



# « Il n’y pas de race ici »

Le modèle français à l’épreuve de l’intégration européenne

---

par Gwénaële Calvès

**d**ans un dossier confrontant les expériences indienne, états-unienne et sud-africaine d’*affirmative action*, l’évocation du cas français sera sans doute perçue d’emblée comme incongrue. Les « intouchables » indiens ou les « noirs » américains et sud-africains forment en effet des groupes objectivés et reconnus comme tels par les pouvoirs publics – à des fins hier oppressives, aujourd’hui bienveillantes. Or on ne peut que répondre, à qui rechercherait leurs homologues français, qu’une telle démarche est vaine car « il n’y pas de race ici »<sup>1</sup>.

La dérogation à l’égalité de traitement que constitue l’*affirmative action* – dérogation aménagée par la Constitution dans les cas indien et sud-africain, organisée et encadrée, aux États-Unis, par le juge constitutionnel – est, en toute hypothèse, rendue inconcevable par la portée absolue qu’attribue au principe de non-

---

1. Contrairement à ce que feignent de croire les contempteurs de la « ringardise républicaine », cette formule librement empruntée au juge Harlan affirmant en 1896, dans son opinion dissidente de l’arrêt *Plesy v. Ferguson*, qu’« il n’y a pas de caste ici, [n]otre Constitution est aveugle à la couleur de peau », ne relève ni du déni de réalité ni du vœu pieux. Harlan n’entendait évidemment pas formuler un constat (la race est, dans l’Amérique de 1896, un fait social de première grandeur) ; il souhaitait encore moins appeler à la réalisation d’une « société sans races ». Il posait simplement un principe juridico-politique, fruit par définition d’un *acte de volonté*. « Il n’y a pas de race ici » : le mode n’est ni indicatif, ni optatif, il est impératif.

discrimination l'article premier de la Constitution de 1958. En posant que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », cet article n'interdit pas seulement les discriminations, c'est-à-dire les distinctions qui désavantagent une catégorie de citoyens par rapport à une autre, mais bien toute « distinction ». Le principe de *color-blindness* qui se trouve ainsi consacré offre à la prohibition des discriminations racistes *et* raciales un seul et même ancrage.

Cette « fiction d'ignorance légale » repose sur une construction juridico-politique extrêmement cohérente. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'en expliciter les composantes, en rappelant que le refus d'accorder toute sanction juridique à certains critères de distinction découle tout à la fois des principes d'indivisibilité de la République, de souveraineté nationale et d'égalité devant la loi. Ce triptyque issu de la Révolution a sans nul doute été profondément déstabilisé par les révisions constitutionnelles qui, au cours des dix dernières années, se sont succédé en rafales pour faire progresser la construction européenne, réaménager le statut des TOM<sup>2</sup> ou instituer la parité. La conclusion tirée de leur combinaison n'en reste pas moins valide : « La Constitution ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français, sans distinction d'origine, de race ou de religion »<sup>3</sup>. Le principe constitutionnel d'unicité du peuple français s'oppose « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »<sup>4</sup>. Ceci explique que la France ne ratifie jamais les instruments européens ou internationaux qui, à l'instar de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires ou de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, consacrent juridiquement l'existence de minorités. Lorsque ces dernières sont visées par une partie seulement du texte, l'adhésion de la France est systématiquement accompagnée d'une réserve par laquelle « le gouvernement de la République déclare, compte tenu de l'article premier de la Constitution de la République française, que l'article *x* n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République ».

Cette indifférence de principe, qui repose sur une distinction radicale entre sphère publique et sphère privée, n'exclut pas de manière absolue la prise en compte par l'État des critères de distinction prohibés par le texte constitutionnel<sup>5</sup>. Il est clair, par exemple, que la séparation des Églises et de l'État ne saurait être totale : lorsqu'elle aménage le fonctionnement des services publics, la République laïque ne peut ignorer certaines exigences formulées au nom de prescriptions religieuses différenciées (jours chômés, régime alimentaire, assistance d'un aumônier...). L'indifférence à l'égard de la religion n'est pas cécité, et la volonté d'assurer l'égalité devant la loi de tous les citoyens « sans distinction de religion » conduit parfois à admettre que certains d'entre eux *sont* religieux.

S'agissant de la prise en compte de la « race » par les pouvoirs publics, le problème

se pose évidemment en des termes très différents. Dans sa formulation contemporaine, il tient au fait que, s’« il n’y a pas de race ici », il y a bel et bien du racisme.

### Un modèle contesté (car « il y a du racisme ici »)

En février 1990, la publication de deux décrets autorisant les juridictions et le service des Renseignements généraux à collecter et archiver – certaines conditions étant remplies – cet « élément de signalement » que sont les « origines raciales des personnes » suscite un véritable tollé. Elle précipite la création d’une association dont l’objectif est d’obtenir la suppression du mot « race » de la Constitution. Un important colloque réunira sur ce thème, au Sénat, des historiens, des philosophes, des sociologues, des juristes ou encore des généticiens<sup>6</sup>. « Quekcexa, les “origines raciales” ? », demande l’un de ses organisateurs : n’y a-t-il pas « contradiction dans les termes » à « invoquer la “race” ou les “origines raciales” pour prévenir ou combattre une discrimination contraire aux droits de l’homme »<sup>7</sup>? Ne risque-t-on pas, en offrant à la notion de « race » une consécration juridique (aussi négative soit-elle), de lui conférer par là même une sorte d’objectivité, ou même de légitimité ?

Dix ans plus tard, et *envisagée du point de vue même où elle était posée* (celui de la lutte contre le racisme), la question est devenue presque inintelligible. Il semble en effet très largement acquis qu’« on ne traite bien que ce qu’on nomme »<sup>8</sup> : « On peut parler de race sans être raciste », explique en mars 1999 le rapport Belorgey, « c’est en France une habitude à créer »<sup>9</sup>. Dans un contexte de sensibilité accrue au fait discriminatoire, la cécité volontaire à l’égard de la « race » est présentée comme une volonté d’occultation, et les appels se multiplient pour mettre un terme à l’invisibilité juridique et statistique de Français exposés plus durement que d’autres, en raison de certaines de leurs caractéristiques, au racisme. C’est au sujet de ces caractéristiques qu’il conviendrait, selon une formule devenue consensuelle dans certains milieux administratifs et du secteur para-public, de « surmonter les crispations » et de « briser les tabous ».

Pour comprendre la montée en puissance des « briseurs de tabous », il est essentiel de noter que les caractéristiques dont ils réclament la prise en compte par

2. Voir le développement des sigles en fin d’article.

3. Décision 91-290 DC du 9 mai 1991 (*Statut de la Corse*).

4. Décision 99-412 DC du 15 juin 1999 (*Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*).

5. Pour une vue générale de la situation, voir D. Loschak, « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », dans A. Fenet (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L’Harmattan, 1989, pp. 111-183.

6. Les actes en ont été publiés par la revue *Mots*, n° 33, décembre 1992.

7. B. Herszberg, *Mots*, *ibid.*, respectivement pp. 261 et 99.

8. Telle est la proposition centrale du rapport remis à la ministre de l’Emploi en mars 1999 par Jean-Michel Belorgey (*Lutter contre les discriminations*, consultable sur le site de La Documentation française, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>).

9. *Ibid.*, p. 14.

les pouvoirs publics ne sont plus « raciales » mais « ethniques », et qu'il s'agit moins de combattre « le racisme » que de lutter contre « les discriminations ». Cette double mutation sémantique révèle la profondeur de la transformation intervenue au cours des années quatre-vingt-dix.

Dans un premier temps, le « tabou de l'origine » a été contesté sur le terrain de ce qu'on appelait à l'époque « le problème de l'intégration des immigrés ». L'appareil statistique public, s'il permet de distinguer entre Français et étrangers (ou, éventuellement, entre Français par attribution et Français par acquisition), interdit évidemment – pour les raisons précédemment exposées – de saisir la situation des Français dits de la deuxième ou de la troisième génération. Or ceux-ci ont été projetés avec brutalité au cœur du débat politique très tendu qui a entouré la réforme, mise en chantier en 1986, du Code de la nationalité<sup>10</sup>. Comment se déroule l'assimilation à la collectivité nationale de ces « nouveaux Français » ? Comment vivent-ils, quelle langue parlent-ils, qui épousent-ils ? La demande politique de données statistiques et sociologiques s'est faite de plus en plus pressante. Elle s'est traduite par la création, en 1990, du Haut Conseil à l'intégration (qui s'est immédiatement doté d'une cellule statistique) ; elle explique que le législateur ait, la même année, donné mission à la Commission nationale consultative des droits de l'homme d'élaborer un rapport annuel sur la lutte contre le racisme ; elle permet également de comprendre la rapidité avec laquelle l'administration s'est saisie d'une notion dont la diffusion massive – normée par une logique aussi sinieuse que complexe – n'intervient qu'au début de la décennie<sup>11</sup> : l'*ethnie*. Ce substitut euphémisé de la notion de « race » est au cœur de la célèbre enquête « Mobilité géographique et insertion sociale » dont les résultats ont été publiés par l'INED en 1992. Partant du constat de « l'inadéquation des statistiques habituellement collectées pour analyser le phénomène migratoire »<sup>12</sup>, cette recherche place au centre de l'analyse – avec l'appui ou l'aval de rien moins que l'INSEE, l'OMI, le FAS, la DPM, le ministère de la Coopération, le HCI et la CNIL – le double « concept » d'« appartenance » et d'« origine » ethniques<sup>13</sup> : « L'abandon de la distinction étrangers/Français, [...] étape difficile à franchir pour des raisons d'ordre purement idéologique »<sup>14</sup>, est ici commandé par l'intérêt (évidemment politique de part en part) des progrès de la *science*.

C'est, dans un second temps, un impératif d'*efficacité de l'action publique* qui a été opposé au « tabou français de l'origine ». L'émergence, à la toute fin de la décennie, d'un mot d'ordre de lutte contre les discriminations<sup>15</sup>, a en effet considérablement modifié les données du problème.

Elle a d'abord donné lieu à la mise en place de nouvelles structures administratives, ou à la réorientation de missions qui consistaient jusqu'alors à « promouvoir l'intégration » ou à « lutter contre le racisme ». C'est désormais sur la question des discriminations que l'Agence pour le développement des relations interculturelles (depuis novembre 1998), le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (depuis

avril 1999) ou encore le FAS (devenu en février 2002 Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations) produiront des études et des analyses, qui viendront s'ajouter au rapport annuel de la CNCDH sur la lutte contre le racisme et aux statistiques sur l'intégration que le HCI est appelé à « produire et harmoniser ». La France est donc en mesure d'aligner (dans un certain désordre il est vrai) plusieurs bataillons d'observateurs qui, à des titres et à des degrés divers, « s'achemine[nt] peu à peu, sur la base d'une analyse tant des données quantitatives retraçant la part prise par les différents groupes en présence que des parcours individuels, vers une forme de “monitoring” analogue à celui préconisé par la CRE britannique »<sup>16</sup>. Le problème qui demeure pendant est que cette évolution vers l'*ethnic monitoring*, ardemment prônée dans le cadre européen et même – nous y reviendrons – communautaire<sup>17</sup>, est directement contrecarrée par le « tabou français de l'origine ».

La formulation d'un impératif de « lutte contre les discriminations » a eu ensuite pour effet – outre la volonté de se doter d'outils pertinents pour mesurer l'ampleur réelle du phénomène – de recentrer l'action antiraciste sur le terrain du droit et des politiques publiques. Sur ce double terrain, la composante *color-blind* du modèle français apparaît à nouveau comme un obstacle ou un frein : elle imposerait, pour désigner les victimes potentielles de discriminations, de recourir à une terminologie hypocritement codée (« jeunes des banlieues », « Français issus de l'immigration »), ou directement issue des cours de récréation (« Blacks », « Beurs »)<sup>18</sup>. Ce bricolage sémantique, indexé sur des perceptions sociales mouvantes, différenciées

10. Analysant le projet de 1986 et les lois de 1993 et 1998, Patrick Weil évoque une véritable « crise algérienne de la nationalité française » (titre du chap. 6 de *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset, 2002).

11. Pour une analyse de ce processus de diffusion, voir J.-L. Fournel et J.-C. Zancarini, « Ethnie/ethnique ou “l'ethnique c'est les autres” », *Cités*, n° 2, 2000, pp. 189-195.

12. M. Tribalat, *Faire France. Une enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris, La Découverte, 1995, p. 14. Cet ouvrage présente et développe les résultats de l'enquête réalisée par l'INSEE sous la direction de l'auteur.

13. Pour une explicitation du contenu de la distinction, voir M. Tribalat, *op. cit.*, pp. 15-16. Pour une critique (virulente mais imparable) de la manière dont ces « concepts » ont été mis en œuvre dans l'enquête en question, on se bornera ici à renvoyer à A. Blum, « Comment décrire les immigrés ? À propos de quelques recherches sur l'immigration », *Populations*, n° 3, 1998, pp. 569-587 ou H. Le Bras, *Le démon des origines. Démographie et extrême droite*, éd. de l'Aube, 1998.

14. M. Tribalat, *op. cit.*, p. 12.

15. Sur l'apparition de ce thème dans le lexique de l'action publique, voir D. Fassin, « L'invention française de la discrimination », à paraître.

16. J.-M. Belorgey, *op. cit.*, p. 52. L'auteur (en 1999) ne formule pas un constat mais un souhait.

17. Pour une présentation du contexte européen et communautaire, voir J. Goldston, « Race and ethnic data : A missing resource in the fight against discrimination », dans A. Krizsan (ed.), *Ethnic Monitoring and Data Protection. The European Context*, Budapest, Central European University Press, 2001, pp. 19-43.

18. Les réactions à la formation du gouvernement Raffarin (mai 2002) ont bien montré que l'expression « Français issus de l'immigration » désigne désormais quasi-exclusivement quelque chose comme « les Arabes » : la secrétaire d'État au Développement durable a été *le seul* membre du gouvernement à être ainsi caractérisé par la presse.

et inégalement répandues, est présenté comme le talon d'Achille d'une action publique qui demanderait, pour être pleinement opératoire, à se fonder sur des catégories juridiquement consacrées.

« Il n'y a pas de race ici » : l'injonction est contestée au nom des principes républicains eux-mêmes<sup>19</sup>. L'ampleur de cette mise en cause ne doit toutefois pas, selon nous, être surévaluée. Tout se passe comme si ses promoteurs ne croyaient pas eux-mêmes aux chances de succès d'une sortie du modèle *color-blind*. Le silence qu'ils observent sur le contenu des catégories qu'ils appellent de leurs vœux (tout en expliquant qu'on ne traite bien que ce qu'on nomme !) est à cet égard révélateur d'une difficulté de fond dont la mention n'est pas toujours une clause de style<sup>20</sup> : ils savent bien, en effet, que les membres des organismes publics spécialisés, pas plus que les chercheurs en sciences sociales engagés dans la lutte contre les discriminations, n'ont qualité pour imposer, par le haut et pour son bien, un label ethnisant à telle ou telle catégorie de la population. Dans ces conditions et en l'absence quasi totale, dans notre pays, d'entrepreneurs d'identité ethnique (pour ne rien dire du fameux « sursaut républicain » d'avril 2002, il est vrai trop massif et récent pour être d'interprétation univoque), l'audience publique des « briseurs de tabous » risque fort, à court terme, de demeurer bornée par les limites de Saint-Germain-des-Prés.

Pour le principe politico-juridique de cécité à la couleur, l'épreuve (de vérité ?) vient d'ailleurs : elle lui est imposée par « l'action bulldozer »<sup>21</sup> que l'Union européenne, en matière de lutte contre le racisme, déploie depuis bientôt deux ans.

---

## Un modèle confronté à l'action bulldozer de l'Union européenne

Entreprise sur le fondement du nouvel article 13 du Traité CE<sup>22</sup>, cette action est menée sur deux fronts complémentaires mais distincts. Elle comprend d'abord un volet proprement normatif, qui s'est traduit par l'adoption, en juin 2000, d'une directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique<sup>23</sup>. La directive, qui doit être transposée par les États membres avant juillet 2003, institue à l'échelle de l'Union un dispositif de protection contre la discrimination en matière de travail, d'éducation, de protection sociale et d'accès aux biens et services. Il ne s'agit pas d'une protection uniforme mais d'une protection minimale, les États restant libres « d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement » (art. 6(1)). Le second volet de l'action communautaire, plus incitatif, s'est matérialisé par la publication, en novembre 2000, d'un programme de lutte contre la discrimination pour la période 2001-2006<sup>24</sup>. Ce programme a pour but d'organiser l'échange des bonnes pratiques déjà en vigueur dans les États membres. Il vise également à promouvoir « l'élaboration de nou-

velles pratiques et politiques de lutte contre la discrimination », esquissant ainsi un nouvel espace européen de politiques publiques.

Chacun de ces deux volets comprend des notions, mécanismes ou instruments juridiques qui invitent à une prise en compte « positive » de la « race » et de « l'origine ethnique », mais nous voudrions montrer ici que le premier d'entre eux s'est avéré, pour le « modèle français », beaucoup moins déstabilisateur que le second.

C'est en effet dans le strict respect du principe de *color-blindness* que la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations<sup>25</sup> a entrepris de transcrire en droit interne les prescriptions de la directive de juin 2000. Ceci ne signifie pas – le point mérite d'être mentionné – que la directive ait été transposée *a minima*. Trois dispositions au moins manifestent au contraire la volonté du législateur français d'aller au-delà des exigences communautaires.

Le législateur a d'abord décidé que la liste des mesures qui pourront être qualifiées de discriminatoires n'aurait pas, en droit interne, le caractère limitatif qu'entendait lui conférer la directive : la protection de la loi (qui ne portait jusqu'alors que sur les mesures de sanctions, sur l'entrée dans la relation de travail et sur la sortie de celle-ci) vaudra désormais « *notamment* en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ». La directive prévoyait ensuite que la victime présumée d'une discrimination devrait donner son approbation aux procédures judiciaires que pourraient intenter pour son compte « les associations, organisations ou autres personnes morales désignées par la législation nationale ». Partant de l'idée, exprimée par un député communiste,

19. Elle se trouve également contestée par un courant de pensée d'inspiration différentialiste ou néo-raciste dont l'analyse excède à la fois les limites du présent article et les compétences de son auteur.

20. Voir P. Simon, « La catégorisation statistique des "immigrés". Analyse des inégalités et lutte contre les discriminations », dans *Sida, immigration et inégalités. Nouvelles réalités, nouveaux enjeux*, Paris, ANRS, pp. 5-31.

21. Nous empruntons la formule à J.-F. Flauss, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 36, 2001, p. 514.

22. Inséré dans le Traité institutif par le traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999, l'article 13 prévoit que, « sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

23. Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 (*JOCE* L 180 du 19.07.00). Une seconde directive (n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L 303 du 2.12.00) est venue compléter le dispositif en instituant une protection, en matière d'emploi et de travail exclusivement, contre les discriminations fondées sur la religion et les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle.

24. Décision du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) (*JOCE* du 2.12.00, L 303/23).

25. *JO* du 17.11.01. Cette loi procède également à la transposition de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe. Elle a été complétée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (*JO* du 18.01.02), dans ses dispositions relatives au harcèlement d'une part, à la discrimination dans le secteur du logement locatif d'autre part.

qu'obtenir l'accord écrit du salarié « revient à lui demander de signer son arrêt de mort », l'Assemblée – contre l'avis du Sénat – est passée outre cette condition<sup>26</sup>. C'est, enfin, dans l'aménagement de la charge de la preuve que la loi du 16 novembre 2001 transpose *a maxima* la directive de juin 2000. Sur cette question qui a focalisé l'opposition entre les deux assemblées et nécessité la réunion (infructueuse) d'une commission mixte paritaire, la solution finalement imposée par l'Assemblée fait prévaloir sur la directive la formule plus favorable aux victimes dégagée l'année précédente par la Cour de Cassation. Aux termes de la nouvelle rédaction du Code du travail, il appartient en effet au salarié de présenter « des éléments de fait » (au lieu de « faits ») qui « laissent supposer » (et non « permettent de présumer ») l'existence d'une discrimination. L'employeur doit alors « prouver que sa décision est justifiée par *des éléments objectifs* étrangers à toute discrimination », formulation plus exigeante que celle du droit communautaire (« prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement »)<sup>27</sup>.

Le Parlement français a donc pleinement saisi l'occasion que lui offrait la transposition de la directive pour renforcer le droit interne de la non-discrimination. Il a en revanche marqué un net mouvement de recul à l'endroit de la double notion (à moins qu'il ne s'agisse d'un tour pléonastique) de « race ou origine ethnique ». La comparaison du texte législatif et de la directive communautaire laisse apparaître, côté français, un triple mouvement : de rejet, de contournement, et de mise à distance.

L'option du rejet a été retenue à propos des articles 4 et 5 de la directive, qui ouvraient aux États membres une simple faculté. Le législateur français a ainsi refusé d'envisager l'hypothèse formulée à l'article 4, selon laquelle « une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique » pourrait constituer, « en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, [...] une exigence professionnelle essentielle et déterminante » et justifierait, « pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée », une différence de traitement. Dans le même esprit et pour les mêmes raisons, le Parlement a fermé la voie à l'*affirmative action*, en rejetant l'option ouverte par l'article 5, aux termes duquel il est loisible aux États membres, « pour assurer la pleine égalité dans la pratique », « de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique ».

La stratégie de contournement a, quant à elle, concerné la notion de « harcèlement racial », définie à l'article 2(3) du texte communautaire comme une forme particulière de discrimination. Ce « comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique [...] a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Il s'agit donc d'une incrimination spécifique, à laquelle le législateur français a préféré, opérant un mouvement d'universalisation, une disposition d'application générale : le harcèlement moral, qui a fait son entrée dans le Code

du travail à l'occasion du vote de la loi de modernisation sociale du 18 janvier 2002<sup>28</sup>.

L'entreprise de mise à distance, enfin, de la « race ou origine ethnique » peut être analysée comme une tentative de déréalisation. Les dispositions du Code du travail qu'il s'agissait de mettre en conformité avec la législation communautaire comprenaient déjà – on y a fait allusion plus haut en invoquant les débats du début des années quatre-vingt-dix sur la législation antiraciste – la notion de « race ». Les travaux de transposition de la directive ont rouvert la question : « La mention faite de la notion de “race”, qui relève d'une terminologie propre à renforcer la logique de discrimination », n'est-elle pas « inacceptable »<sup>29</sup> ? À cette question, l'auteur de la proposition de loi a répondu que cette mention, « même si elle peut paraître choquante, ne vaut pas reconnaissance de l'existence de races distinctes, *comme la France l'a toujours signifié à l'occasion de l'approbation de divers textes internationaux* »<sup>30</sup>. La rédaction finalement retenue, reprise du Code pénal, permet, selon le rapporteur du texte à l'Assemblée, « d'éviter d'octroyer une reconnaissance juridique à la notion de “race” »<sup>31</sup> : « appartenance à une ethnie, une nation ou une race » doit s'entendre, précise désormais le Code du travail, comme signifiant « appartenance *ou non-appartenance, vraie ou supposée* », à une ethnie etc. Une telle formulation veut afficher explicitement un refus de considérer la race comme une donnée objective, qui serait dotée d'une réalité appréhendable indépendamment des motivations de ceux dont les actes tombent sous le coup de la loi. C'est également en ce sens qu'on peut interpréter l'ajout, aux treize motifs de discrimination déjà énumérés par le Code du travail et le Code pénal, de deux critères totalement absents de la directive : « l'apparence physique » et « le patronyme »<sup>32</sup>. L'insertion de ces critères a sans doute

26. Les syndicats (mais non les associations) pourront exercer une action en justice en lieu et place du salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, à la seule condition que celui-ci, dûment prévenu, ne s'y soit pas opposé dans un délai de cinq jours.

27. Le Conseil constitutionnel a sérieusement réduit la portée de cette innovation en soulignant – à l'occasion de l'examen de la loi de modernisation sociale qui étendait ce régime probatoire à la discrimination en matière de logement et à cette forme de discrimination qu'est le harcèlement moral ou sexuel – que ces règles de preuve « ne sauraient dispenser [la victime présumée] d'établir la matérialité [d']éléments de fait précis et concordants » (décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 87-90). Il s'agit, par le biais de cette réserve d'interprétation qualifiée de stricte, de garantir le respect des droits de la défense.

28. La définition retenue est toutefois plus restrictive puisque le harcèlement moral est défini au nouvel article L. 122-19 du Code du travail comme résultant d'« agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à [l]a dignité [du salarié], d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».

29. Rapport A.N. n° 2609 (*Lutte contre les discriminations*, 1<sup>ère</sup> lecture, 10 octobre 2000), p. 19.

30. *Ibid.* La confusion est tout à fait révélatrice : ce que la France « a toujours signifié » à l'occasion de l'approbation de ces textes n'est évidemment pas l'unité du genre humain (la question, fort heureusement, n'est pas de celles qui sont débattues dans les forums internationaux) : c'est (la notion de « minorité » déclenchant l'émission par la France d'une réserve) *l'indivisibilité de la République*.

31. Rapport A.N. n° 2965 (*Lutte contre les discriminations*, 2<sup>ème</sup> lecture, 2 avril 2001), p. 10.

32. La transposition de la directive « horizontale » mentionnée *supra* à la note 23 a par ailleurs conduit à ajouter l'orientation sexuelle et l'âge à la liste des motifs de discrimination.

été dictée par un souci de réalisme : le législateur n'ignore pas l'existence de discriminations intervenues sur le fondement du seul patronyme, ou sanctionnant un « délit de sale gueule ». Mais la mention du patronyme et de l'apparence physique concourt surtout à manifester que la « race » est, comme la beauté de la formule shakespearienne, « *in the eyes of the beholder* ». Le contenu d'une telle « notion » n'est pas seulement évanescant, il est inassignable. La « race » est une catégorie vide.

Nous sommes ici aux antipodes d'un droit de la non-discrimination de type anglo-saxon, qui repose intégralement sur l'énumération de « classes protégées » (*protected classes*). La loi du 16 novembre 2001, *au rebours complet* de l'évolution vers une protection catégorielle des victimes de discrimination prônée au nom de l'efficacité, confirme pleinement l'inspiration universaliste du Code pénal, qui caractérise la discrimination comme une atteinte à la dignité de la *personne*.

Dans un tel climat, on ne peut que juger aberrante l'inscription dans le Code du travail (mais non dans le Code pénal) du concept communautaire de discrimination indirecte. Cette notion permet de faire peser une présomption d'illégalité à l'encontre d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique « apparemment neutre » mais qui s'avère « susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes » – la présomption ne pouvant être levée que si « cette disposition, ce critère ou cette pratique [est] objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif [sont] appropriés et nécessaires » (art. 2(2) de la directive). La mise en œuvre d'une telle notion suppose évidemment une évaluation de la situation respective des différents « groupes ethno-raciaux » au regard de la pratique contestée (désavantage-t-elle les uns plus que les autres ?) mais aussi la collecte de données statistiques sur leurs caractéristiques socio-économiques générales (propres à expliquer, le cas échéant, l'impact différencié de la mesure). C'est donc à juste titre que la Commission nationale consultative des droits de l'homme a souligné, dans son dernier rapport d'activité, que la discrimination indirecte, « étant donné la construction constitutionnelle française », « ne peut pas être juridiquement appréhendée »<sup>33</sup> : cette disposition de la loi du 16 novembre 2001 est vouée, en l'état actuel des choses, à rester lettre morte.

---

### Vers un dépassement du modèle ? L'influence de la *soft law* communautaire

Si le droit communautaire ne contraint aucunement la France à répudier le principe de *color-blindness*, la logique de l'*action* communautaire en matière de lutte contre les discriminations l'y invite de manière pressante. Une telle invitation (au même titre que les « mesures d'encouragement » qui seront bientôt décidées à la majorité qualifiée<sup>34</sup>) n'est certes pas impérative : aucun État membre n'est tenu d'y déférer. L'influence de cette *soft law* communautaire n'en est pas moins considérable.

L'action communautaire repose ici sur deux maîtres mots, aussi étrangers l'un que l'autre au modèle français d'ignorance de la « race » : le *monitoring* et le *mainstreaming*. Le *monitoring* se définit comme une mission de « surveillance efficace » de la discrimination : il ne s'agit pas seulement d'observer mais de faire savoir qu'on observe et de diffuser largement les résultats de l'analyse. Or le problème qui se pose dans un cadre transnational (le Conseil de l'Europe hier, la Communauté aujourd'hui) est que les données recueillies – quand elles existent – ne sont pas homogènes d'un pays à l'autre. C'est pour résoudre cette difficulté que le programme d'action communautaire de novembre 2000 propose de financer « l'élaboration et la diffusion de séries statistiques comparables sur l'ampleur de la discrimination dans la Communauté » et « la mise au point d'indicateurs et d'étalons qualitatifs et quantitatifs ». Quant au *mainstreaming*, dont la Commission a expliqué à la Conférence de Durban qu'il constituait pour elle une priorité de la lutte contre le racisme<sup>35</sup>, il consiste à évaluer systématiquement les effets potentiellement discriminatoires d'un programme ou d'une politique. Une véritable « clause de conditionnalité anti-raciste »<sup>36</sup> oblige désormais les bénéficiaires de financements communautaires (initiatives EQUAL ou TACIS, actions relevant des fonds structurels...) à « se poser la question de la race ».

Ces modalités d'action prescrites par la Communauté sont en rupture complète avec une approche française traditionnellement *color-blind*, mais aussi quasi-exclusivement *répressive*. Dans le cadre de l'Union européenne, le racisme n'est pas au premier chef saisi comme un délit<sup>37</sup>. Corrélativement, le principe de non-discrimination n'est pas conçu et dirigé *contre* les mécanismes de marché (comme c'est le cas en France, où sa protection relève de la sauvegarde de l'ordre public, ce « mécanisme perturbateur du jeu normal des contrats »<sup>38</sup>) mais se trouve au contraire promu *en leur nom*.

33. La Documentation française, 2002, p. 136, note 3. Pour une analyse plus détaillée, voir G. Calvès, « The introduction of indirect discrimination into French law : A skeptical note », dans D. Middleton et J.-P. Révauger (eds.), *Discrimination and antidiscrimination policies in Britain and France*, Aldershot, Ashgate, 2002.

34. La ratification du traité de Nice introduira dans l'article 13 un nouveau paragraphe prévoyant que « lorsque le Conseil adopte des mesures d'encouragement communautaires, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, il statue conformément à la procédure [de la majorité qualifiée] ».

35. Communication du 1<sup>er</sup> juin 2001, COM(2001) 291 final.

36. Cette formule est, à nouveau, empruntée à J.-F. Flauss, art. cité, p. 491.

37. La lutte contre le racisme relève bien de la coopération policière et judiciaire (art. 29 du traité de l'Union), mais les conditions dans lesquelles cet objectif est intégré au troisième pilier reviennent à « opère[r] une distinction entre certaines formes de criminalité qui nécessiteraient une action commune entre États membres [terrorisme, trafic de drogue, traite d'être humains...] et la prévention et la répression d'actes racistes qui, considérés comme moins importants, ne mériteraient pas semblable traitement » (D. Rosenberg, « La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 35, n° 2, avril-juin 1999, p. 208).

38. P. Malaurie, rapport de synthèse, *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 109.

La formulation initiale du principe de non-discrimination doit en effet être rapportée à la construction d'un marché unique au sein duquel les discriminations apparaissent comme des distorsions de concurrence et/ou comme un frein à l'allocation optimale des ressources. Telle est bien la finalité assignée dès l'origine au principe de non-discrimination à raison de la nationalité : posé dans sa généralité à l'article 6 du traité CE (aujourd'hui article 12) et précisé par une série de dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, au droit d'établissement et à la libre prestation des services, le principe de non-discrimination a d'abord été considéré comme une condition essentielle à la construction d'un marché intérieur au sein duquel les facteurs de production peuvent circuler librement<sup>39</sup>. Il en est allé de même pour la discrimination à raison du sexe : l'article 119 CE (devenu 141) relatif à l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes fut introduit à la demande de la France qui redoutait, pour ses entreprises du secteur textile notamment, la concurrence déloyale des entreprises situées dans des États membres où l'égalité des rémunérations n'était pas assurée<sup>40</sup>.

Il est bien certain que le principe de non-discrimination n'a plus pour unique objet de structurer les marchés et de régir leur fonctionnement : sa récente consécration par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne parachève une véritable mutation amorcée de longue date, sous l'influence en particulier de la Cour de Justice<sup>41</sup>. Il n'en reste pas moins courant, pour les organes communautaires, de présenter la discrimination comme un obstacle aux gains de dynamisme et de productivité. Plus largement, la mise en œuvre du principe de non-discrimination relève d'une démarche « régulatrice » d'autant plus affirmée qu'elle correspond aux modalités d'action propres à la Communauté<sup>42</sup> : pour orienter le comportement des acteurs économiques, on recourt à des techniques souples, réactives et interactives de pilotage des marchés.

Cette impulsion communautaire a conduit le gouvernement Jospin à rompre avec une approche purement répressive des discriminations au profit d'une démarche ouvertement *contractuelle*<sup>43</sup>. L'instrument ici privilégié est celui des « accords de partenariat » entre l'État et les acteurs de la société civile. Sur le modèle de la Déclaration de Florence adoptée par les partenaires sociaux européens le 21 octobre 1995, la Déclaration de Grenelle sur les discriminations raciales dans le monde du travail, rendue publique le 11 mai 1999, invite ainsi les entreprises et les intermédiaires de l'emploi à conclure, sectoriellement ou régionalement, des « chartes », « engagements » ou « codes de déontologie » par lesquels ils s'engagent à mettre en œuvre des politiques de recrutement non discriminatoires. La Charte nationale du parainage du 27 juillet 1999 entend par exemple « symboliser la volonté concrète de lutter contre les discriminations dans le monde du travail, et notamment les discriminations raciales ». Ses signataires (associations, entreprises, organismes parapublics) prennent solennellement l'engagement de « veiller à ce que le principe

d'égalité des chances et de l'accès à l'emploi et aux formations soit mieux respecté », de « lutter concrètement contre toutes les formes de discriminations et notamment contre les discriminations raciales » et de « sensibiliser [leurs] partenaires habituels sur cet enjeu ». De la même façon, au niveau local, les entreprises signataires d'« accords spécifiques » sont conduites à « confirmer leur adhésion » (!) au principe d'égalité de traitement, et s'engagent à examiner toutes les candidatures, « indépendamment de l'origine de la personne concernée ». Conclues avec des entreprises, des boîtes de nuit ou des acteurs de la politique de la Ville, les instruments d'allure contractuelle tendent à proliférer. La loi du 16 novembre 2001 a même systématisé cette logique en imposant l'insertion, dans les conventions de branches, d'une clause relative à la non-discrimination.

Cette (fausse) « contractualisation » du principe de non-discrimination entend sans doute favoriser une plus grande mobilisation des acteurs sociaux. Elle n'en a pas moins pour effet de fragiliser une norme que les pouvoirs publics renoncent à poser comme valant *a priori* et absolument : les fondements d'un principe soumis à négociation sont par définition *discutables*.

« Pas de race ici » ? Il y a peut-être moyen de négocier... ■

**Gwénaële Calvès**, professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise et à l'Institut d'études politiques de Paris, est l'auteur de *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême : le problème de la discrimination « positive »*, Paris, LGDJ, 1998.

E-mail : [gwenaele.calves@free.fr](mailto:gwenaele.calves@free.fr)

39. M. Dony, « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la CJCE », dans E. Bribosia et E. Dardenne (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 45-62.

40. C. Barnard, « The economic objectives of Article 119 », dans T. Hervey et D. O'Keefe (eds.), *Sex equality in the European law*, Hoboken NJ, John Wiley and Sons, 1996, pp. 321-334.

41. Son article 21(1) dispose qu'« est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

42. G. Majone, *La Communauté européenne, un État régulateur ?*, Paris, Montchrestien, 1996.

43. Pour une vue d'ensemble sur les politiques anti-discriminatoires développées par ce gouvernement, voir G. Calvès, « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, nov.-déc. 2001, pp. 163-174.

### Développement des sigles

CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme

CNIL : Commission nationale Informatique et Libertés

CRE : Commission for Racial Equity

DPM : Direction de la population et des migrations

FAS : Fonds d'action sociale

HCI : Haut comité à l'intégration

INED : Institut national d'études démographiques

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

OMI : Office des migrations internationales ; TOM : Territoires d'outre-mer.

EQUAL et TACIS sont des programmes de l'Union européenne, le premier pour la lutte contre la discrimination en matière d'emploi et de travail au sein de l'UE, le second pour l'assistance technique aux pays de l'ancien bloc de l'Est.