

Les statistiques ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité

- Archives - Été 2009 -

Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe

Date de mise en ligne : mardi 2 juin 2009

L'observatoire des politiques économiques en Europe

Dans de nombreux Etats occidentaux, la Grande-Bretagne, les Etats du Nord de l'Europe, les grandes démocraties du Nord de l'Amérique, le recours aux statistiques ethniques n'est pas jugé contraire au principe d'égalité. Il en va différemment en France où la conception républicaine du principe d'égalité est le principal obstacle et la principale objection opposée au recours aux statistiques ethniques. Pourquoi cette singularité française ? Est-elle justifiée au regard de notre passé ? Notre conception française de l'égalité n'est-elle pas obsolète en plus d'être hypocrite ?

Dans son récent rapport remis au Président de la République le 11 mai dernier [1], le Commissaire à la diversité, Yazid Sabeg, propose un train de 76 mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances en faveur, notamment, des individus issus de la diversité. S'il évite soigneusement de faire usage d'une expression honnie, qui a fait couler beaucoup d'encre, statistiques ethniques [2], il n'en promet pas moins l'idée que la France a besoin d'améliorer sa « connaissance des phénomènes migratoires par une meilleure mesure de la diversité ». Il souligne que « les données dont nous disposons ne permettent pas d'obtenir une vision suffisamment juste de la diversité française et des phénomènes de discriminations. Certes, il existe déjà des enquêtes statistiques sur la diversité des origines, à partir des patronymes, des lieux de naissance ou de l'origine des parents. Mais de telles données ne permettent pas d'appréhender toute la réalité des discriminations et ne suffisent plus à identifier et à caractériser la nature ethno-raciale de nombre d'entre elles. Les victimes de ces discriminations sont souvent des Français nés en France. Pour les sortir de l'invisibilité et compléter notre connaissance des caractéristiques de la société française, il est nécessaire de procéder à l'acquisition de nouvelles données, avec éventuellement de nouveaux modes de recueil. » (Rapport, p. 45). Ce faisant le Commissaire à la diversité soulève une nouvelle fois une question récurrente, celle de la compatibilité du recours aux statistiques ethniques avec la conception française du principe d'égalité. Dans quelle mesure le recours aux statistiques ethniques est-il contraire à la conception républicaine de l'égalité ? Dans quelle mesure le système de la dérogation à l'égalité républicaine qui a caractérisé l'organisation des colonies ne justifie pas aujourd'hui une nouvelle forme de dérogation en faveur de leurs descendants ? Dans quelle mesure la conception française de l'égalité n'est-elle pas devenue une conception marginale de l'égalité ? C'est à la tentative de réponse à ces trois questions qu'entend contribuer cette note.

1. La prétendue contrariété du recours aux statistiques ethniques avec le principe républicain de l'égalité

L'opportunité de recourir aux statistiques ethniques, afin de mesurer la diversité et lutter contre les discriminations ethniques et raciales pourvoyeuses d'inégalités sociales, est posée en France depuis une quinzaine d'années [3]. L'objectif est ici de lutter non seulement contre les discriminations délibérées, celle reposant sur les préjugés ou, plus simplement, le racisme des acteurs sociaux, mais aussi les discriminations objectives résultant de pratiques apparemment neutres. Dans une directive européenne (2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000) relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique on trouve une très bonne définition de la discrimination indirecte : « Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ». On comprend, à la lecture de cette définition, que pour mesurer cette discrimination insidieuse, le recours aux statistiques ethniques est nécessaire. Alors que la pratique en est courante dans un certain nombre d'Etats occidentaux [4], elle a fait l'objet de polémiques récurrentes et parfois

confuses qui ont d'abord divisées les démographes et les sociologues [5] avant de s'étendre aux juristes lorsque le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la loi Hortefeux, en 2007, et qu'il a censuré son article 63 qui étendait les possibilités de recourir aux statistiques ethniques [6].

La loi Hortefeux, relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, outre le recours aux tests ADN qui a été jugé con-forme à la Constitution, prévoyait initiale-ment d'élargir le champ des exceptions à l'interdiction de « collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci » formulée par la loi du 6 janvier 1978, dite *Informatique et liberté*. Aux huit exceptions actuellement prévues [7], elle en ajoutait une neuvième autorisant « les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimina-tion et de l'intégration selon les modalités prévues au 9° du I de l'article 25. La présentation des résultats du traitement de données ne peut en aucun cas permettre l'identification directe ou indirecte des personnes concernées. » [8]

Précisons ici que le dispositif censuré de la loi Hortefeux n'introduisait pas la possibilité de recourir aux statistiques ethniques, qui existait déjà [9], mais ne proposait que d'élargir le champ des exceptions à l'interdiction d'y recourir prévues par la loi Informatique et libertés. Comme il ressort de la simple lecture de la loi de 1978, des études fondées sur les critères ethniques sont déjà possibles en application notamment du 7° du II de l'article 8 de la loi de 1978, cité précédemment. François Héran, directeur de l'INED, a bien expliqué la méthodologie et la déontologie des instituts habilités à pratiquer des enquêtes prenant en compte les origines ethniques des populations [10]. L'article censuré de la loi Hortefeux ne faisait ici qu'étendre le droit de procéder à des études sur la diversité par d'autres institutions que celles mentionnées à l'article 8, §II, 7° de la loi Informatique et liberté. Le législateur s'était ici plié aux recommandations de la CNIL, rendues publiques le 16 mai 2007 [11], qui suggéraient d'étendre le champ des études portant sur les origines des populations y compris en tenant compte du facteur ethnique mais seulement dans la mesure où celui-ci est subjectivement défini. Dans ses recommandations la CNIL mettait en effet une limite importante à cette possibilité, à savoir celle de la constitution d'un référentiel national ethno-racial, autrement dit d'une nomenclature « objective » des appartenances raciales ou ethniques. Les études fondées sur l'ethnie ou la race ne sont légitimes que si elles reposent sur le ressenti subjectif d'une appartenance ethnique ou raciale mais son sur la subsomption des individus sous une catégorie prédéfinie.

Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition de la loi Hortefeux en jugeant que si la mesure des origines peut porter sur des données objectives, elle ne saurait, « sans méconnaître l'article 1 de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race. » [12] Par données objectives il entend par exemple le nom, l'origine géographique ou la nationalité antérieure à la nationalité française. En revanche, serait contraire à la Constitution la définition, a priori, d'un référentiel ethno-racial. La censure est à la vérité curieuse dans la mesure où l'article censuré de la loi suivait précisément les recommandations de la CNIL et entendait précisément éviter l'écueil du référentiel ethno-racial jugé inconstitutionnel. Le Conseil constitutionnel a censuré la loi en lui reprochant de concourir à la constitution d'une nomenclature ethno-raciale qu'elle entendait précisément éviter, dans le respect des recommandations de la CNIL [13] ! Les commentateurs de la décision ont cependant majoritairement approuvé la censure, l'inscrivant « dans la droite ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'article 1er de la Constitution », estimant que « le Conseil veille au respect des principes annoncés dans la Déclaration de 1789 qui interdisent toute forme de communautarisme » et concluant que, dans cet esprit, le Conseil fait ici une interprétation stricte des dispositions constitutionnelles particulières qui peuvent fonder des dérogations au principe d'égalité. » [14] Les commentateurs ont vu se profiler, derrière le recours aux statistiques ethniques, le spectre du communautarisme à l'anglo-saxonne, l'abandon des idéaux républicains et la remise en question de la sacro-sainte conception française de l'égalité qui sont annoncés. Un auteur a notamment relevé que le Conseil constitutionnel, en se prononçant pour la première fois sur la notion de race, s'est érigé en « interprète du pacte politique et social français » et rappelé que celui-ci repose « depuis la nuit du 4 août 1789, [...] sur un mythe fondateur : l'égalité républicaine. » [15] Un autre a relevé « que le Conseil a, en réalité, voulu rappeler avec force la tradition juridique française qui défend une conception, dite universaliste, interdisant, au nom de l'égalité, de différencier les individus en fonction de critères tenant aux origines

(ethniques), à la race et à la religion. » [16] En réalité, on peut se demander si à travers la censure de l'article 63 de la loi de 2007 ce n'est pas tout l'article 8 de la loi de 1978 qui était visé, puisque l'alinéa 2 de cet article prévoit précisément des dérogations à l'interdiction formulée à l'article 1 de la Constitution et auquel le Conseil constitutionnel donne ici une valeur absolue.

L'inconstitutionnalité, sous la plume des savants commentateurs, allait bien au-delà d'une simple contrariété à la règle posée par l'article 1 de la Constitution de 1958 et touchait à un principe structurant de notre droit constitutionnel depuis 1789. Au regard de l'histoire constitutionnelle française, « le principe d'égalité n'est pas tout à fait un principe comme les autres », comme on l'a fait remarquer. « Directement issu de la théorie du contrat social de Jean-Jacques Rousseau, il est le seul principe révolutionnaire à n'avoir jamais été remis en cause depuis 1789. Il est présenté, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme le plus fondamental de tous les droits naturels, « plus fondamental que la liberté même, parce que l'égalité c'est l'homme même ; elle identifie l'homme » (Georges Vedel). » [17]

Dès lors, il apparaissait que l'élargissement éventuel de l'étendue des exceptions prévues par l'article 8 de la loi de 1978 à l'interdiction générale de recourir aux statistiques ethniques n'impliquait pas seulement une révision de la Constitution, toujours possible, mais une révision d'un principe de droit naturel, un véritable changement de tradition, une véritable révolution juridique qui nous conduirait à renier une conception légitime de l'égalité. C'est l'identification « ethno-raciale » par un recours à des stéréotypes (« Blanc », « Noir », « Arabe ou Berbère », « Asiatique ») « d'usage courant dans les nomenclatures statistiques anglo-saxonnes, qui est perçue en France, notamment par les institutions, comme contradictoire avec le principe républicain d'indifférenciation et oscille entre un étiquetage vécu comme péjoratif, et une revendication identitaire. » [18] La crainte est bien que des statistiques ethniques alimentent des politiques de discrimination positive.

Alors que le Président de la République s'était prononcé clairement en faveur de ces techniques [19], la Commission Veil, dans son rapport remis à la fin de l'année au Chef de l'Etat [20] a clairement écarté l'idée d'introduire en droit français la possibilité de distinguer entre les individus en fonction de leur race ou de leur ethnie et s'est prononcée contre une révision de l'article 1er de la Constitution interdisant les distinctions d'origine ou de race. Elle a avancé pour cela plusieurs arguments. Elle a d'abord relevé que si ces distinctions pouvaient paraître justifiées dans des Etats qui ont pratiqué la discrimination raciale ou ethnique, comme les Etats-Unis, l'Afrique du Sud ou l'Inde, telle n'était pas le cas de la France qui a au contraire une longue tradition républicaine d'égalité devant la loi. Elle a également noté que les techniques de lutte contre les discriminations à partir de critères ethniques ou raciaux semblaient marquer le pas dans les Etats qui y recouraient. La Commission a par ailleurs jugé que l'introduction de telles méthodes était grosse de dangers d'instrumentalisation, par des groupes extrémistes, de l'identification de groupes en fonction de leur appartenance raciale ou ethnique mesurée. Elle rejoignait ici les critiques de nombreux auteurs qui insistent sur le fait que le racisme procédant d'une construction sociale de la réalité, le recours au critère de la race ou de l'ethnie a pour premier effet de consolider la représentation et la classification des individus en fonction d'une appartenance raciale supposée [21]. Enfin, la Commission a jugé que le cadre constitutionnel actuel permettait déjà une grande latitude. Elle a rappelé que la jurisprudence des principales juridictions dont, au premier chef, le Conseil constitutionnel avait précisé « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes rencontrant des difficultés particulières » [22], des lors que les critères retenus n'étaient pas ceux des origines, de la race ou de la religion. Le rapport du Comité Veil n'a pas considéré qu'il pouvait exister une différence entre l'établissement d'une nomenclature officielle des ethnies et des races et la mesure des discriminations des personnes en fonction de leur appartenance ressentie à une ethnie ou une race.

Pourtant, on peut se demander si le cadre juridique circonscrit par la Commission Veil n'est pas insuffisant pour lutter contre les discriminations objectives. Il existe bien un certain consensus autour de la définition d'un certain nombre de variables que l'on peut prendre en considération pour mesurer la diversité : le nom, le prénom, l'origine géographique, la nationalité antérieure à la nationalité française. Mais ces variables sont insuffisantes pour mesurer

la discrimination à mesure qu'elle pénètre plus profondément la société française. Les populations issues de la diversité ont été naturalisées, leurs enfants, de nationalité française, ne portent plus nécessairement de prénoms ou de noms à consonance étrangère. Les indicateurs pertinents à une certaine étape de l'accueil des populations d'origine africaine en France, le sont moins à mesure de l'intégration des enfants de l'immigration dans la société française. La discrimination à raison de la race ou de l'ethnie supposées paraît cependant subsister (les élites sociales restent blanches) sans que cette discrimination ne puisse être exactement mesurée. Le recours aux statistiques ethniques repose sur l'idée qu'il doit être possible de mesurer la diversité en fonction des apparences d'appartenance à des ethnies ou des races supposées (par ceux qui pratiquent, volontairement ou involontairement, la discrimination raciale ou ethnique), en cataloguant les populations en fonction des critères qui sont précisément ceux de la discrimination, mais pour la mesurer puis la combattre. Une grande partie de la difficulté de la mise en oeuvre des statistiques ethniques résulte de la définition des races ou des ethnies, des critères qui sont retenus pour circonscrire des catégories dont on entend combattre les effets. Une autre difficulté consiste à identifier des individus à des groupes préalablement définis (le référentiel ethno-racial national), en se demandant s'il revient aux individus eux-mêmes de définir leur appartenance (auquel cas on accepte que le sentiment subjectif d'appartenance ne coïncide pas avec l'identification discriminante d'appartenance que l'on veut précisément mesurer), ou bien s'il revient aux enquêteurs de classer en fonction de divers critères, dont la couleur de la peau, les individus dans différentes races [23] sans doute une vraie « légitimité démocratique » à recourir aux statistiques ethniques qui résulte de leur « capacité à faire exister socialement les inégalités et les discriminations dont sont victimes les individus appartenant aux minorités visibles. » [24] y a aussi un vrai danger à introduire dans les sciences sociales et dans le droit des catégories qui servent aux discriminations contre lesquelles les différents gouvernements entendent lutter. Cette incertitude sur la légitimité du recours aux statistiques ethniques est manifeste et divise les associations de lutte contre la discrimination raciale. Tandis que le CRAN (Conseil représentatif des associations noires de France) soutient inconditionnellement la mesure de la diversité ethnique, SOS Racisme est farouchement opposé aux statistiques ethniques, politique dans laquelle il voit un abandon de la lutte contre les discriminations au profit d'une politique de promotion de la diversité. Les intellectuels, sociologues, juristes, philosophes sont également très divisés, comme en témoigne une littérature abondante. [25]

2. La cité interdite, ou le système de la dérogation à l'égalité dans l'empire colonial

L'argument de la conception républicaine de l'égalité est-il pertinent ? Il existe bien un mythe fondateur de l'égalité républicaine, comme l'écrit Ferdinand Melin-Soucran, mais peut-être pas au sens où cet auteur l'entend. Car ce mythe est plutôt une légende, et s'il contient sa part de vérité, comme toute légende, il embellit aussi le passé et donne finalement plus à rêver qu'à savoir.

La question de la lutte pour l'égalité des chances et contre les discriminations dont font l'objet les populations issues de la diversité n'est pas dissociable de la mémoire que l'on entretient du passé colonial de la France. [26] Les statistiques ethniques, si l'un jour on y recourt, mesureront les discriminations dont font l'objet, principalement, les enfants ou les petits-enfants des populations colonisées, c'est-à-dire qu'elles mesureront la persistance des discriminations ethniques en dépit de la disparition du système colonial. D'une discrimination délibérée, organisée par le législateur colonial, au moyen de divers instruments, dont le célèbre Code de l'indigénat ou la définition, pour les populations colonisées, d'une nationalité française n'ouvrant pas le droit à l'exercice de la citoyenneté, on est passé à une discrimination plus discrète, invisible à mesure que l'on avance dans le temps, parce qu'insaisissable au moyen des outils de mesure habituels, mais efficace, effective, et se traduisant, par exemple, par ce phénomène qu'enregistre tout enseignant dans les premières années d'enseignement dans les Facultés de droit notamment : le blanchissement des amphithéâtres à mesure que l'on progresse dans les niveaux.

Parmi les arguments qui, aux yeux des membres du Comité Veil, justifiait de ne pas introduire en France le recours à des arguments ethniques se trouvait celui selon lequel la France n'aurait pas, à la différence des Etats-Unis, de

l'Afrique du Sud ou de l'Inde notamment, pratiqué une véritable ségrégation par le droit de certains groupes ethniques. Les politiques fondées sur la race ou l'ethnie ne peuvent « avoir un sens qu'à la condition d'apparaître aux yeux de tous comme une mesure de rattrapage au profit de groupes ayant été victimes dans leur propre pays d'une entreprise de marginalisation organisée par le système juridique, et qui se sont de ce fait trouvés maintenus dans une position sociale subalterne. Soit dit par parenthèse, on peut penser que l'acceptabilité sociale des règles visant à favoriser en France la parité entre les femmes et les hommes dans la sphère politique est à relier, au moins pour une part, à cette période encore récente où les femmes étaient privées du droit de vote et d'éligibilité. » [27] Cet argument, étonnant, nous paraît particulièrement contestable lorsque l'on prend en considération l'histoire coloniale française et le lien qui relie la discrimination objective dont sont victimes les indigènes de la République, issus de familles provenant précisément, pour nombre d'entre-elles, de nos anciennes colonies. Car il a bien existé dans les colonies un vrai système de discrimination par le droit des individus en fonction de leur appartenance à leur ethnie. De ce point de vue, la France ne se trouve dans une situation différente de celle des Etats-Unis, de l'Inde ou de l'Afrique du Sud, pour ne retenir que les exemples choisis par le Comité Veil, que parce qu'elle a perdu les territoires sur lesquels elle pratiquait la discrimination par le droit. Mais les enfants de cette politique discriminatoire sont revenus et demandent des comptes à la République.

S'il y a eu un élan en faveur de l'égalité des droits sous la Révolution, en faveur des juifs, en faveur des noirs après l'abolition de l'esclavage (mais une discrimination persis-tante et ressentie comme légitime à l'encontre des pauvres et des femmes), cette politique a été remise en question à la faveur du mouvement de la colonisation dès la conquête de l'Algérie (1830) puis, surtout, durant toute la période d'expansion coloniale des années 1881-1898. [28]

Alors que le Code civil, dans l'esprit de la Révolution française, liait systématiquement la nationalité avec les droits civils et politiques, faisant en principe de tout Français un citoyen (à l'exception, nous l'avons dit, des pauvres et des femmes), la législation coloniale va remettre en question de cette liaison en inventant l'indigénat. Ainsi, l'Ordonnance royale du 24 février 1834 qui fixe le régime de l'Algérie récemment annexée, définit les indigènes musulmans ou juifs comme des français mais sans leur reconnaître les droits civils ni les droits politiques. Ils ont une nationalité de sujet mais non des droits qui en métropole accompagne cette nationalité. [29] En 1848, lorsque le suffrage s'universalise, les indigènes sont majoritairement considérés comme juridiquement français. Cette nationalité ne sera guère contestée par la suite. Pourtant, à la question de savoir s'il convient de leur accorder la citoyenneté et les droits politiques qui l'accompagnent la réponse est très clairement négative. [30]

Un statut de l'indigénat sera progressive-ment étendu, à mesure des conquêtes et bientôt généralisé, en 1881, avec ce qu'il est convenu d'appeler le Code de l'indigénat. [31] L'article 109 de la Constitution de la Seconde République, après avoir déclaré le « territoire de l'Algérie et des colonies » territoire « français », ajoutait que ces colonies seront régies par « des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente Constitution. » La loi en question n'a jamais été adoptée et la mesure transitoire prévue par la Consti-tution est devenue la règle fondamentale du système coloniale, complétée bientôt par le senatus consulte de 1854 qui dispose à son tour que « les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, sont régies par décret de l'Empereur, jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un senatus-consulte » et place les colonies sous l'autorité directe du pouvoir exécutif. Ce système restera en vigueur jusqu'en 1946.

En matière de droit civil les indigènes sont souvent soumis aux divers statuts perso-nnels, qui résultent de leurs coutumes, ou du Coran dans les colonies à population musulmane. Ils sont donc soumis à un régime propre, encore que susceptible d'être modulé par le colon en fonction des impératifs de l'ordre public. Mais c'est surtout en matière pénale que le droit spécial qui s'applique aux indigènes exprime la volonté discriminatoire du colon. Des infractions pénales spécifiques sont créées, assujettissant les indigènes à un régime de police renforcée. Ainsi les indigènes ne peuvent se réunir sans autorisation ; le départ du territoire de la commune sans permis de voyage est interdit, l'acte irrespectueux, le propos offensant vis à vis d'un agent de l'autorité même en dehors de ses fonctions, la plainte ou réclamation sciemment inexacte ou renouvelée auprès de la même autorité ou, même, le délit de regard, équivalent colonial de l'esprit du murmure bien connu de l'ordre bénédictin, sont sévèrement réprimés. Ce même code prévoit non seulement des peines indiv-iduelles mais aussi des peines collectives infligées aux tribus ou aux douars, dans le cas d'incendies de forêt par exemple. Les droits politiques des musulmans en Algérie, pour ne prendre que cet

exemple, sont très limités. S'ils sont représentés, cette représentation est limitée au tiers des conseillers municipaux dans les communes et le nombre de conseillers municipaux musulmans ne peut jamais dépasser le nombre de 6, y compris au sein du conseil municipal d'Alger qui compte pourtant 40 conseillers municipaux. [32]

En résumé, la loi est peut être au centre d'une sphère dont les citoyens sont à la circonférence mais, comme le résume le grand juriste P. Darest, « les lois métropoli-taines ne [s'étendent] pas de plein droit aux colonies qui [sont] régies par une législation propre » [33] et les colonisés sont alors très au-delà du rayon de la loi, comme des satellites girovagues...

Après la loi du 7 mai 1946 abolissant le Code de l'indigénat dans ce qui allait devenir des territoires d'Outre-mer ou des Etats associés, les autochtones (Nouvelle-Calédonie, Mada-gascar, Algérie, etc.) retrouvent le droit de circuler librement, de résider où ils veulent, de travailler librement.

Cependant, si le système mis en place en 1946 par l'ordonnance du 7 mai puis l'article 80 de la Constitution du 27 octobre permet aux indigènes d'accéder à la citoyenneté française, les droits politiques qui leurs sont reconnus ne sont pas les mêmes que ceux des citoyens métropolitains ou d'origine européenne. Il est institué deux collèges électoraux dans les colonies, pour les Européens et pour les indigènes, élisant chacun le même nombre de députés. Mais le collège des indigènes comporte un nombre beaucoup plus important d'électeurs : trois fois en Algérie, dix fois plus en Afrique noire, de sorte qu'en fait, la voix d'un Européen vaut trois voix d'un musulman et dix fois celle d'un noir. L'électeur du second collège doit par ailleurs remplir certaines conditions non imposées à l'électeur du premier collège pour figurer sur la liste électorale : possession d'un permis de conduire ou d'un permis de chasse. Cette citoyenneté à double vitesse perdure jusqu'en 1956 avec la loi-cadre Defferre du 23 juin 1956 qui établit le collège unique. Dans certains Territoires d'Outre-mer ce sont les décrets de mise en oeuvre de la nouvelle législation qui tardent, comme en Nouvelle-Calédonie, de sorte que les autochtones ne peuvent, durant pratiquement toute la Quatrième République, pas exercer leurs droits de votes à l'occasion des consultations nationales.

Ce constat permet de conclure, avec Olivier Le Cour Grandmaison, que « L'inapplicabilité de la législation métropolitaine aux territoires de l'empire permet d'atteindre aux fondements juri-diques du droit colonial et de découvrir ceci d'essentiel : ce dernier n'est pas déroga-toire aux principes républicains et aux dispositions nationales de façon marginale et superficielle, ou en vertu d'une conjoncture exceptionnelle aux effets limités dans le temps et l'espace, et pour les individus concernés. Dérogatoire et discriminatoire, le droit colonial l'est au contraire par essence puisqu'il est systématiquement soustrait à tous les prin-cipes déclarés en métropole et aux textes qui y sont adoptés. » [34] Il n'est pas pertinent de présenter ce système comme étant simplement contraire aux principes de la République puisque, dans une très large mesure, cette législation coloniale a été l'expression d'une volonté fon-damen-talement républicaine. Cette discrimi-nation des indigènes, il faut le préciser, a été conçue par les mêmes politiques qui, en métropoles, mettaient en oeuvre une poli-tique d'égalité des chances. Le Code de l'indigénat est exactement contemporain des grandes lois scolaires de Jules Ferry sur l'instruction publique obligatoire, mesure clé de la construction d'une doctrine de l'élitisme républicain sur fond de discours sur le principe d'égalité des chances. La politique coloniale de la France a été en grande partie l'oeuvre de Jules Ferry, l'artisan de la mise en oeuvre du principe d'égalité des chances en métropole. Mieux encore, dans l'esprit de Jules Ferry, la colonisation trouvait sa justification morale dans un idéal d'égalité entre les hommes qui obligeait les nations éclairées, les nations civilisées, à porter la lumière dans les pénombres africaines. Nul racisme chez Ferry, au sens de la croyance en une infériorité congénitale des populations africaines. C'est bien parce que l'horizon de l'humanité est la réalisation de l'égalité au nom des idéaux de la fraternité, que la colonisation se justifie comme une entreprise transitoire qui doit amener les peuples d'Afrique vers la civilisation.

Mais par là même on voit que pour Ferry le principe d'égalité en droit n'interdisait pas des dérogations transitoires pour en permettre la réalisation en fait. En ce sens, Ferry, et la tradition républicaine, se montrent beaucoup moins attaché à l'universalité de l'égalité en droit que la tradition libérale [35]. Elle postule au contraire que la réalisation progressive de l'égalité implique de traiter différemment des populations placées, au regard de la civilisation, de la culture et de la vérité, dans des situations différentes.

Une chape de plomb a longtemps recouvert cette réalité historique, que l'on redécouvre depuis quelques années. [36] Mais cette histoire redécouverte nous montre bien que l'affirmation selon laquelle le peuple français se compose de tous les citoyens français, sans distinction d'origine, de race ou de religion, l'idée selon laquelle la non-discrimination est consubstantielle au concept juridique de citoyen, sont des fictions qui apparaissent au grand jour dès que l'on quitte le territoire métropolitain et les rives de l'histoire immédiate. Le Code de l'indigénat a perduré partie-llement en Algérie jusqu'à l'indépendance de 1962, maintenant le statut musulman et en appliquant par exemple le principe de responsabilité collective qui consistait à punir tout un village pour l'infraction d'un seul de ses membres. A vrai dire le passé colonial de la France et les dérogations au principe de l'égalité républicaine qu'a justifié l'entreprise coloniale, mériteraient de plus longs développements. Ce passé nous revient avec une certaine vigueur depuis quelques années et fonde, à tort ou à raison, les revendications de ceux qui se sont proclamés les indigènes de la République et réclament à la fois réparation pour le passé et compensation pour le présent. Mais l'on ne peut que conclure que l'argument avancé par le Comité Veil pour écarter l'introduction en France de politiques publiques à caractère ethnique n'est pas pertinent sur ce point.

3. La singularité de la conception française de l'égalité

Dans les débats sur les statistiques ethniques il est souvent fait référence à la conception républicaine de l'égalité, celle qui est née sous la Révolution et qui a été consolidée sous la IIIe République. Cette conception de l'égalité est fréquemment qualifiée de conception « universaliste », par opposition avec les conceptions différentialistes issues de la tradition anglo-saxonne. Mais, en réalité, comme nous voudrions le montrer, la conception française est plutôt singulière, éloignée des standards en vigueur dans la plupart des Etats occidentaux et définis par les textes européens ou internationaux. Elle est particulière. Elle est une exception liée à l'histoire de notre pays mais ne possède pas de vertu particulière qui puisse justifier de la maintenir, envers et contre tout, alors que le droit à la reconnaissance des différences et la lutte contre les discriminations objectives est une nécessité à mesure que l'Europe qui perd progressivement sa propre population est tout aussi progressivement repeuplée par une population en provenance d'Afrique.

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. » [37] « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. » [38] Ces formules bien connues, frappées dans les premiers mois de la Révolution française restent les principales expressions du principe d'égalité des droits qui est au fondement de notre système politique. On les a souvent comprises comme l'expression d'un principe universel d'égalité, dont la Révolution aurait été porteuse. Force est pourtant de constater que la signification qu'elle conserve aujourd'hui est très singulière, propre à l'idéologie républicaine mais contestable lorsque l'on compare la conception française de l'égalité aux conceptions en vigueur dans les autres Etats occidentaux ou en Europe.

En réalité, ces formules sont nées dans le contexte bien particulier d'une nation naissante et d'une volonté de lutter contre les minorités privilégiées. Pour comprendre la signification première du principe d'égalité il faut un instant remonter aux desseins des Pères fondateurs de la Révolution française et leur volonté de donner corps à cet « agrégat inconstitué de peuples désunis » que constitue, selon la belle formule de Mirabeau, les populations françaises, pour forger une Nation par le moyen des institutions et de la loi. Le symbole qui en traduit le mieux l'ambition est une figure géométrique imaginée par Sieyès dans *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?* : « Je me figure la loi au centre d'un globe immense ; tous les citoyens, sans exception, sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales » [39]. Cette image n'intervient cependant qu'au terme d'un développement sur les Ordres par lequel l'abbé révolutionnaire cherche à montrer que les minorités représentées par le Premier et le Deuxième Ordres, le Clergé et la Noblesse [40] - minorités avantagées, privilégiées - doivent être intégrés dans le Tiers, qui est le Tout puisqu'il est la majorité laborieuse. Les premières minorités que l'on rencontre, dans l'histoire

française, sont les minorités privilégiées, les nobles dont le statut relève de lois particulières. C'est donc au terme d'un développement contre les Privilégiés - ceux qui se réclament d'une loi particulière pour justifier leur position - que Sieyès recourt à cette image structurante : « Le Tiers seul, dira-t-on, ne peut pas former les États-Généraux. Eh ! tant mieux ! il composera une Assemblée Nationale ». Puis Sieyès s'efforce de montrer comment la loi, expression de la volonté générale, sera produite : « Qu'est-ce que la volonté d'une Nation ? C'est le résultat des volontés individuelles, comme la Nation est l'assemblage des individus. » [41]

Lorsque, quelques semaines plus tard, la question de l'accession des juifs à la citoyenneté se posera, Clermont-Tonnerre aura cette formule restée justement fameuse : « Il faut tout refuser aux juifs comme nation et accorder tout aux juifs comme individus (...). » Il reprenait ici la même logique d'intégration des minorités dans la nation, mais aussi d'exclusion du pays de ceux qui ne veulent pas. S'ils ne le veulent pas ? « Eh bien ! s'ils veulent ne l'être pas, qu'ils le disent, et alors, qu'on les bannisse. Il répugne qu'il y ait dans l'Etat une société de non-citoyens, et une nation dans la nation. » [42] La proximité de la formule de Clermont-Tonnerre avec celle de Sieyès est révélatrice d'un état d'esprit : ceux qui ne veulent pas faire partie de la nation, refusent de travailler, revendiquent des privilèges ou l'application de lois spéciales (c'est la même chose) doivent être proscrits de la nation. Cette conception de l'égalité n'a pas seulement présidé à la définition de la citoyenneté mais à la définition de la loi, comme expression de la volonté générale, à la rationalisation du territoire français départementalisé [43], structuré de manière à ce que l'effet de la loi s'étende uniformément et s'applique simultanément dans les communes les plus reculées de la France, c'est-à-dire les plus éloignées de sa capitale.

Depuis 1789 cette conception abstraite du principe d'égalité régit, dit-on, le droit public et les institutions françaises. Elle sous-tend le principe de la laïcité comme celui de l'unité et de l'indivisibilité de la République. [44] Elle anime de nombreuses règles dont, par exemple, le décret du 5 novembre 1789 qui abolit les distinctions d'ordre : tous sont maintenant soumis aux mêmes lois et aux mêmes impôts. L'individu, le citoyen, l'administré, n'évolue plus au sein de la communauté, de l'ordre, de la corporation dans lequel il est né puis évolue, mais au sein de la nation comprise comme un tout indivisible. Ce principe, consacré par la Constitution de 1958, est rigoureusement interprété aujourd'hui encore par le Conseil constitutionnel qui rappelle « qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes [...]. » [45] Cette conception de l'égalité interdit à un prétendu groupe ou une prétendue minorité un droit à la reconnaissance et à la représentation, comme l'ont rappelé à diverses occasions les autorités françaises. En 1989, deux cents ans après la Révolution, le représentant du Gouvernement français justifiait encore la simple position d'observateur de la France au groupe de travail sur les populations autochtones de l'O.N.U. en affirmant qu'elle n'est « constituée que de citoyens et n'a donc pas de populations autochtones. » [46] Dans un rapport le ministre français des Affaires étrangères rappelait que « conformément à son ordre constitutionnel, la France a été amenée à préciser, chaque fois que de besoin, qu'il n'existait pas de minorité juridiquement reconnue sur son territoire [...] seuls les individus sont détenteurs de droits et d'obligations [...] il conviendrait d'écarter toute référence aux droits collectifs des minorités. » [47] Lorsqu'il arrive aux autorités étatiques de céder sur une revendication autonome, c'est le juge qui se charge de rappeler la rigueur des principes français, comme cela est arrivé en 1991. Le législateur avait consenti de faire mention, à la demande de l'Assemblée de Corse, à l'existence d'un « peuple corse, composante du peuple français ». Le Conseil constitutionnel a impitoyablement censuré cette disposition de la loi en faisant observer que « la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; [que] dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion » [48]

Cette conception abstraite et formelle de l'égalité a deux cents ans d'existence et se prévaut des valeurs de la Révolution française. Elle est pourtant loin d'être partagée par nos voisins européens et les Etats du Nord de

l'Amérique.

Dans la plupart de ces Etats, fédéraux le plus souvent, ou formellement unitaires mais favorisant l'autonomie régionale (comme l'Italie ou l'Espagne), la conception française de l'égalité, conception particulièrement abstraite qui veut que la loi soit la même pour tous les citoyens quel que soit leur groupe d'appartenance est simplement irrecevable parce qu'insuffisante. Non seulement, dans la plupart des Etats occidentaux, plusieurs ordres législatifs cohabitent - la loi de l'Etat ou de la Fédération, les lois des Etats fédérés ou des régions - mais, plus fondamentalement, les groupes, les communautés peuvent y trouver une vraie reconnaissance et la consécration de droits propres. Le principe d'égalité n'y impose pas seulement de traiter de manière identique les personnes se trouvant dans des situations identiques, mais de manière différente des personnes se trouvant dans des situations différentes. La discrimination n'y résulte pas seulement d'un traitement différent de personnes placées dans une situation identique (discrimination directe) mais du traitement identique de personnes placées dans des situations différentes (discrimination indirecte).

En Allemagne, par exemple, comme l'a bien montré Olivier Jouanjan, le principe de l'égalité est d'abord pensé comme une prohibition de l'arbitraire et acquiert de ce fait une dimension matérielle et non plus seulement formelle. [49] Il en va de même en Espagne ou en Italie. [50] Au niveau européen la question du recours aux données ethniques fait l'objet d'un constant débat. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 6 avril 2000, Thilmmenos contre Grèce, a considéré comme discriminatoire le refus d'accès à la profession d'agent comptable opposé à un Témoin de Jéhovah au motif que la loi exclut un tel accès à des personnes condamnées pénalement alors que l'intéressé n'était l'objet d'une condamnation de cette nature qu'en raison de son refus, pour des raisons, de porter l'uniforme. Elle a jugé ici que la loi qui s'applique sans nuance, sans considération des convictions de l'intéressé et des circonstances de sa condamnation, emporte de ce fait des conséquences discriminatoires.

La jurisprudence française a elle-même évolué et, dans certains arrêts, du Conseil d'Etat notamment, il a été admis qu'il était possible de traiter différemment des groupes de personnes se trouvant dans des situations significativement différentes. [51] Mais, comme le rappelle le Conseil constitutionnel, cette faculté n'est pas une obligation. [52] C'est pourquoi il n'existe pas, en France, de droit pour les groupes minoritaires défavorisés à être traités de manière spécifique et à bénéficier d'une politique fondée, d'abord, sur leur reconnaissance.

[1] Yazid Sabeg, *Programme d'action et de recommandation pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport remis au Président de la République, Mai 2009.

[2] Au passé comme au présent Yazid Sabeg n'a, semble-t-il, jamais fait usage de l'expression elle-même. Mais son discours ne laisse aucun doute : « Le seul instrument pour veiller au respect de la diversité est un dispositif statistique et analytique capable de l'évaluer », écrivait-il ainsi dans un article de *Libération*, « Mesurer au nom de la diversité », du lundi 12 mars 2007. Voir aussi, du même, « La mesure statistique de la diversité et des discriminations ethniques », *Esprit*, mai 2009, p. 29-49.

[3] Didier Fassin, Eric Fassin (sous la direction de), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, 2006, éd. La Découverte. Voir aussi l'intéressant numéro de la revue *Esprit* du mois de mai 2009, consacrée à la discussion des propositions de Yazid Sabeg.

[4] Didier Lassalle, « La généralisation progressive du recueil de statistiques ethniques au Royaume-Uni », *Population*, 1998, vol. 53, n°3, p. 609-630 ; Richard Alba et Nancy Denton, « Les données raciales et ethniques aux Etats-Unis : entre connaissance scientifique et politique des identités », *Revue française de sociologie*, 2008/1, vol. 49, p. 141 à 151.

[5] Au début des années 90 Michèle Tribalat constate que les enquêtes fondées sur la seule nationalité des immigrés (au sens large, englobant les personnes issues de l'immigration) sont de moins en moins pertinentes à raison de l'acquisition de la nationalité française par ses membres,

par naturalisation ou par naissance, pour les enfants. En 1995 elle décide d'étudier l'intégration en utilisant deux critères : celui de l'appartenance ethnique, définie à partir de la langue maternelle des enquêtés et de leurs parents, et celui de l'origine ethnique, fondée sur le lieu de naissance des individus et de leurs parents. Michèle Tribalat, *Faire France. Une grande enquête sur les immigrés et leurs enfants*, préface de M. Long, Paris, 1995, éd. La Découverte, coll. cahiers libres/essais.

Cette méthode suscite de vives réactions de la part de Hervé Le Bras, qui dirige le laboratoire de démographie historique à l'École des hautes études en sciences sociales. Selon lui Michèle Tribalat porterait ainsi atteinte au modèle républicain, qui considère la nationalité comme l'unique critère acceptable pour identifier les immigrés. Sa démarche conforterait les préjugés raciaux et porterait en germe le risque d'une dérive xénophobe. Elle conforterait notamment les positions racialisantes du Front National. La critique virulente et même l'outrance de l'expression de Hervé Le Bras, qui se dit « révulsé » par l'expression d'origine ethnique qui flatte, selon lui, le vieux fond ethnique de la droite, est pour beaucoup dans l'intensité de la polémique. Hervé Le Bras, a rédigé un livre très critique sur les origines idéologiques de la démographie ethnique, *Le Démon des origines : démographie et extrême droite*, La Tour-d'Aigues, 1998, Éd. de l'Aube.

Michèle Tribalat a défendu sa méthode en observant que le seul critère de la nationalité ne permet plus de comprendre les phénomènes de discrimination et de racisme puisque de nombreux Français (comme les beurs) restent, malgré leur carte d'identité, considérés comme des étrangers par une large partie de l'opinion en application de préjugés ethniques. La démarche de Michèle Tribalat a été soutenue par de nombreux intellectuels, parmi lesquels on peut mentionner Pierre-André Taguieff, Michel Wieviorka, Patrick Weil, Robert Castel. Hervé Le Bras a reformulé de manière synthétique sa critique du recours aux statistiques ethniques dans un article récent, « Quelles statistiques ethniques ? », *L'homme*, 2007/4, p. 7 à 24.

[6] Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes" », *Dalloz*, 2007 (43), p. 3017-3018 ; Christophe Willmann, « Statistiques ethniques : le Conseil constitutionnel censure la loi "Hortefeux" », *Lexbase Hebdo*, Édition sociale, 2007 (282) ; Christophe Willmann, « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *Droit social*, 2008 (2), p. 166-173 ; Olivier Lecucq, « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, 2008 (4), p. 141-149 ; Note sous décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008 (24), p. 10-13.

[7] Dans la mesure où la finalité du traitement l'exige pour certaines catégories de données, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I (« collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ») Christophe Willmann, « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *Droit social*, 2008 (2), p. 166-173 ; Olivier Lecucq, « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, 2008 (4), p. 141-149 ; Note sous décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008 (24), p. 10-13.

Dans la mesure où la finalité du traitement l'exige pour certaines catégories de données, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I (« collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ») :

#- Les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement exprès, sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction visée au I ne peut être levée par le consentement de la personne concernée ;

#- Les traitements nécessaires à la sauvegarde de la vie humaine, mais auxquels la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle ;

#- Les traitements mis en oeuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical ;

** - pour les seules données mentionnées au I correspondant à l'objet de ladite association ou dudit organisme ;

** - sous réserve qu'ils ne concernent que les membres de cette association ou de cet organisme et, le cas échéant, les personnes qui entretiennent avec celui-ci des contacts réguliers dans le cadre de son activité ;

** - et qu'ils ne portent que sur des données non communiquées à des tiers, à moins que les personnes concernées n'y consentent expressément ;

#- Les traitements portant sur des données à caractère personnel rendues publiques par la personne concernée ;

#- Les traitements nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ;

#- Les traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en oeuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du code pénal ;

#- Les traitements statistiques réalisés par l'Institut national de la statistique et des études économiques ou l'un des services statistiques

ministériels dans le respect de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, après avis du Conseil national de l'information statistique et dans les conditions prévues à l'article 25 de la présente loi ;

#- Les traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé selon les modalités prévues au chapitre IX.

[8] Projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile du 23 octobre 2007.

[9] La loi de 1978 prévoit, comme on l'a vu, des exceptions à l'interdiction qu'elle formule. C'est pour un motif d'intérêt public, et dans le strict respect de cette loi, que les recensements organisés en Nouvelle-Calédonie en 1986, 1989 et celui prévu en 2003, avant d'être abandonné, mentionnent l'appartenance ethnique des habitants de l'île. De même le recensement qui doit s'y tenir cet été, pendra en considération l'appartenance ethnique des habitants de la Nouvelle-Calédonie.

[10] François Héran, « Il n'y a pas d'apprentis sorciers à l'INED », *Le Monde*, 15 novembre 2007.

[11] Mesure de la diversité et protection des données personnelles. Les dix recommandations de la CNIL, 10 mai 2007, http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/diversite/communicationVD15.052_vu_parADEBET.pdf

[12] Décision du Conseil constitutionnel du 15 novembre 2007 n°2007-557.

[13] L'article 63 censuré par le Conseil constitutionnel n'était, il faut le préciser, que la traduction fidèle de l'une des 10 recommandations (R n° 6) que la CNIL avait rendues publiques le 16 mai 2007 à l'issue des travaux menés pendant près de 8 mois (et 60 auditions) par son groupe de travail sur la mesure de la diversité. La CNIL était partie du constat le droit en vigueur est inadapté et insuffisamment protecteur du droit des personnes. En effet les chercheurs (sauf l'INSEE qui peut déjà réaliser des traitements comportant l'origine ethnique des personnes sans avoir à recueillir le consentement des personnes) - et la CNIL - sont confrontés, de par la loi, au choix suivant :

- soit ils doivent procéder au recueil du consentement exprès des personnes participant à l'enquête sur leurs origines, avec le risque relatif à la sincérité de ce consentement dans l'entreprise où les relations sont hiérarchisées. Dans ce cas, l'enquête est soumise à une simple déclaration, la CNIL n'ayant (quasiment) plus de pouvoir de contrôle sur son sérieux, ni sur les mesures protégeant les données ainsi collectées ni même sur leurs destinataires ;
- soit la CNIL considère que cette enquête revêt un "intérêt public" au sens de la loi, et elle est dès lors soumise à autorisation sans que le consentement des personnes soit alors requis. Ce qui exclut quasiment toute recherche au bénéfice des entreprises privées pourtant désireuses de lutter contre les discriminations.

La CNIL proposait de soumettre l'ensemble des traitements sur la diversité à un régime unique d'autorisation, à l'instar de ce qui est prévu pour les fichiers de recherche médicale afin de garantir, sur un plan scientifique, le sérieux des études entreprises, leur impartialité et la sécurité des données. C'est le dispositif qui avait été adopté par le législateur. La CNIL avait rappelé qu'elle ne voulait pas de la construction d'un référent ethno-racial et, en effet l'article de la loi allait dans le même sens. Dans ces conditions, d'un strict point de vue juridique, la censure par le Conseil constitutionnel reste incompréhensible.

[14] Voir commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel, sous la décision précitée.

[15] « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les « classifications suspectes », *Recueil Dalloz* 2007 p. 3017

[16] Olivier Lecucq, « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, 2008 (4), p. 141-149

[17] Anne Levade, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 56-57. Et l'auteur de poursuivre sur une belle envolée lyrique : « En ce sens, l'humanité constitue, à elle seule, une catégorie d'individus de la même essence et dénier l'égalité revient à refuser la qualité d'homme. L'égalité peut ainsi s'analyser comme une manifestation - voire un substitut - de la dignité de la personne qui ne sera consacrée que beaucoup plus tardivement. »

[18] Monique Méron, « Statistiques ethniques : tabous et boutades », *Travail, genre et société*, 2009/1, n°29, p. 62.

[19] Dans son discours du 17 décembre 2008 à Palaiseau, rappelle Y. Sabeg dans son rapport (p.45), le Président de la République a indiqué que la France devait « se doter d'outils statistiques qui permettent de mesurer sa diversité », afin de pouvoir « identifier précisément ses retards et mesurer ses progrès » dans la lutte pour l'égalité réelle et contre les discriminations, notamment celles liées à l'origine et/ou au phénotype. Il a exprimé la volonté que ces outils « reposent sur des méthodes incontestables », et qu'ils soient définis, dans un esprit de dialogue et de

consensus, avec l'appui de la communauté scientifique. Cette mesure s'effectuerait sur la base « d'enquêtes anonymes et volontaires », un « comité scientifique et d'éthique permanent » étant chargé de « valider des procédures de collecte » de ces données.

[20] Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République, Décembre 2008, notamment p. 66 et s., « la prohibition des discriminations fondées sur la race, l'ethnie ou la religion » : « Le comité a rapidement dégagé un consensus en son sein pour refuser la promotion de la diversité entendue comme permettant des différenciations directement fondées sur la race, les origines ou la religion. »

[21] C'est le cas, en particulier, de Hervé Le Bras, dans l'article précité.

[22] Voir notamment décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, JO du 27 juin 1986, p. 7978 et décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, JO du 27 juillet 2005, p. 12233.

[23] Sur cette question, on se reportera au colloque « Statistiques ethniques », organisé par le Centre d'analyse stratégique le 19 octobre 2006 à la Maison de la Chimie (les actes sont disponibles sur le site du Centre d'analyse stratégique). Voir également, pour une présentation des méthodes, Hervé Le Bras, dans l'article précité, systématise la présentation des méthodes possibles de référence à la race ou l'ethnie en fonction de deux paramètres : l'auto ou l'hétéro-évaluation (les individus se classent ou sont classés en fonction de races ou d'ethnies) ; le caractère ex ante ou ex post des catégories de races ou d'ethnies : celles-ci sont prédéfinies par le chercheur (nomenclature objective) ou résultent d'une induction formulée à partir des réponses des personnes qui ont répondu à un questionnaire. Il distingue ainsi quatre manières d'envisager l'appartenance à une race ou une ethnie : 1/ l'auto-évaluation et catégories ex post, 2/hétéro-évaluation et catégories ex post, 3/ hétéro-évaluation et catégories ex ante, 4/ auto-évaluation et catégories ex ante. S'il juge qu'« aucune solution n'est satisfaisante » il n'en estime pas moins plus acceptable (ou moins inacceptable) la première méthode d'auto-évaluation et de constitution des catégories ex post en ce qu'elle respecte la parole de l'individu au lieu de le contraindre à un choix au sein d'un ensemble limité et peu justifié d'items. »

[24] Georges Felouzis, Intervention au colloque Statistiques ethniques, organisé par le Centre d'analyse stratégique le 19 octobre 2006 à la Maison de la Chimie (les actes sont disponibles sur le site du Centre d'analyse stratégique), notamment à la deuxième partie du colloque, « Comment construire des statistiques ethniques ? »

[25] On se contentera de renvoyer, pour ces débats, à l'ouvrage collectif paru sous la direction de Vincent Bourdeau et Roberto Merrill, *La République et ses démons. Essais de républicanisme appliqué*, Paris, 2007, éditions ERE, 157 p. ; Monique Méron, « Statistiques ethniques : tabous et boutades », *Travail, genre et société*, 2009/1, n°29.

[26] Vincent Bourdeau et Roberto Merrill, *La République et ses démons. Essais de républicanisme appliqué*, Paris, 2007, éd. Ere, notamment l'article de Jade Lingaard, « L'appel des indigènes de la République : Contestation ou consécration du dogme républicain ? Etude de cas », p. 123 et s. C'est Benjamin Stora qui faisait observer que la guerre d'Algérie « structure en profondeur la culture politique française contemporaine », dans *La Gangrène et l'Oubli. La mémoire de la guerre d'Algérie*, La Découverte, 1992, p. 7. Il semble que l'on pourrait étendre cette formule et considérer que c'est la mémoire coloniale qui monte à la surface et permet de comprendre l'intensité des débats contemporains sur la dimension raciale de l'injustice sociale.

[27] Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République, Décembre 2008, notamment p. 66 et s.

[28] Sur l'expansion coloniale, voir l'ouvrage fondamental de Pierre Guillen, *L'expansion. 1881-1898*, Paris, 1984, Imprimerie nationale, collection « Politique étrangère de la France. 1871-1969, 521 p.

[29] Patrick Weil, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », Working paper, European University Institute, Florence, 2003/3 ; P. Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset, 2002, p. 226.

[30] Mohamed Sahia Cherchari, « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2004/4 - n° 60, p. 743. Voir aussi, pour l'Algérie, Laure Bévis, « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et société*, 2001, n°48, p. 557-580.

[31] Le Code de l'indigénat est adopté par décret le 28 juin 1881 : ce code distinguait deux catégories de citoyens : les citoyens français (de souche métropolitaine) et les sujets français, c'est-à-dire les Africains noirs, les Malgaches, les Algériens, les Antillais, les Mélanésien, etc. Les sujets français soumis au Code de l'indigénat étaient privés de la majeure partie de leur liberté et de leurs droits politiques ; ils ne conservaient au plan civil que leur statut personnel, d'origine religieuse ou coutumière. Isabelle Merle, « Retour sur le régime de l'indigénat : genèse et contradictions des principes répressifs dans l'empire français », *French Politics, Culture and Society*, Vol. 20, 2002.

[32] P. Weil, art. cit.

[33] P. Dareste, *Traité de droit colonial*, 1931, p.233, cité par Olivier Le Cour Grandmaison, « L'exception et la règle. Sur le droit colonial français », *Diogène*, 2005/4, p. 50.

[34] Olivier Le Cour Grandmaison, « L'exception et la règle. Sur le droit colonial français », *Diogène*, 2005/4, p. 50.

[35] Jean-Fabien Spitz, *L'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme républicain en France. 1770-1830*, Paris, 2000, éd. Vrin.

[36] Voir notamment Gilles Manceron, *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, 2005, éd. de la Découverte. Gilles Manceron revient sur les crimes massifs et organisés qui ont accompagné la colonisation pendant plusieurs siècles, depuis la traite esclavagiste jusqu'aux indépendances. Il montre comment ces crimes ont cependant été systématiquement déniés, par un discours officiel qui justifiait par ailleurs l'exception à l'application du principe d'égalité ou au respect des droits de l'homme dans les colonies. Ce discours, qui fut celui des IIIe, IVe et Ve Républiques, a été abandonné après l'accession à l'indépendance des colonies. Depuis cette période, la colonisation est un sujet laissé très largement en friche, notamment chez les juristes où les études coloniales ont cessé pour se transformer en étude des institutions du droit et des institutions d'outre-mer, dans un style généralement lénifiant. Voir aussi Sophie Dulucq et Colette Zytnicki, « Penser le passé colonial français. Entre perspectives historiographiques et résurgences des mémoires », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, avril-juin 2005, p. 59 à 69.

[37] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 1.

[38] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 6. Pour une analyse de la signification du principe d'égalité sous la Révolution on se reportera à l'ouvrage de Stéphane Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public français de la Révolution française (1789-1799)*, préface de L. Favoreu, Economica et PUAM, coll. Droit public positif, 1995. On peut se reporter également à l'ouvrage de Gilles Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, coll. « Systèmes », 1996.

[39] Chapitre VI, « Ce qui reste à faire. Développement de quelques principes. »

[40] Et Sieyès force délibérément le trait, dans *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, en feignant de prendre au sérieux les thèses de Boulainvilliers qui considéraient la noblesse comme les descendants des conquérants francs et justifiait leurs prérogatives au nom du droit de conquête. Sur un mode badin, n'évoque-t-il pas quelque chose qui s'appellera, quelques mois plus tard, l'émigration, et prend sous sa plume, même si c'est avec ironie, l'aspect d'une forme de purification ethnique ? On en juge : « La Nation, alors épurée, pourra se consoler, je pense, d'être réduite à ne se plus croire composée que des descendants des Gaulois et des Romains. En vérité, si l'on tient à vouloir distinguer naissance et naissance, ne pourrait-on pas révéler à nos pauvres concitoyens que celle qu'on tire des Gaulois et des Romains, vaut au moins autant que celle qui viendrait des Sicambres, des Welchez, et autre Sauvages sortis des bois et des marais de l'ancienne Germanie ? Oui, dira-t-on ; mais la conquête a dérangé tous les rapports, et la Noblesse de naissance a passé du côté des Conquérants. Eh bien ! il faut la faire repasser de l'autre côté ; le Tiers redeviendra Noble en devenant Conquérant à son tour. » (Chapitre II, « Qu'est-ce que le Tiers-État a été jusqu'à présent ? Rien. »)

[41] On peut relever qu'en un autre passage de son ouvrage, Sieyès exclus les pauvres sans travail et sans volonté de travailler de la nation, de sorte que le plus sûr moyen pour devenir un citoyen est de travailler. C'est le travail qui réalise ce que Sieyès appelle l'adunation sociale.

[42] « Il faut tout refuser aux juifs comme nation et accorder tout aux juifs comme individus ; il faut méconnaître leurs juges ; ils ne doivent avoir que les nôtres ; il faut refuser la protection légale au maintien des prétendues lois de leur corporation judaïque ; il faut qu'ils ne fassent plus dans l'Etat ni corps politique ni ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens. Mais, me dira-t-on, ils ne veulent pas l'être. Eh bien ! s'ils veulent ne l'être pas, qu'ils le disent, et alors, qu'on les bannisse. Il répugne qu'il y ait dans l'Etat une société de non-citoyens, et une nation dans la nation.

Mais ils ne le disent pas... ». *Archives Parlementaires*, t. X, 23 décembre 1789, p. 756.

[43] Loi du 22 décembre 1789 et décret du 26 février 1790.

[44] Stéphane Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Paris, PUAM, 1988 ; Felix. Melin-Soucramanien, *Principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PUAM, 1999.

[45] Décision n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, Rec., p. 487, cons. 37.

[46] Cité par F. Morin, « Vers une déclaration universelle des peuples autochtones », dans H. Giordan (dir.), *Les droits des minorités en Europe*, Paris, 1992, éd. Kimé, p. 505.

[47] Cité par N. Rouland, « La coutume et le droit », in P. Decker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, 1994, éd. de L'Harmattan, p. 20.

[48] Décision n° 91-290 DC du 09 mai 1991.

[49] O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1991.

[50] Voir, à ce sujet, les études publiées dans le rapport du Conseil d'Etat sur l'égalité, en 1996. Voir aussi, de J-M. Woehrling, « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », *Informations sociales*, n°148, 2008/4, p. 58 à 71.

[51] La différence de situation doit, de plus, être suffisamment nette pour justifier une différence de traitement, comme le précise bien le Conseil d'Etat dans son arrêt du 10 mai 1974, Denoyez et Chorques.

[52] Décision n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, Rec., p. 487, cons. 37 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes[...]. »