèce, il n'y a aucune raison concevable pour laquelle la race aurait pu servir à juste titre d'identifiant. Dans la mesure où le contexte est pertinent, il convient de rappeler que Bester a fait irruption dans une réunion en cours, qu'il était agressif et belliqueux, qu'il a pointé son doigt vers Sedumedi et qu'il a exigé d'une voix forte que Sedumedi retire la voiture de l'"homme noir" à côté de la sienne. Les personnes présentes à la réunion ont été offensées par le comportement de Bester (Bester n'était pas, comme l'a suggéré le commissaire, en train de "se référer à un attribut physique pour identifier une certaine personne"). La référence de Bester à Thomelang en tant qu'"homme noir" était désobligeante et raciste »³⁸.

33 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and others*, Op. Cit. par. 9.

34 *Ibid.*, par. 53.

35 *Modikwa Mining Personnel Services v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others*, op. cit., par. 24.

36 *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester and Others* [2018] ZACC 13, par. 48.

37 *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester and Others* (JR130/14) [2016] ZALCJHB 75, par. 22.

38 *Ibid.*, par. 23.

C'est ce que fait également valoir la juge de la Cour constitutionnelle. Celle-ci critique la décision de la Cour d'appel du travail en ce qu'elle repose sur une mauvaise interprétation dont le raisonnement est fondé sur une présomption initiale de « neutralité » des termes, oublieux en cela du legs raciste de l'apartheid :

« Le point de départ de la Cour d'appel du travail, selon lequel les phrases sont présumées neutres, échoue à reconnaître l'impact de l'héritage de l'apartheid et de la ségrégation raciale qui nous a laissé un présent racialement chargé. Cette approche présente le danger que la vision dominante et raciste du passé – de ce qui est neutre, normal et acceptable – soit utilisée comme point de départ de l'enquête objective sans reconnaître que la racine de cette vision biaise cette enquête. Il ne peut être correct d'ignorer la réalité de notre passé de racisme institutionnalisé et de commencer une enquête visant à déterminer si une déclaration est ou non raciste et désobligeante en présumant que le contexte est neutre – notre contexte social et historique impose le contraire »³⁹.

Selon la juge de la Cour constitutionnelle, dans le contexte de racialisation de l'Afrique du Sud, les désignations raciales ne peuvent dès lors être présumées neutres et leur connotation doit être examinée à la lumière des rapports sociaux de race : ainsi du terme « homme noir », lorsqu'il est employé par un Blanc pour désigner un Noir. La juge est donc revenue sur la décision de la Cour d'appel du travail qui décrétait le licenciement abusif, en considérant elle qu'il « était déraisonnable (...) dans ce contexte, de conclure que l'utilisation de "swartman" était inoffensive sur le plan racial⁴⁰ ». Les termes dont les juges cherchent à apprécier le caractère raciste sont alors évalués à l'aune d'un continuum entre passé de racisme institutionnel et présent « nécessairement » empreint de racisme et de préjugés raciaux qui n'« ont pas disparu du jour au lendemain »⁴¹.

39 *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester and Others* [2018] ZACC 13, par. 48.

40 *Ibid.*, par. 49.

41 *Ibid.*, par. 52.

Dans d'autres cas, selon la même logique de prise en considération des rapports de racisation et de l'oppression raciste à laquelle les Noirs ont été soumis sous l'apartheid, certains épithètes employés par des Noirs sont qualifiés par le juge d'« offensants » mais pas nécessairement « racistes ». C'est notamment le cas dans une affaire mettant en jeu l'emploi du terme « boer »⁴², dans laquelle la Cour constitutionnelle, saisie en appel pour contester le maintien dans leur emploi d'employés noirs ayant fait usage de ce terme dans un chant en isiZulu⁴³ entonné lors d'une grève sur leur lieu de travail, a confirmé un arbitrage préalable de la Commission de conciliation ayant absout les employés de racisme, « parce que cette chanson est une chanson de lutte et qu'elle a une histoire⁴⁴ ». Le juge de la Cour constitutionnelle identifie « deux questions sur le fond », dont « la première est de savoir si le comportement des employés qui ont entonné la chanson de lutte en question constituait un acte de racisme » :

« Il est apparu clairement au cours de l'audience que le seul mot qui faisait référence à la race était "boer". Selon le contexte, ce mot peut signifier "fermier" ou une "personne blanche". Aucune de ces significations n'est offensante sur le plan racial. (...) Il est à noter que l'arbitre n'a pas jugé que la chanson contenait des mots racistes. Elle a plutôt conclu que la chanson était inappropriée et qu'elle peut être offensante et blesser ceux qui l'entendent". Plus important encore, l'arbitre a établi une distinction "entre le fait de chanter la chanson et le fait de désigner quelqu'un par un terme raciste". Il ressort du jugement que, après avoir estimé que le fait de chanter la chanson était inapproprié, mais en le distinguant

42 Les colons blancs de langue afrikaans dont les représentants au sein du Parti national ont conceptualisé la politique d'apartheid.

43 Chant comprenant la phrase « Grimpez sur le toit et dites-leur que ma mère se réjouit quand nous frappons le boer ». Le syndicat NUMSA a contesté le fait que les paroles en question constituait un discours de haine ou une incitation à commettre des violences sur les Blancs, expliquant que la chanson était une ancienne chanson de lutte des travailleurs à l'époque de l'apartheid et qu'elle visait à défier l'autorité des employeurs dans le contexte d'une grève.

44 Arbitre citée dans *Duncanmec (Pty) Limit ed v Gaylard NO and Others*, op. cit., par. 17. *Ibid.*, par. 37.

du racisme brut, l'arbitre a prêté attention au contexte dans lequel la faute a été commise ⁴⁵ ».

Comme souligné par Joanna Botha, qui soulève la question des relations de pouvoir entre les protagonistes d'une situation pour interroger le caractère raciste ou non de divers propos, dans ce cas-ci, où la désignation raciale de « boer » était utilisée par des employés noirs dans un chant issu de la lutte anti-apartheid, celui-ci, « compris correctement dans son contexte, n'avait pas de pouvoir de "classement" ou de capacité à mettre en œuvre la subordination et l'oppression fondée sur l'identité » (Botha 2020, 377).

C'est également au niveau de la répression des propos à caractère raciste que se pose la question du poids accordé à la variable raciale. On constate alors, comme au niveau de la qualification de l'injure raciste, le même type d'oscillations concernant la prise en considération de l'appartenance raciale des protagonistes dans la justification des sanctions décidées par le juge.

La sanction judiciaire de l'injure raciste et le poids de la variable raciale : entre protection de la personne et droit antiraciste catégoriel

Au sein des démocraties, l'encadrement de la liberté d'expression et le traitement juridique des discours de haine sont hétérogènes, en ce qui concerne notamment « les outils répressifs » et « les justifications de la répression : lutte contre les crimes de haine, protection de l'ordre public ou de la paix civile, ou encore respect du principe de la dignité humaine » (Girard 2015, 12). Dans cette seconde partie, à travers la description des modalités de sanction de l'injure et des discours de haine racistes dans le prétoire sud-africain et l'analyse de leur justification par les juges, nous interrogerons ce que les peines prononcées et la manière dont elles sont légitimées peuvent révéler d'un « droit antiraciste » dans l'Afrique du Sud post-apartheid et du rôle qui lui est assigné, en admettant la théorie du réalisme juridique selon laquelle « les juges doivent être considérés

comme des créateurs de droit. Ils exercent en ce sens une fonction législative (ils sont *law makers*) et en définitive politique » (Chouchan 2016, 7).

Deux questionnements principaux guideront cette seconde partie : d'abord, qu'est-ce qui est protégé, à travers la répression de l'injure raciste, et pourquoi ? Ensuite, à quel(s) type(s) de justice la répression est-elle articulée, selon quelles légitimations et avec quels objectifs ? Nous verrons là encore que l'on note des oscillations dans la manière de prendre en compte le poids de la variable raciale.

Punir quoi et pourquoi ? De la défense de la dignité de l'individu à celle du groupe racial

La Constitution sud-africaine donne aux juges une grande marge de manœuvre dans l'élaboration du droit, en particulier lorsqu'il s'agit de questions relatives à la « transformation » de l'Afrique du Sud post-apartheid. Les jugements pour injure raciste et discours de haine raciale étudiés ne contiennent pas seulement des argumentaires sur les propos énoncés et leur appréciation juridique, ils apparaissent également comme une tribune politique pour les juges qui y font état du rôle assigné selon eux aux tribunaux dans la lutte contre le racisme. On y trouve en effet régulièrement des passages dans lesquels les magistrats paraissent faire de l'arène du tribunal une chambre d'affirmation de la norme anti-raciste post-apartheid, et allèguent mettre en œuvre la double injonction de la Constitution à « reconnaître les injustices de notre passé notamment son histoire raciste⁴⁶ » tout en favorisant « la guérison des divisions du passé, l'unité et la réconciliation nationales⁴⁷ ».

D'abord, cela passe par l'énonciation explicite du rôle assigné selon eux aux tribunaux sud-africains dans la diffusion et le renforcement de cette norme antiraciste, et comme garde-fou de celle-ci :

⁴⁵ *Ibid.*, par. 37

⁴⁶ *Modikwa Mining Personnel Services v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others*, *op. cit.*, par. 25.

⁴⁷ *Ibid.*

« Ce type de comportement doit faire l'objet d'une réponse juste et équitable, mais une réponse très ferme, de la part de ce tribunal et d'autres tribunaux, en tant que gardiens de notre démocratie constitutionnelle, si nous voulons espérer arrêter ou éliminer le racisme »⁴⁸.

Ce rôle assigné aux tribunaux de garants de la lutte contre le racisme serait le revers du rôle coupable qu'ils ont joué dans l'application des politiques racistes de l'apartheid :

« Les lois racistes, appliquées pour la plupart volontairement par les tribunaux et d'autres institutions de l'État, séparaient les gens sur la base de la race. Dans une large mesure, cela a favorisé l'idée mauvaise et odieuse de la supériorité raciale de la minorité blanche privilégiée sur la majorité noire »⁴⁹.

Le Procureur ainsi que le juge endossent alors le rôle de porte-parole de la société post-apartheid, exprimant une indignation au nom des membres de la « nation arc-en-ciel » :

« Les tribunaux doivent traiter ces questions d'une manière à exprimer les sentiments légitimes d'indignation et de répulsion que les membres raisonnables de notre société – noirs et blancs – devraient éprouver lorsque des actes de racisme sont perpétrés »⁵⁰.

Au-delà de ces déclarations d'intention, il est frappant de constater que la jurisprudence étudiée révèle que, dans certains cas, les juges de la Cour constitutionnelle ont profité de l'occasion de traiter de questions « techniques » de procédure – par exemple, évaluer le caractère raisonnable de décisions rendues au sujet de conflits du travail – pour aller au-delà de ce qui était

l'objet de la saisine et se prononcer sur la qualification de racisme, en affirmant le « rôle de premier plan » de la Cour constitutionnelle « dans l'élimination du racisme et de l'inégalité de la société sud-africaine » (Botha 2020, 354). Ainsi, dans deux décisions rendues par la Cour constitutionnelle en 2018 (évoqués supra, *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester et Duncanmec (Pty) Limited v Gaylard*), le juge constitutionnel a pris le contre-pied des avis rendus par les arbitres de la Commission pour la conciliation, la médiation et l'arbitrage (CCMA) concernant la qualification de discours de haine raciste : dans l'affaire *Rustenburg Platinum Mine*, il a estimé que l'utilisation du qualificatif « homme noir » (par un homme blanc) était racialement injurieuse, et dans l'affaire *Duncanmec*, que le chant (entonné par les employés noirs) n'était pas racialement injurieux et que les employés ne devaient pas être licenciés pour racisme.

Parmi les dommages invoqués comme justifiant la répression des discours de haine, Girard note celui des « effets nocifs qu'ont les discours de haine pour la réputation sociale des groupes visés ». Ainsi, « certains conçoivent les discours de haine, sur le modèle de la diffamation collective, comme portant directement atteinte – y compris via l'injure ou la provocation à la haine – à la considération sociale des individus associés au groupe attaqué ». L'idée est alors de considérer que certains discours « contribuent à inscrire dans l'espace public des représentations de l'infériorité assignée aux membres de certains groupes », portant atteinte à la « dignité sociale » de ces groupes (Girard 2015, 16). Ce n'est pas le cas en France, où, comme le rappelle Calvès, « le dispositif de répression des propos racistes n'a pas pour finalité de protéger la "dignité sociale" des groupes vulnérables, dominés ou marginalisés », « son point de référence n'[étant] pas le groupe – qu'il ignore – mais l'individu » (Calvès 2015, 82). Debono souligne lui aussi l'absence d'un « droit catégoriel » en la matière en France, où « les magistrats rappellent sans cesse que la loi n'a pas vocation à apporter aux individus une protection particulière en raison de leur "race" ou de leur religion » (Debono 2019, 632).

48 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and others*, op. cit., par. 5.

49 *ANC v Sparrow* (01/16) [2016] ZAEQC 1.

50 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and others*, op. cit., par. 54.

L'étude de la jurisprudence sud-africaine en matière de protection de la dignité de la personne et de répression du discours haineux invite en revanche à constater une certaine dualité, une oscillation entre protection de la dignité individuelle et droit catégoriel de protection de la dignité des groupes raciaux opprimés sous l'apartheid.

C'est en particulier le cas lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée de l'usage du qualificatif de « kaffir » à l'encontre d'une personne noire, que les magistrats associent à l'affirmation publique de l'infériorité raciale de certains, et assimilent dès lors l'atteinte à la dignité de la personne injuriée à une atteinte à l'ensemble de son groupe racial d'appartenance :

« Tout dépend, bien sûr, du contexte dans lequel le mot est prononcé. On peut sans doute imaginer des contextes qui le rendent inoffensif. Cependant, ce n'est généralement pas le cas lorsque, dans l'Afrique du Sud d'aujourd'hui, un homme ou une femme noire sont traités de "kaffer" par une personne d'une autre race. Il s'agit alors, en règle générale, d'un terme péjoratif et méprisant. Avec la même consonance que le mot "nègre" aux États-Unis, il dénigre la race noire et la personne concernée en tant que membre de cette race. Il est profondément offensant pour les Noirs»⁵¹.

La déclaration des droits de la Constitution est sans cesse invoquée en tant que texte appelant à la protection et la restauration de la dignité des Sud-Africains noirs :

« La Constitution affirme la dignité pour contredire notre passé dans lequel la dignité humaine des Sud-Africains noirs était régulièrement et cruellement niée»⁵².

« Traiter un Africain de "kaffir" treize ans après le début de notre démocratie constitutionnelle, comme cela s'est produit ici, est en soi un argument convaincant pour que nous commençons tous à nous engager dans un dialogue sérieux et continu à la recherche de stratégies pour une

solution durable au fléau de notre coexistence pacifique qu'est toujours le racisme. Le devoir d'éradiquer le racisme et ses tendances est devenu d'autant plus évident, essentiel et urgent aujourd'hui. (...) Il en est ainsi non seulement parce que le mot kaffir est "une injure raciale inéluctable qui est dévalorisante, désobligeante et méprisante", mais aussi parce que les Africains ont, au fil des années, été traités de kaffirs. Cela semble indiquer que les attitudes et les mentalités ont très peu changé depuis l'avènement de notre démocratie»⁵³.

L'articulation entre protection de la dignité de la personne et protection de la dignité sociale de tout un groupe racial se retrouve dans des jugements pour propos racistes proférés sur un lieu de travail : lorsque le juge interprète l'atteinte à la dignité d'un employé et la rupture éventuelle de la relation de confiance de travail pour cause de racisme, il associe généralement les propos à l'atteinte à l'environnement de travail de tous les employés racisés de ce lieu de travail. Beaucoup de plaintes pour injures racistes surviennent en effet à la suite d'interactions au travail, lieu marqué par de potentielles tensions liées au maintien de fortes hiérarchies économiques et symboliques, et de rapports de force marqués. Ainsi, un juge de la Cour constitutionnelle signale-t-il que « le nombre croissant de plaintes pour racisme sur le lieu de travail déposées devant nos tribunaux est un sujet de préoccupation »⁵⁴, tandis qu'un juge du tribunal du travail souligne :

« Notamment, à cet égard, nos tribunaux ont adopté une position très ferme sur l'utilisation d'un langage raciste sur le lieu de travail, en particulier l'utilisation du mot "kaffir", infligeant à une telle faute la sanction du licenciement»⁵⁵.

Si la loi sur l'équité en matière d'emploi (*Employment Equity Act*, EEA) est muette sur la question des discours haineux en milieu de travail, elle oblige en revanche

51 *Ryan v Petrus* (CA 165/2008) [2009] ZAECGHC 16.

52 *Ibid.*

53 *South African Revenue Service and Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and Others*, *op. cit.*, par. 7.

54 *Duncanmec (Pty) Limited v Gaylard NO and Others*, *op. cit.*, par. 7.

55 *Dagane v SSSBC and Others* (JR2219/14) [2018] ZALCJHB 114, par. 47.

chaque employeur à prendre des mesures pour éliminer « la discrimination injuste dans toute politique ou pratique d'emploi » (article 5) et précise que « le harcèlement d'un employé est une forme de discrimination injuste et est interdit pour l'un des motifs ou une combinaison de motifs de discrimination injuste énumérés au paragraphe (1) » (article 6) – dont le motif de la race. Elle précise également que « si l'employeur ne prend pas les mesures nécessaires visées au paragraphe 2 et qu'il est prouvé que l'employé a contrevenu à la disposition pertinente, l'employeur doit être considéré comme ayant également contrevenu à cette disposition » (article 60 alinéa 3). Certains juges s'appuient sur cet article 60 de la loi EEA pour sanctionner des employeurs n'ayant selon eux pas contribué à faire cesser l'expression d'injures racistes à l'encontre d'employés, ceci étant alors qualifié de « harcèlement racial ». Ainsi en est-il du jugement à l'encontre de l'employeur d'un pompier ayant porté plainte en alléguant des propos racistes proférés à son encontre et celle de sa famille par plusieurs collègues blancs, tous résidant dans une même caserne :

« Il doit être maintenant reconnu qu'un employeur peut être directement responsable, dans les termes du EEA, de la création ou de la tolérance d'un environnement de travail racialement hostile, qui est lui-même le produit d'actes individuels de nature raciale discriminatoire, qu'ils soient commis par des personnes sous son contrôle direct ou non. Cette responsabilité découle du devoir de l'employeur de prendre des mesures pour s'assurer que le lieu de travail est exempt de toute forme de discrimination raciale dont l'employeur a ou devrait avoir connaissance. Une omission d'agir de manière raisonnable et décisive peut constituer un comportement discriminatoire»⁵⁶.

La Cour constitutionnelle a également estimé crucial de se prononcer sur la responsabilité des employeurs à maintenir des lieux de travail exempts d'expression de racisme :

« Il ne fait aucun doute que cette affaire soulève des questions importantes qui dépassent les intérêts des parties en cause. Certaines de ces questions portent sur la façon dont les employeurs devraient traiter le racisme en milieu de travail et sur la façon dont les arbitres de la CCMA devraient traiter la réintégration éventuelle d'un employé qui est coupable de racisme flagrant mais qui ne le reconnaît pas et ne s'en excuse pas. Il convient également d'examiner l'approche que les tribunaux devraient adopter dans les affaires de racisme afin de contribuer à son élimination sur le lieu de travail et dans la société en général.

Le racisme reste sans doute endémique en Afrique du Sud. Un point de droit qui est enchevêtré dans une décision ou un climat juridique, à savoir si le racisme brut sur un lieu de travail serait conciliable avec la réintégration, est d'une importance publique générale telle qu'il devrait recevoir l'attention de cette Cour»⁵⁷.

Par ailleurs, Geldenhuys et Kelly-Louw soulignent que « le devoir de confiance en *common law* dicte en outre que la liberté d'expression doit être exercée dans certaines limites afin de maintenir des relations de travail harmonieuses » et que « le racisme constitue une faute qui relève potentiellement du domaine des infractions passibles de renvoi » (Geldenhuys et Kelly-Louw 2020, 16). Certaines affaires jugées par les tribunaux font suite à des sanctions appliquées par des employeurs à la suite d'audiences disciplinaires, sur la base d'une violation par un employé du règlement interne, lorsque ce dernier interdit par exemple « les comportements "abusifs" et "désobligeants"»⁵⁸.

Il en va ainsi d'une plainte devant le tribunal du travail d'un membre du Service de police sud-africain (*South African Police Service, SAPS*) contestant son licenciement, après avoir été démis de ses fonctions de commandant

56 *Biggar v City of Johannesburg (Emergency Management Services)* (JS232/09) [2016] ZALCJHB 559, par. 47

57 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and others*, op. cit., par. 39 et par. 47.

58 *SAEWA obo Bester v Rustenburg Platinum Mine and Another*, op. cit., par. 16.

de commissariat pour avoir déclaré en afrikaans, lors d'une réunion, « je ne suis pas un dieu du Kaffirland ». À l'issue d'une audience disciplinaire, il a été licencié pour « mauvaise conduite », reconnu coupable d'avoir « enfreint le règlement disciplinaire et contrevenu au code de conduite du Service de police et du service public (...) et d'avoir agi de manière irrespectueuse et irresponsable lorsqu'il a utilisé des mots discriminatoires et racistes »⁵⁹. Cette mention du code de conduite du service public de la police rejoint d'autres jugements traitant d'affaires liées à un lieu de travail du service public, ces lieux étant considérés comme ayant une dimension plus spécifiquement symbolique, comme le Service des impôts sud-africain (*South African Revenue Service*, SARS) :

« En particulier, le SARS fait valoir qu'en tant qu'organe de l'État, il est tenu, en vertu de l'article 7 de la Constitution, de protéger et de promouvoir les droits énoncés dans la Déclaration des droits. Ces droits comprennent, dans ce contexte, le droit de ses travailleurs à l'égalité ou à la dignité humaine, que le racisme viole. (...) Le SARS est non seulement un organe de l'État, mais il compte évidemment de nombreux employés africains et blancs. Il est constitutionnellement et relationnellement intolérable qu'un raciste ait l'audace de traiter des collègues de travail de kaffir au sein de la SARS. Ses collègues africains savent qu'il a traité l'un d'entre eux de kaffir et qu'il les considère comme paresseux, incapables de le diriger et intellectuellement inférieurs à lui uniquement en raison de leur race. Ils seraient en droit de se sentir extrêmement offensés et de considérer comme très insensible de la part de SARS, de garder parmi eux quelqu'un comme M. Kruger. La jurisprudence en matière de travail révèle que, lorsque des employés ont découvert qu'il y avait un raciste actif sur leur lieu de travail, cela a parfois conduit à des conflits sociaux. Conserver M. Kruger en tant qu'employé, où qu'il soit placé,

reviendrait à laisser imprudemment une bombe à retardement sans surveillance, sachant qu'elle peut se déclencher à tout moment, avec des conséquences trop horribles pour être envisagées »⁶⁰.

En justifiant sa décision par la défense de la dignité de la personne injuriée de « kaffir » et de celle de l'ensemble des employés noirs d'un service public, ainsi que par le souci de préserver cet environnement du racisme, le juge s'oppose alors à la réintégration de l'employé licencié pour injures racistes au travail. Une autre juge du tribunal du travail cite dans son jugement un arbitre :

« La position a été bien exprimée par l'arbitre dans l'affaire *Siemens Ltd v NUMSA* (un cas d'injure raciale) en disant : "Les insultes raciales vont au-delà de ceux à qui elles sont adressées individuellement. Elles ont un impact sur l'ensemble du personnel..." »⁶¹.

C'est ainsi à la fois la dignité de l'individu mais aussi celle de l'ensemble du groupe racial ciblé qui visent à être protégées, dans un objectif de maintien de la cohésion sociale. Comme souligné par un juge du tribunal de l'égalité, « [l]a Constitution a proclamé que nous reconnaissons le caractère fracturé de notre communauté et que nous entreprenons de transformer notre société vers un objectif qui rejette sans équivoque l'hostilité interraciale, afin que nous puissions construire une nation sur la base d'un consensus selon lequel chaque Sud-Africain mérite la dignité et que toute notre communauté, en partageant les ressources et en se respectant mutuellement, puisse connaître la cohésion sociale »⁶². On retrouve cet appel au consensus et au respect mutuel entre groupes raciaux dans la manière dont sont appréhendées les différentes modalités de sanction de l'injure et des discours de haine racistes.

59 *National Commissioner of the South African Police and Another v Nienaber NO and Another* (C790/2015) [2017] ZALCCT 17, par. 3.

60 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and others* [2017] 1 BLLR 8 (CC).

61 *Modikwa Mining Personnel Services v Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others*, op. cit., par. 35.

62 *South African Human Rights Commission v Khumalo*, op. cit., par. 85.

Punir comment et avec quel objectif ? Entre justice punitive et restauratrice

À première vue, la répression de l'injure raciste apparaît extrêmement variable dans ses modalités, presque baroque : sa sanction va de la demande de formulation d'excuses écrites à la peine d'emprisonnement (ferme ou avec sursis), en passant par des amendes de montants divers (de l'équivalent de quelques dizaines à plusieurs milliers d'euros), ou encore le licenciement (y compris parfois lorsque les faits jugés ne se sont pas produits sur le lieu de travail). Plusieurs facteurs sont en réalité à prendre en compte : d'abord, la distinction entre les plaintes pour injure raciste traitées au titre de *hate speech* (infraction civile) et celles au titre de *crimen injuria* (infraction pénale, aux sanctions plus lourdes) ; ensuite, l'important pouvoir discrétionnaire dont jouit le juge dans la détermination de la peine, et les éléments qu'il prend en considération pour construire sa décision de sanction.

La répression de l'injure raciste par la justice sud-africaine est marquée par une dualité entre punition et réparation. Deux types de justice cohabitent au XXI^e siècle : une justice « classique » de type punitif et une justice « alternative » dite restauratrice, dont les dispositifs sont apparus dans les années 1970. Sandrine Lefranc identifie trois objectifs parmi les principes généralement endossés de la justice restauratrice : « la prise de conscience par le coupable du mal causé », « la réparation de ce mal », et « des efforts (...) pour améliorer la relation entre la victime et le coupable, et pour réintégrer ce dernier dans une communauté respectueuse de la loi » (Lefranc 2006, 394). À travers le dispositif de la Commission Vérité et Réconciliation instituée en 1995, dont l'ambition est de faire dialoguer les auteurs des crimes de l'apartheid et leurs victimes sous l'œil de la « communauté nationale » (les auditions publiques ont été diffusées par la télévision et la presse), l'Afrique du Sud est un des pays emblématiques des dispositifs de justice restauratrice mis en œuvre dans la gestion des sorties de conflit et la transition de régimes autoritaires oppressifs vers des régimes démocratiques.

Les condamnations punitives très médiatisées, telles que la peine d'emprisonnement ferme prononcée à l'issue du procès de Vicky Momberg, pourraient donner l'impression d'une lutte judiciaire contre le racisme prenant le contre-pied absolu du dispositif de justice restauratrice mis en œuvre au moment de la transition du régime raciste de l'apartheid vers la démocratie multiraciale issue des élections de 1994. D'ailleurs, le retentissement de ce procès, dans la presse étrangère notamment, est essentiellement lié à ce jugement, comme en témoignent les titres des articles de grands journaux relatant l'événement : « Une peine de prison pour avoir utilisé la pire insulte raciale d'Afrique du Sud ? » (Onishi 2016) et « Une femme devient la première Sud-Africaine emprisonnée pour un discours raciste » (Perez-Pena 2018), dans le *New York Times* ; ou « En Afrique du Sud, l'insulte raciale mène en prison » (Rémy 2018), dans *Le Monde*.

Toutefois, la majorité des affaires se concluent par des sanctions beaucoup moins punitives, davantage mâtinées de principes de justice restauratrice et « éducative », visant à la reconnaissance par le coupable du mal causé et à « réparer » le lien avec la victime et avec la communauté « non-raciste » : il en va ainsi des ordonnances d'« excuses écrites inconditionnelles », des travaux d'intérêt général dans une organisation antiraciste, du versement d'une somme d'argent à une association de défense des droits humains ou de la participation à des discussions sur le racisme dans les écoles.

Certains jugements font d'ailleurs référence au principe philosophique d'« ubuntu » (« humanité » en langue bantoue) – « une éthique humaniste qui, dans son orientation, était destinée à prendre le contrepied de tout comportement considéré comme déshumanisant » (Murove 2011, 46) – ayant guidé les travaux de la Commission Vérité et Réconciliation :

« Il existe un certain nombre de jugements fondés sur l'ubuntu. Une jurisprudence fondée sur l'ubuntu a été développée en particulier par la Cour constitutionnelle. L'ubuntu est reconnu comme une source importante de droit dans le

contexte de relations tendues ou rompues entre individus ou communautés et comme une aide pour fournir des remèdes plus mutuellement acceptables pour les parties dans de tels cas»⁶³.

Les jugements mêlent en effet souvent principes de justice punitive et de justice restauratrice : la plupart d'entre eux prennent en considération le degré de réflexivité des auteurs vis-à-vis des propos pour lesquels ils sont jugés et leur attitude vis-à-vis des victimes. Ces éléments « circonstanciels » sont pris en compte dans la construction de la décision de sanction des juges. Si certains employeurs inscrivent dans leur code de conduite « une politique comportementale en vertu de laquelle l'infraction d'injure raciale peut entraîner une sanction de licenciement, même pour une première infraction »⁶⁴, selon les circonstances attribuables à l'auteur des propos, l'usage d'un terme raciste ne conduira pas systématiquement à une validation par le juge d'un licenciement, lorsque l'employé sanctionné fait appel devant le tribunal d'une décision de commission disciplinaire :

« Rien de tout cela ne doit conduire à la croyance erronée que l'utilisation d'un langage péjoratif très fort, comme kaffir, militerait toujours contre la réintégration d'un employé fautif. (...) L'idée que l'utilisation du mot kaffir sur le lieu de travail sera sanctionnée par un licenciement, quelles que soient les circonstances d'un cas particulier, est inconciliable avec l'équité. Il est concevable que des circonstances exceptionnelles puissent démontrer que la relation est tolérable »⁶⁵.

Ce qui compte pour le juge est l'appréciation du dommage causé à la relation de confiance entre les individus impliqués au sein du lieu de travail où des injures racistes ont été proférées. Intervient alors en particulier le facteur du remord conçu et de la sincérité des excuses présentées par les auteurs de propos à caractère raciste.

La loi PEPUDA (article 21) a introduit les « excuses inconditionnelles » comme sanction possible. Rosaan Krüger souligne que « ces dernières années, les juges de la Cour constitutionnelle ont fait des commentaires favorables sur les excuses comme recours approprié en matière de diffamation ou d'atteinte à la dignité d'une personne » (Krüger 2011, 31). Lorsque des peines particulièrement sévères sont prononcées, notamment un licenciement ou une peine d'emprisonnement, les juges soulignent toujours, pour légitimer leur jugement, « l'absence de remords » concernant sa conduite et d'« excuses sincères » de la part de l'accusé :

« M. Bester a fait preuve d'un manque absolu de remords pour ses actes et a persisté dans une défense de déni total. Il n'a pas reconnu que sa conduite était raciste et inappropriée. Il n'a fait aucune tentative d'excuses. Cette Cour a déjà déclaré auparavant que le fait qu'un employé coupable d'un comportement raciste se soit excusé, ait reconnu ses torts et ait manifesté sa volonté "de participer à tout programme susceptible de l'aider à adhérer aux valeurs de notre Constitution, en particulier l'égalité, le non-racisme et la dignité humaine" peut être un facteur pertinent pour déterminer si le licenciement était une sanction appropriée. Comme mentionné, M. Bester n'a pas démontré sa volonté de changer. (...) M. Bester n'a pas appris à se comporter d'une manière qui respecte la dignité de ses collègues noirs. Par ses actions, il a montré qu'il n'a pas rompu avec le passé de l'apartheid et n'a pas embrassé le nouvel ordre démocratique où les principes d'égalité, de justice et de non-racisme règnent en maître »⁶⁶.

Concernant la sanction des excuses, elle mêle souvent dimensions individuelle et collective, le juge exigeant généralement des excuses de l'accusé au plaignant, en cas de condamnation, mais souvent également à l'ensemble des membres de la communauté nationale :

63 *Afri-Forum and Another v Malema and Others*, *op. cit.*, par. 18.

64 *SAEWA obo Bester v Rustenburg Platinum Mine and Another*, *op. cit.*, par. 57

65 *Ibid.*

66 *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester and Others* [2018] ZACC 13, par. 59.

« Le défendeur doit, dans un délai de 30 jours à compter de la date de la présente ordonnance, publier des excuses écrites à l'intention de tous les Sud-Africains, dans lesquelles il reconnaît que les propos tenus étaient des discours de haine, qu'il a eu tort de les tenir, et s'engage à ne plus jamais tenir de propos interdits par l'article 10(1) de la loi sur l'égalité. Ces excuses seront communiquées à la Commission sud-africaine des droits humains pour une diffusion ultérieure»⁶⁷.

Les excuses doivent alors être « publiques », par exemple par le biais d'une publication sur les réseaux sociaux. On peut voir dans cette sanction une empreinte des principes de justice restauratrice visant à la « réconciliation » entre coupables et victimes et à la réhabilitation des auteurs de délit au sein de la communauté, s'ils reconnaissent leur culpabilité et leur responsabilité – ici leur comportement raciste.

Concernant les peines les plus sévères, la principale justification avancée est l'argument de l'effet dissuasif présumé, nécessaire pour endiguer l'expression du racisme :

« Sommes-nous peut-être trop indulgents envers le racisme et l'utilisation du mot kaffir en particulier ? Ne devrait-on pas s'inquiéter du fait que le mot kaffir incarne la suprématie et la haine raciales tout ensemble ? Je constate que les incidents raciaux très graves ne déclenchent pratiquement jamais une réaction de désapprobation ferme et soutenue. (...) Cette attitude quelque peu disculpatoire ou sympathique garantirait, à mon avis, que le racisme ou toute injustice flagrante traitée de la même manière, redevienne ouvertement normalisé »⁶⁸.

C'est aussi l'argument central pour justifier la peine d'emprisonnement ferme à l'encontre de Vicky Momberg :

« Certains peuvent être d'avis que la condamnation que je m'apprête à imposer est sévère, tandis que d'autres peuvent la considérer comme clémente. (...) Cette peine doit cependant servir de dissuasion pour d'autres personnes qui se comportent de manière moralement répréhensible. Elle doit envoyer un message clair à tous, en particulier aux personnes qui utilisent le mot k***. Cela doit être une leçon pour nous tous »⁶⁹.

On observe actuellement une certaine convergence entre les champs judiciaire et politique dans une approche particulièrement punitive face à l'expression du racisme. Ainsi, à l'issue du verdict condamnant Vicky Momberg à deux ans d'emprisonnement ferme, un communiqué a été publié le jour même au nom du ministre de la Justice et des Services correctionnels, dans lequel ce dernier se félicite de ce qu'il qualifie de « condamnation favorable », approuvant « cette peine sévère » à effet selon lui dissuasif, et l'associant au projet de loi en cours de discussion visant à criminaliser les discours de haine, notamment à caractère raciste⁷⁰. De nombreux acteurs du champ de la lutte contre le racisme se prononcent dans la presse à l'issue du procès en insistant sur cet aspect dissuasif de la peine, comme Neeshan Balton, le directeur de la fondation Kathrada, cité dans la presse :

« Cette affaire crée un précédent : le racisme manifeste ne peut pas être sanctionné uniquement par le paiement d'amendes et de travaux d'intérêt général, mais peut entraîner une peine de prison. Cette affaire aura un effet dissuasif sur d'autres racistes à l'avenir, qui seront désormais beaucoup plus prudents dans l'expression publique de leurs opinions racistes ». (Pitt 2018)

Ce verdict ne fait toutefois pas l'unanimité dans l'opinion publique et un certain nombre de tribunes sont publiées au nom d'une inquiétude face à de telles sanctions, jugées en outre inefficaces pour combattre le racisme en profondeur

67 *South African Human Rights Commission v Khumalo*, *op. cit.*, par. 122.

68 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and Others*, *op. cit.*, par. 9 et par. 11.

69 *The State v Momberg*, CASE No 3/3118/, Compte rendu des débats, 2017/10/17, 2017/11/03.

70 "Minister Masutha welcomes Vicky Momberg Judgement.", Media Statements, Department : Justice and Constitutional Development.

– au-delà de son expression ouverte. Pour certains acteurs politiques, c'est aussi l'occasion de dénoncer une présumée partialité (un « *double standard* », équivalent du slogan « deux poids, deux mesures » dans le contexte français) dans l'application de la loi, qui varierait en fonction de la race des accusés : pour des faits similaires ou proches, les jugements seraient différents selon l'appartenance raciale des accusés, plus sévères à l'encontre des Blancs que des Noirs. Certains comparent ainsi la condamnation prononcée à l'encontre de Vicky Momberg à celle, beaucoup moins sévère, à l'encontre du leader politique du Front pour la liberté économique (EFF) Julius Malema, reconnu coupable de discours de haine en 2011 pour avoir chanté le chant de lutte anti-apartheid « *Tirer sur le Boer* »⁷¹ et à qui un tribunal de l'égalité (et non un tribunal pénal comme dans le cas de Vicky Momberg) a ordonné de s'abstenir de chanter ce chant et de payer une partie des frais de justice du groupe de pression AfriForum qui l'avait assigné en justice.

Comme souligné par Calvès, « l'accusation de partialité est au cœur de toute critique des dispositifs de répression des propos racistes (ou plus généralement "haineux") et elle se trouve parfois mobilisée aux fins d'en récuser la légitimité même » (Calvès 2015, 49). On note d'ailleurs dans certains jugements ce qui peut sembler une tentative de désamorçage de ce type de critique de partialité :

« La Constitution est la conscience de la nation. Et les tribunaux en sont les gardiens ou les conservateurs. (...) À cette fin, lorsqu'il y a un litige sur des questions liées à la suprématie raciale, il incombe à nos tribunaux d'aborder cette question de jugement avec autant de sérénité que l'affirmation judiciaire ou le serment d'office l'exige et de faire preuve d'impartialité sur ces questions, comme dans toutes les autres affaires. Les huissiers de justice doivent faire très attention à ne pas

s'attacher sentimentalement à l'une des questions examinées. Aucun alignement sympathique ou émotionnel, qu'il soit manifeste ou subtil, ne doit se glisser furtivement ou inconsciemment dans leur approche des questions, même si les parties cherchent à faire appel à leurs émotions»⁷².

Mais on trouve aussi dans un jugement la suggestion par un juge – même s'il s'abstient de trancher la question – que la race du locuteur, dans le cas de l'usage du terme « kaffir », pourrait être prise en considération pour graduer la sanction :

« Il se peut que si le mot [kaffir] est prononcé de manière péjorative par une personne blanche à l'égard d'une personne noire, le montant des dommages et intérêts qui seraient accordés pour dédommager cette dernière de l'affront subi serait plus élevé que lorsque le destinataire de l'insulte n'est pas un Africain noir, en raison des connotations raciales en jeu. Il n'est cependant pas nécessaire de trancher cette question»⁷³.

Il n'est pas non plus anodin que le procureur Y. B. mentionne au cours de l'entretien avec nous l'enjeu présumé de son appartenance raciale – indienne –, qu'il présente comme pouvant servir de gage de neutralité dans l'affaire « Vicky Momberg » dont les protagonistes avaient d'autres appartenances raciales que lui :

« Vous savez je pense que les gens auraient argumenté, si j'étais de la même race, peut-être que s'il y avait un procureur noir ou un procureur blanc sur l'affaire, ça aurait eu un impact différent. S'ils avaient conduit l'affaire et qu'ils avaient gagné ou perdu, ça aurait été un problème... parce qu'il y a deux races impliquées ici. Mais moi je pouvais le faire, en tant que personne neutre qui n'appartient à aucune de ces deux races. Parce que j'étais une personne neutre, en ce qui concerne la race. L'insulte était entre Noir et Blanc, pas envers la race indienne»⁷⁴.

71 L'association AfriForum a engagé une action civile contre Malema devant le tribunal de l'égalité après qu'il a chanté les mots « *dubhula ibhunu* », qui se traduisent par « tirer sur le Boer », lors de plusieurs rassemblements de la Ligue des jeunes de l'ANC. AfriForum Youth estimait que ces mots constituaient une menace pour les minorités, une menace pour la sécurité des Afrikaners et des agriculteurs, et que cette phrase était un discours de haine. Malema et ses partisans ont quant à eux affirmé que cette phrase faisait partie de l'histoire du parti et ne devait pas être prise au pied de la lettre.

72 *South African Revenue Service v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration and Others*, op. cit., par. 12 et 13.

73 *Ryan v Petrus*, op. cit.

74 Entretien avec Y. B., Procureur, Randburg Magistrate Court, 12/06/2018.

Conclusion

Cet article étudie le racisme en procès dans un contexte national marqué par l'omniprésence de la race. Dans l'Afrique du Sud post-apartheid, les catégories raciales sont encore largement mobilisées, que ce soit dans l'espace politique, dans les politiques publiques ou dans la vie ordinaire. Nous avons cherché à interroger, à travers l'examen de jugements concernant des affaires d'injure raciste, issus de différentes juridictions, la place accordée par le juge sud-africain à la variable raciale, sous ses différentes occurrences, que ce soit dans la qualification de l'injure raciste ou dans les sanctions appliquées.

L'article révèle que les injures et discours de haine racistes sont appréhendés à l'aune de leurs effets sur le projet de société post-apartheid non-racialiste et que, plus que la tendance individualisante de certaines affaires, le contexte plus large de racialisation joue un rôle primordial dans les décisions des juges. Néanmoins, la jurisprudence en la matière est marquée par une certaine indécision, avec des avis parfois contradictoires rendus par différentes juridictions sur une même affaire, et dévoile les façons plurielles dont ce contexte de racialisation est appréhendé par les juges. Ces derniers se saisissent diversement du rôle des hiérarchisations raciales issues du régime de l'apartheid, appréciant dans certains cas le caractère raciste des propos qui leur sont soumis à examen par-delà la race de leurs auteurs, et lui accordant dans d'autres cas un poids primordial dans l'interprétation et la qualification de propos comme racistes.

La question de la prise en compte de la race des protagonistes d'une affaire réapparaît lorsqu'on se penche sur la façon dont les juges sanctionnent l'injure et les discours de haine racistes : la répression est marquée par la dualité d'une justice punitive mâtinée de principes de justice restauratrice visant à la réconciliation et au maintien de la cohésion sociale entre groupes raciaux, ainsi que par une oscillation entre objectif de défense de la dignité individuelle et de protection catégorielle des groupes raciaux opprimés sous l'apartheid. Alors que la répression pénale de l'expression de propos haineux à caractère raciste peut avoir tendance, en

attribuant le délit à une personne en particulier, à conduire à une individualisation d'un problème social, c'est moins le cas en Afrique du Sud où l'individu est rarement détaché de son groupe racial.

Si certains acteurs du débat public sud-africain se sont inquiétés de décisions de justice évoquées ici, qui markeraient une tendance au renforcement de la limitation de la liberté d'expression au sein de la société sud-africaine, quand d'autres les jugeaient nécessaires pour combattre l'expression du racisme, la tendance n'est en réalité pas nette : la Cour constitutionnelle a ainsi récemment décidé, dans une affaire de discours de haine à raison de l'orientation sexuelle, que l'inclusion dans l'article 10 alinéa 1 de la loi PEPUDA du terme « blessant » (*hurtful*) « entraîne une limitation injustifiée à la liberté d'expression, et est donc inconstitutionnel », arguant que ce terme est trop vague et que « le discours blessant ne cherche pas nécessairement à répandre la haine contre une personne en raison de son appartenance à un groupe particulier ⁷⁵ », ce qui doit être visé par cet article de loi. Elle a toutefois estimé que l'inconstitutionnalité pouvait être corrigée par la simple suppression du terme « blessant » (en maintenant dans l'article 10 « de nuire et d'inciter à nuire »). En tout cas, la loi sur la prévention et la lutte contre les crimes et discours de haine n'ayant quant à elle toujours pas été adoptée, les possibilités restent encore largement ouvertes en ce qui concerne ce qu'il adviendra de la criminalisation du discours de haine, en particulier à caractère raciste.

Bibliographie

Botha, Joanna. 2020. « 'Swartman' : Racial Descriptor or Racial Slur ? *Rustenburg Platinum Mine v SAEWA obo Bester* [2018] ZACC 13 ; 2018 (5) SA 78 (CC) ». *Constitutional Court Review* 10, 353-377.

Bourdieu, Pierre. 1986. « La force du droit [Eléments pour une sociologie du champ juridique] ». *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 64 : 3-19.

⁷⁵ *Qwelane v South African Human Rights Commission and Another* [2021] ZACC 22, par. 139.

- Calvès, Gwénaële.** 2015. *Envoyer les racistes en prison ? Le procès des insulteurs de Christiane Taubira*. Paris : LGDJ-Lextenso éditions.
- Chouchan, Nathalie.** 2016. « Editorial, dossier 'Le travail du juge' ». *Cahiers philosophiques* 4 (147) : 5-8.
- Cilliers, Charles.** 2020. « Peter-Paul Ngwenya fined R24K, suspended, for use of *k-word* on Investec's CEO ». *The Citizen*, May 7, 2020.
- Clair, Isabelle.** 2017. « S'insulter entre filles. Ethnographie d'une pratique polysémique en milieu populaire et rural ». *Terrains et travaux*, no. 31 : 182-199.
- Commaille, Jacques.** 2007. « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation », In *La fonction politique de la justice*, dirigé par Jacques Commaille et Martine Kaluszynski, 293-321. Paris : La Découverte.
- Darracq, Vincent.** 2010. « *La question raciale à l'African National Congress (ANC) post-apartheid : production de discours, régulation et changement dans un parti politique* ». Thèse de doctorat en science politique, Université de Bordeaux.
- Debono, Emmanuel.** 2019. *Le racisme dans le prétoire. Antisémitisme, racisme et xénophobie devant la loi*. Paris : PUF.
- Geldenhuys, Judith et Kelly-Louw, Michelle.** 2020. « Hate Speech and Racist Slurs in the South African Context : Where to Start? ». *PER / PELJ* 23 (1) : 1-46.
- Girard, Charles.** 2015. « Pourquoi punir le discours de haine? » *Esprit*, no 10 : 11-22.
- Godin, Christian.** 2011. « Excuses et attritions publiques : une nouvelle mode inquisitoriale ». *Cités* 1, no 45 : 141-146.
- Hlatshaneni, Simnikiwe.** 2017. « Former judge hits out at ANC over 'anti-white' Hate Speech Bill ». *The Citizen*, February 16, 2017.
- Krüger, Rosaan.** 2011. « Small steps to equal dignity : the work of the South African Equality Courts ». *The Equal Rights Review* n° 7, 27-43.
- Lefranc, Sandrine.** 2006. « Le mouvement pour la justice restauratrice : 'an idea whose time has come' ». *Droit et société* (2) 63-64: 393-409.
- Maphanga, Canny.** 2020. « Black businessman sentenced to 24K fine or 12 months' imprisonment for using the *k-word* ». *News24*, May 7, 2020.
- Mazouz, Sarah.** 2020. *Race*. Paris : Anamosa.
- Murove, Munyaradzi Felix.** 2011. « L'Ubuntu » *Diogène* 3-4 (235-236): 44-59.
- Onishi, Norimitsu.** 2016. « Jail Time for Using South Africa's Worst Racial Slur? ». *The New York Times*, October 27, 2016.
- Perez-Pena, Richard.** 2018. « Woman Becomes First South African Imprisoned for Racist Speech ». *The New York Times*, March 28, 2018.
- Perry Barbara, Brian Levin, Paul Iganski, Randy Blazak, et Frederick M. Lawrence.** 2009. *Hate Crimes*. Westport, Conn. : Praeger.
- Pitt, Christina.** 2018. « Momberg sentencing 'will act as a deterrent to other racists' – Kathrada ». *News24*, March 29, 2018.
- Posel, Deborah.** 2001. « What's in a name? Racial categorisations under apartheid and their afterlife ». *Transformation : Critical Perspectives on Southern Africa*, no 47 : 50-74.
- Rémy, Jean-Philippe.** 2018. « En Afrique du Sud, l'insulte raciale mène en prison ». *Le Monde*, 31 mars, 2018.
- Traum, Alexander.** 2014. « Contextualising the hate speech debate : the United States and South Africa ». *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 47 (1) : 64-88.