



HAL
open science

Lutte contre les discriminations et Etat providence

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Lutte contre les discriminations et Etat providence. Lutter contre les discriminations, 2003. hal-01723904

HAL Id: hal-01723904

<https://hal.science/hal-01723904v1>

Submitted on 5 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET ETAT-PROVIDENCE

Jacques CHEVALLIER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

La lutte contre les discriminations est devenue au cours des dernières années un enjeu politique majeur dans les pays développés, et plus particulièrement dans les pays européens : partout, l'on assiste à l'allongement de la liste des discriminations prohibées et au renforcement des mécanismes destinés à les combattre ; les textes se multiplient, situés aux niveaux les plus élevés de la hiérarchie des normes et les jurisprudences s'affinent pour s'attaquer à des formes de discriminations jusqu'alors ignorées ou occultées. Mieux encore, les dispositifs tendent à converger, notamment sous la pression du droit communautaire, aboutissant à la construction progressive d'un socle identique de et confortant par-là même la communauté de valeurs qui se situe au principe de la construction européenne.

Cette insistance nouvelle est au premier abord étonnante : corollaire de l'idée d'égalité, le principe de non-discrimination figure au nombre des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation sociale et politique, sous-tendue par la logique démocratique ; dès l'instant où l'on quitte le cadre d'une société hiérarchisée en castes, classes, corps, ordres ou états, pour proclamer que « tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », les « distinctions sociales » ne pouvant être fondées que sur « l'utilité commune » (art. 1 de la Déclaration de 1789), la non-discrimination devient un des éléments constitutifs du lien social et politique. Ainsi ce principe est-il devenu depuis la Révolution une des poutres maîtresses du droit français, un des principes inhérents à la République, un des critères à l'aune desquels pourra être évaluée la nature du régime : toute transgression à ce principe, par l'établissement de règles clairement discriminatoires frappant certaines catégories de la population (Vichy), constitue une négation de l'ordre républicain.

1° L'accent nouveau mis sur la lutte contre les discriminations marque cependant un changement profond dans la perception du problème, au moins sur trois plans.

Il manifeste d'abord une rupture avec la vision enchantée, héritée de la Révolution française, suivant laquelle il suffirait de poser le principe d'égalité de tous devant la loi pour supprimer toute possibilité de discriminations. Sans doute, les révolutionnaires n'étaient-ils pas naïfs et avaient-ils conscience de l'insuffisance d'une telle proclamation¹ : l'égalité devait être, non seulement complétée par la prise en compte des différences sociales préexistantes, mais encore assortie de mesures visant à la rendre effective, notamment par l'attribution de secours aux plus défavorisés ; cependant, la croyance en la force du droit n'en était pas moins fortement ancrée chez les révolutionnaires, qui entendaient bien, par l'oeuvre constituante, faire advenir une société nouvelle. Une vision beaucoup plus sceptique prévaut désormais : l'affirmation du principe d'égalité devant la loi, c'est-à-dire la construction d'un « droit commun » applicable à tous et dont tous peuvent se prévaloir, ne permet pas en effet de résoudre tous les problèmes. D'une part, parce qu'elle ne saurait interdire l'adoption des traitements différentiels qui sont appelés, voire imposés, par les situations différentes dans lesquelles les individus et les

¹ M. Borgetto, in DREES, *Définir les inégalités. Des principes de justice à leur représentation sociale*, 1999.

groupes se trouvent placés : justifiés par les différences « objectives » de situation, ces traitements ne constituent pas en tant que tels des discriminations ; une ligne de partage doit donc être tracée, qui autorise un certain flou. D'autre part, parce qu'elle n'empêche nullement la persistance de discriminations de fait, de nature à fausser l'application concrète du principe d'égalité : toujours renaissantes, ces discriminations prennent des formes multiples, souvent insidieuses, qui se déplacent, se dissimulent, sous couvert de mesures d'apparence « neutre » ou « anodine » ; et elles prolifèrent sous couvert du principe formel de non-discrimination.

Aussi, un point de vue plus large tend-il à être adopté. Non seulement il convient de réexaminer, au nom d'une conception plus exigeante de l'égalité, l'ensemble des traitements différentiels existant en droit, afin de voir s'ils sont justifiés par des différences objectives de situation ou par des motifs d'intérêt général, mais encore et surtout l'attention tend à se porter sur la réalité socio-économique. Au-delà des normes juridiques, il est nécessaire de s'interroger sur les pratiques sociales : expurger le droit de toute dimension discriminatoire ne suffit pas ; encore faut-il s'attaquer aux discriminations de fait qui renaissent sans cesse du jeu des mécanismes sociaux. Le terrain de lutte tend ainsi à se déplacer.

Dès lors, la question de la relation du droit aux discriminations se pose en termes nouveaux. Si l'on admet que les discriminations sont inhérentes à la dynamique de fonctionnement des sociétés, qui recrée sans cesse des distinctions, des ségrégations, des hiérarchies, le droit peut y réagir au moins de trois manières différentes. Ou bien, *entériner* ces discriminations, qui se trouvent du même coup objectivées et consolidées par les vertus de la dogmatique juridique : les discriminations sociales se transforment alors en discriminations juridiques. Ou bien, les *ignorer*, le droit prétendant se situer sur un plan autre : dominé par une logique « universaliste », il recréera les individus comme des « sujets de droit », en refusant de prendre en compte la diversité de leurs conditions. Ou bien encore, les *combattre*, l'arme juridique étant cette fois utilisée pour corriger la dynamique sociale qui pousse à l'établissement de distinctions jugées mal fondées ou illégitimes : le problème sera dès lors d'établir le partage entre distinctions justifiées et celles qu'il faut supprimer. Même si ces trois attitudes se combinent, l'une d'entre elles toujours prédomine, indissociable d'une certaine vision de l'ordre social : si la première attitude prévaut sous l'Ancien Régime et la seconde à la Révolution, la troisième l'emporte dans les sociétés contemporaines, comme l'atteste la promotion du thème de la « lutte contre les discriminations » ; cette promotion manifeste le passage à une conception active (il ne s'agit plus de poser un principe mais de lutter pour sa réalisation), en utilisant le vecteur juridique (le droit n'étant plus seulement un terrain d'application mais un moyen de réalisation de l'exigence de non-discrimination). Le droit se trouve ainsi instrumentalisé au service de l'objectif plus large de lutte contre les discriminations socio-économiques de toute nature.

2° Cette problématique nouvelle de la lutte contre les discriminations conduit à s'interroger sur les rapports avec l'évolution de l'Etat-providence. A première vue, elle s'inscrit dans la droite ligne de l'Etat-providence : celui-ci est sous-tendu en effet par le souci de faire prévaloir, au-delà du principe d'égalité juridique formelle, une égalité sociale réelle ; à l'égalité « devant » le droit succéderait ainsi une égalité « dans » le droit, voire « par » le droit, en suivant la typologie de Jean Rivero. Néanmoins, la corrélation ainsi établie se heurte à certains constats. D'abord, la montée en puissance du thème de la lutte contre les discriminations coïncide avec, non pas l'épanouissement, mais au contraire la crise puis le reflux de l'Etat-providence : c'est en effet à partir du milieu des années 1970, au terme des Trente Glorieuses, que la dynamique, jusqu'alors irrépressible et apparemment irréversible, d'expansion de l'Etat-providence, s'enraye ; or, c'est précisément alors qu'au moins dans les pays européens, et notamment en France avec la loi de 1972, que l'exigence de lutte contre les discriminations commence à être mise en avant. Plus profondément, celle-ci ne saurait être assimilée purement et simplement à la lutte contre les « inégalités », qui est au coeur de l'Etat-providence : si toute discrimination est

inégalitaire, la réciproque n'est pas vraie ; toute inégalité n'est pas nécessairement discriminatoire, qu'il s'agisse des inégalités « naturelles » ou des inégalités « sociales ». Non seulement il n'y a pas adéquation entre les deux, mais encore lutte contre les discriminations et lutte contre les inégalités paraissent relever d'ordres de préoccupations différents ; la question se pose dès lors de savoir si la première se substitue ou si elle se développe parallèlement à la seconde. Derrière la lutte contre les discriminations se profilent ainsi un ensemble d'enjeux plus généraux concernant l'évolution de l'Etat.

Au rebours de tout schéma d'explication trop simple, on montrera que la lutte contre les discriminations recèle en fait des aspects contradictoires : si elle s'inscrit par certains côtés dans la logique de l'Etat-providence, qu'elle tend à approfondir (I), elle relève aussi d'une logique différente (II) ; ce faisant, elle témoigne des incertitudes qui affectent l'Etat entré dans l'ère de la post-modernité².

I / LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS S'INSCRIT DANS LA LOGIQUE DE L'ETAT-PROVIDENCE

L'Etat-providence est sous-tendu par le souci de lutter, non pas contre les « discriminations », mais contre les « inégalités » de toute nature. La mise en avant du thème des discriminations apporte donc une dimension nouvelle, mais qui n'est pas en elle-même contradictoire avec la logique de l'Etat-providence : les « discriminations » constituent bien un certain type d'« inégalités » et lutter contre elles c'est adhérer à l'objectif d'égalisation réelle des conditions qui est au coeur de l'Etat-providence ; mieux encore, mettre l'accent sur les discriminations conduit à approfondir l'analyse des inégalités sociales et à renforcer les moyens d'action visant à les résorber. Ainsi, la lutte contre les discriminations semble-t-elle marquer le passage à un nouvel âge de la « démocratie providentielle »³.

A) Etat-providence et lutte contre les inégalités

1° L'Etat-providence est caractérisé par la volonté de promouvoir, au-delà de l'égalité formelle de droits, une égalité sociale réelle⁴. Ce glissement était appelé par la logique démocratique : le principe fondamental d'égalité entre les citoyens établi dans l'ordre politique ne peut manquer en effet d'irradier la société tout entière ; les valeurs démocratiques poussent à la réalisation d'une « société démocratique », fondée sur l'égalité des droits et des chances. G. Burdeau⁵ a bien montré que la démocratie politique tend irrésistiblement à basculer vers une « démocratie sociale », concernant cette fois l'« homme situé » : il s'agit, non seulement de donner à tous les mêmes droits, mais encore de corriger les inégalités sociales ; l'Etat va devenir l'instrument de réalisation de cette démocratie sociale. « Produit de la culture démocratique et égalitaire moderne »⁶, l'« Etat providentiel » a pour fonction de créer une société plus juste et mieux intégrée, par la réduction des inégalités et la possibilité donnée à tous d'accéder aux mêmes biens essentiels.

Cette égalisation des conditions d'existence, l'Etat-providence la poursuit en jouant sur trois registres. D'abord, *l'universalisme* : veillant à ce que chacun soit garanti contre les risques de l'existence (idée de « risque social »), par le versement d'une cotisation (technique « assurantielle »), l'Etat-providence apparaît comme un « approfondissement et une extension de

² J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Coll. Droit et société, 2003.

³ D. Schnapper, *La démocratie providentielle. Essai sur l'inégalité contemporaine*, Gallimard, 2002.

⁴ J. Affichard, J.B. de Foucauld, (Eds.), *Justice sociale et inégalités*, Seuil, Coll. Esprit, 1992, p. 11.

⁵ *La démocratie*, 1956, Seuil, Coll. Politique, 1966.

⁶ P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat-providence*, Seuil, 1981, p. 35.

l'Etat-protecteur classique »⁷ ; et il fournira à tous un ensemble de prestations en assurant des conditions égales d'accès (les « services publics »). Ensuite, la *redistribution* : la doctrine solidariste avait montré que si chacun se trouvait redevable d'une « dette sociale », celle-ci ne pesait pas de manière identique sur tous ; chacun est tenu de participer au financement de la protection collective en fonction de ses facultés contributives (impôt progressif). Enfin, le *particularisme* : au nom de l'impératif de solidarité, l'Etat sera amené à intervenir en faveur des plus démunis ; des politiques sociales seront construites en direction des groupes sociaux défavorisés, des « publics-cibles » particulièrement vulnérables. Tous ces dispositifs de protection sociale sont sous-tendus par une volonté d'atténuation, sinon de résorption, des « inégalités sociales »⁸.

Analysées en termes socio-économiques, celles-ci sont perçues comme des phénomènes diffus, résultant de la logique de fonctionnement du système économique : renvoyant à des « catégories » définies en termes larges, elles ne renvoient pas à des groupes sociaux clairement identifiés, dotés de signes distinctifs qui tendraient à les singulariser et favoriseraient leur ostracisme ; les mesures redistributives et correctrices prises par l'Etat sont destinées à compenser une situation de faiblesse, afin de créer des conditions de vie plus égales. Il ne s'agit donc plus seulement, comme au stade de l'Etat libéral, d'assurer une simple égalité des droits mais de permettre leur exercice : les nouveaux droits économiques et sociaux sont des droits concrets, des « droits-créances », qui supposent pour la réalisation la réunion de certaines conditions ; préposé au maintien de la solidarité sociale, l'Etat apparaît comme le garant de leur effectivité. Mais l'idée d'une consolidation, d'une cristallisation et d'une objectivation de ces inégalités, sous forme de discriminations reproductibles et perçues comme « naturelles », est étrangère à la logique de l'Etat-providence.

2° S'il a permis d'établir « un socle de protection sociale qui assure une égalité minimale des individus au sein de la société »⁹, l'Etat-providence n'est pas parvenu pour autant à atteindre son objectif de résorption des inégalités. La crise qui l'atteint à partir du milieu des années 1970 va jouer le rôle d'un révélateur, en montrant les limites mais aussi les insuffisances de la démarche qui était la sienne.

Le changement du contexte socio-économique tout d'abord va corroder l'armature de l'Etat-providence. La logique assurantielle, sur laquelle il était fondé et qui impliquait une mutualisation des risques sociaux, est mise à mal par l'explosion du chômage et l'apparition consécutive d'« états stables d'exclusion »¹⁰ : des franges entières de la population tendent à sortir du cadre du système assurantiel et les risques sociaux perdent leur caractère aléatoire ; l'équilibre du système de protection sociale tend dès lors à être modifié par la place croissante prise par une logique de « solidarité ». Corrélativement, la fragmentation croissante du social appelle des interventions toujours plus ciblées. Les dispositifs classiques de l'Etat-providence se révèlent inadaptés pour faire face aux nouvelles inégalités engendrées par l'évolution du contexte socio-économique : le traitement de l'exclusion appelle le recours à des formes d'action autres que celles qui avaient été rodées dans le cadre des politiques sociales traditionnelles. Mais ce contexte lui-même ne fait que révéler la nécessité d'une analyse plus fine des inégalités sociales : celles-ci ne tiennent pas seulement à la dynamique du système de production ; elles ont des racines plus profondes et elles résistent aux mesures redistributives et correctrices par lesquelles l'Etat-providence avait cru pouvoir les éradiquer.

⁷ *Ibid.*

⁸ C'est l'intitulé d'une des commissions du VII^{ème} plan.

⁹ Rapport Stasse, « Rapport public du Conseil d'Etat 1996 », *EDCE*, n° 48, Documentation française, 1997.

¹⁰ P. Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'Etat-providence*, Seuil, 1995.

La promotion du thème de l'*équité* témoigne de cette inflexion de la logique de l'Etat-providence¹¹. Fortement imprégnée par les analyses de John Rawls¹², elle marque une approche différente du problème de l'égalité : rompant avec l'égalitarisme de l'Etat-providence qui, en fin de compte fidèle à la tradition universaliste, tendait à répondre aux inégalités par des mesures d'application générale (extension des droits sociaux, réduction des inégalités de revenus, développement des prestations sociales), il s'agit désormais de chercher à améliorer la situation des plus défavorisés, et donc de combattre les situations d'« exclusion » par le développement d'interventions ciblées. L'équité implique qu'il faut, non seulement aller au-delà de l'égalité des droits, mais aussi « au-delà de la stricte application du principe de l'égalité des chances »¹³ : les mesures à finalité redistributrice ne sont plus suffisantes ; il faut tendre désormais à « l'égalité des résultats », en cherchant à obtenir une égalité effective, au besoin par l'adoption de mesures spécifiques. Rompant avec l'égalitarisme de l'Etat-providence classique, il s'agit d'entrer dans le détail des situations concrètes, en cernant les groupes les plus vulnérables, voire en prenant en compte les particularismes individuels. Cette volonté implique la diversification des dispositifs d'intervention : on verra à partir des années 1970 proliférer des traitements correctifs et préventifs spécialisés¹⁴ ; l'Etat-providence tend ainsi à épouser la complexité du social, en s'attaquant aux inégalités à la racine. Sans doute, cette démarche n'est-elle pas radicalement nouvelle : l'Etat-providence a toujours pratiqué des interventions spécifiques en faveur des plus démunis et des aménagements au principe d'égalité avaient été depuis longtemps admis par le législateur et le juge au nom d'une « conception équitable et donc concrète de l'égalité »¹⁵ ; néanmoins, le thème de l'exclusion entraîne bien le recentrage des politiques sociales. L'accent mis sur la lutte contre les discriminations s'inscrit dans cette perspective.

B) La lutte contre les discriminations comme approfondissement de la lutte contre les inégalités

1° Dans la mesure où elle vise à assurer une égalité sociale réelle, en assurant à tous les mêmes droits, la lutte contre les discriminations est conforme à la logique de l'Etat-providence : elle aussi cherche à faire entrer l'égalité dans les faits, en allant au-delà d'une simple proclamation ; et elle aussi fait de l'Etat l'agent actif de réalisation de cette exigence. La lutte contre les discriminations renouvelle cependant l'approche des inégalités qui est celle de l'Etat-providence, en s'attaquant aux formes d'inégalité qui résultent de l'appartenance à certaines catégories ou à certains groupes ; indissociable à cet égard de la lutte contre les exclusions de toute nature, elle coïncide avec la dynamique récente d'évolution de l'Etat-providence ; mais elle a aussi pour effet d'approfondir l'approche des inégalités.

La lutte contre les discriminations suppose en effet en tout premier lieu la définition des catégories ou des groupes dont les membres sont susceptibles d'en être l'objet : au-delà du constat simple d'un traitement inégal, il s'agit de dévoiler les racines profondes et sous-jacentes des inégalités, qui sont souvent non explicites, voire vécues sur le mode de l'évidence ; ce travail d'explicitation auquel se livrent les auteurs des textes contribuera à mettre au jour ces fondements en les frappant d'interdit. Au fil de son développement, on assistera à l'élargissement des catégories visées : ce ne sont plus seulement la race ou les origines

¹¹ J. Affichard, J.B. de Foucauld, *Pluralisme et équité. La justice sociale dans les démocraties*, Ed. Esprit, 1995.

¹² *Théorie de la justice*, 1971, Seuil, 1987.

¹³ Rapport Minc, *La France de l'an 2000*, O. Jacob, 1994.

¹⁴ H. Thomas, in T. Lambert (Ed.), *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999.

¹⁵ M. Borgetto, « Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit social*, mars 1999, p. 222.

ethniques, le sexe, les opinions politiques ou syndicales, les convictions religieuses, mais encore les moeurs, l'orientation sexuelle¹⁶, l'âge, la situation de famille, l'apparence physique ou le handicap¹⁷ qui sont désormais visés : même si toutes ces formes de discriminations ne font pas l'objet d'une égale protection¹⁸, la tendance est à l'alignement vers le haut ; et cette extension contribue à réduire le champ des inégalités. De même, la prise en compte, à côté des « discriminations directes », par lesquelles une personne fait l'objet pour un de ces motifs prohibés d'un « traitement moins favorable qu'une autre ne l'est, le l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » (directive du 29 juin 2000), des « discriminations indirectes », pratiques apparemment neutres mais aboutissant en fait au même résultat qu'une discrimination directe, et plus encore des « discriminations systémiques », mesures anodines mais entraînant la combinaison et la superposition d'un ensemble d'inégalités, permettent de prendre en compte les facettes multiples et la gradation des inégalités¹⁹ : de la discrimination franche, avérée et aisément identifiable à la discrimination systématique qui résulte du contexte social, on trouve toute une gamme de situations ; alors que l'Etat-providence ne s'attaquait qu'à ce dernier type d'inégalités, la notion de discrimination favorise l'élargissement des perspectives. Enfin, la prise en compte des terrains très différents sur lesquels se manifestent les pratiques discriminatoires enrichit l'approche des inégalités : si l'emploi conserve une place privilégiée, comme en témoignent le droit communautaire et le droit français, d'autres aspects (le logement, les médias, les discothèques...) sont désormais mis en évidence ; des inégalités plus subtiles sont ainsi dévoilées, qui se nichent au coeur même de la quotidienneté.

2° L'approfondissement de la lutte contre les inégalités résulte surtout du recours aux mesures de *discrimination positive*. Ces mesures tendent à gagner tout le champ des politiques sociales : le principe d'équité justifie l'adoption de dispositions destinées à rétablir une égalité de chances en faveur des plus défavorisés, et notamment des exclus ; on voit ainsi poindre un principe d'égalité compensatrice, « forme équitable de l'égalité »²⁰, qui rompt avec le principe traditionnel d'égalité de traitement. Indissociable de cette évolution, l'utilisation des méthodes de discrimination positive comme instrument de lutte contre les discriminations amplifie sa portée : il s'agit en effet cette fois de combattre la discrimination (de fait) par la discrimination (de droit), c'est-à-dire en quelque sorte soigner le mal par le mal ; le respect dû au principe de non-discrimination s'efface derrière la volonté de remédier aux discriminations dont certains groupes sociaux sont l'objet.

Cette perspective suscite de fortes résistances : non seulement en effet elle contredit le principe de non-discrimination hérité de la Révolution et qui constitue un des principes fondamentaux du droit français, mais encore elle semble conduire à prendre acte de l'existence dans la société française de catégories ou de groupes, caractérisés par un certain nombre de traits innés et indélébiles (comme la race ou le sexe), et dont les membres subissent en tant que tels des traitements discriminatoires ; on entrerait ainsi dans une logique « communautariste » ou « différentialiste », contraire aux traditions nationales et au modèle

¹⁶ S. Garneri, « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 40, 1999, pp. 725 sq et n° 41, 2000, pp. 67 sq.

¹⁷ Voir l'énumération figurant dans l'article 1 de la loi du 16 novembre 2001.

¹⁸ D. Borrillo (« Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2002, pp. 113 sq.) montre qu'alors que les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique et le sexe sont sanctionnées dans tous les domaines, les autres discriminations ne sont sanctionnées qu'en matière d'emploi.

¹⁹ D. Lochak (Ed.), *La lutte contre les discriminations. Entre théorie et pratique. Entre droit et politique*, CREDOF-Paris X, juin 2000.

²⁰ Rapport Stasse, précité, p. 87.

républicain. Si les politiques d'*Affirmative Action* ont pu se développer aux Etats-Unis²¹, c'est parce que cette logique est largement présente dans la culture américaine : le modèle français d'intégration nationale excluerait en revanche une telle reconnaissance ; au demeurant, ces politiques préférentielles en faveur des minorités raciales sont contestées aux Etats-Unis aussi, comme entretenant une « culture de victimisation » et tendent à être progressivement remises en cause. L'importance, voire la réalité de ces politiques de discrimination positive, comme instrument de lutte contre les discriminations, sont controversées : alors que pour les uns²², ces politiques tendraient à se développer de manière rampante, au risque d'entraîner de redoutables effets pervers, pour les autres²³, elles prendraient pour l'essentiel la forme de simples mesures d'affichage ; au-delà des quelques « fissures différentialistes »²⁴ décelables, dont témoigne notamment le statut de la Nouvelle Calédonie, il est certain que le contexte a changé et qu'un interdit de principe tend à être levé.

Dans tous les cas, quelles soient conçues comme un moyen de lutte contre les phénomènes d'exclusion ou comme un instrument de lutte contre les discriminations, les mesures de discrimination positive témoignent d'une manière différente d'envisager et de traiter les inégalités sociales de toute nature : les dispositifs classiques du *Welfare State* ne sont plus considérés comme suffisants ; il apparaît désormais nécessaire de recourir à une stratégie active et volontariste, prenant acte de la persistance d'inégalités structurelles et visant à leur résorption.

Par ces différents aspects, la lutte contre les discriminations se présente comme un approfondissement des mécanismes de l'Etat-providence, à la logique duquel elles restent pour l'essentiel fidèles : il s'agit toujours de promouvoir une égalité sociale réelle, en s'attaquant aux inégalités les plus patentes et les plus lourdes de conséquences ; l'analyse du social devient par-là même plus fine et plus acérée. Néanmoins, il serait fallacieux de la considérer seulement sous cet angle.

II/ LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS RELÈVE D'UNE LOGIQUE DIFFERENTE

Même si elle est commandée par la volonté de réaliser une société plus égalitaire et plus juste, la lutte contre les discriminations se démarque de la logique sous-jacente à l'avènement et au développement de l'Etat-providence. Les discriminations ne sont pas en effet des inégalités sociales comme les autres : mettre l'accent sur elles implique une autre approche du social et une analyse différente du rôle imparti à l'Etat ; on sort ainsi de l'épuration de l'Etat-providence. L'essor des politiques de lutte contre les discriminations apparaît sous cet angle comme une des traductions du passage à un nouveau type d'Etat.

A) Une problématique différente

²¹ G. Calvès, *L'"Affirmative Action" dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination positive*, LGDJ, Coll. Bibl. droit constitutionnel et science politique, 1998.

²² A.M. Le Pourhiet, « Discrimination positive ou injustice ? », *Revue française de droit administratif*, 1998, n° 3, pp. 519 sq et « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, 2001, pp. 166 sq.

²³ G. Calvès (Ed.), « Les politiques de discrimination positive », *Problèmes politiques et sociaux*, n° 822, 4 juin 1999 et « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, nov.-déc. 2001, pp. 163 sq.

²⁴ M. Maisonneuve, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *Revue française de droit administratif*, n° 3, 2002, pp. 561 sq.

1° Si elle est toujours sous-tendue par l'objectif de promouvoir une égalité plus authentique, la lutte contre les discriminations n'envisage pas le problème de l'inégalité de la même manière que l'Etat-providence ; plus exactement, elle ne vise pas en réalité le même type d'inégalités sociales. Alors que l'Etat-providence s'attaque au problème des inégalités de manière globale, dans son ensemble, en intégrant aussi les inégalités naturelles, et prend ces inégalités comme une donnée, à laquelle il s'efforce de remédier par des mesures, sinon toujours de portée générale, du moins de nature catégorielle, on ne s'attache ici qu'à celles des inégalités qui sont l'expression de « discriminations ».

Les discriminations se distinguent des simples inégalités par plusieurs éléments essentiels²⁵. D'abord, elles supposent un acte ou un agissement volontaire : les inégalités naturelles ou celles qui résultent du simple jeu des mécanismes économiques et sociaux n'ont pas le caractère de discriminations ; la discrimination implique l'existence d'un auteur, auquel elle puisse être rapportée et imputée. Cette dimension est évidente en ce qui concerne les « normes discriminatoires », indissociables d'une production juridique ; elle existe aussi en ce qui concerne les « pratiques discriminatoires », bien que leur auteur soit moins aisément identifiable. Le problème se pose en revanche pour les « discriminations systémiques », qui se rapprochent des simples inégalités. Mais les deux autres éléments permettent de les différencier. La discrimination suppose en effet encore un processus de qualification au regard du droit en vigueur : toute différence de traitement n'a pas en elle-même le caractère d'une discrimination ; encore faut-il que cette différence soit répréhensible et condamnable, en tombant sous le coup d'une disposition du droit positif. A la différence d'une simple inégalité, la discrimination n'existe donc pas en soi mais seulement à partir du moment où la différence de traitement est considérée comme illégitime et arbitraire : le droit *constitue* donc la discrimination en même temps qu'il la prohibe. D'où l'importance de la jurisprudence qui va s'efforcer, à partir des textes, de dresser la ligne de partage entre les distinctions fondées, et donc légitimes, et les distinctions arbitraires, et par-là même discriminatoires : non seulement la « différence de situation » justifie un traitement différencié, mais encore l'« intérêt général » peut justifier un traitement différentiel ; il faut seulement alors qu'il soit adéquat et proportionné à la différence de situation ou au but poursuivi²⁶. Enfin, et surtout, la mise au jour de discriminations suppose l'identification de groupes sociaux, dont les membres sont susceptibles de faire l'objet d'un traitement inégal, du seul fait de cette appartenance : le paradoxe de la lutte contre les discriminations est qu'elle passe par la construction préalable des groupes discriminés ; une identité parfois floue, voire évanescence, va être ainsi cristallisée et objectivée par le jeu de son inscription dans le droit²⁷. Ce faisant, la lutte contre les discriminations risque d'aboutir à la *substantialisation* des différences, au risque de déboucher sur la stigmatisation des groupes concernés.

2° Par tous ces traits, la lutte contre les discriminations se distingue clairement de la lutte contre les inégalités sociales de toute nature, qui est au coeur de l'Etat-providence. Elle repose en fin de compte sur un principe fondamental de *sélectivité* : il s'agit d'établir les types de discriminations illégitimes, de circonscrire par-là même les groupes protégés, de délimiter les domaines de cette protection (notamment le travail), de définir les formes qu'elle prendra ; et l'ensemble sera inscrit dans un dispositif juridique. En revanche, les autres inégalités sont rejetées hors du champ des préoccupations. Si cette sélectivité tend, on l'a vu, à envahir

²⁵ Voir sur la distinction, D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, nov. 1987, pp. 778 sq.

²⁶ M. Sousse, « Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *Actualité juridique-droit administratif*, décembre 1999, pp. 985 sq.

²⁷ P. Bataille, in D. Lochak (Ed.), *op. cit.*

progressivement les politiques sociales²⁸, elle contredit l'universalisme sous-jacent à l'Etat-providence : un « Etat-providence sélectif », qui privilégie la lutte contre l'exclusion et contre les discriminations, n'est plus un authentique *Welfare State*. Ce glissement apparaît plus nettement encore à partir du moment où la lutte contre les discriminations entraîne la remise en cause de certains des dispositifs de protection sociale : on l'a constaté par exemple en ce qui concerne la suppression de l'interdiction du travail de nuit des femmes (directive 76/207 appliquée en France, malgré bien des réserves, par la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes), voire la suppression de certains contrôles médicaux, au nom du souci louable d'éliminer les discriminations à raison de l'état de santé²⁹.

En réalité, la lutte contre les discriminations s'inscrit dans la logique nouvelle d'action d'un Etat, investi de la mission de recoudre un tissu social que la dynamique d'évolution des sociétés contemporaines tend en permanence à déchirer : de même que les politiques d'intégration s'efforcent de réduire les éléments d'hétérogénéité résultant de la présence sur le territoire d'importantes communautés allogènes ainsi qu'à lutter contre les phénomènes d'exclusion, la lutte contre les discriminations vise à s'attaquer aux discriminations de toute nature dont certains groupes ou catégories peuvent faire l'objet ; on se situe dès lors au-delà de l'Etat-providence.

B) Une construction différente

1° La lutte contre les discriminations est le produit d'une dynamique socio-politique qui contraste avec celle dont l'Etat-providence est issu. L'Etat-providence est le produit d'un « compromis social-démocrate », par lequel la logique de développement du capitalisme va être contrebalancée par des politiques de redistribution visant à préserver les équilibres économiques et sociaux ; les syndicats ouvriers et les partis de gauche ont été le moteur de son développement, avant que l'ensemble des forces politiques ne se rallient à sa dynamique et ne contribuent à son épanouissement.

La lutte contre les discriminations est d'abord le produit d'un processus de mobilisation sociale : elle implique que les catégories ou groupes concernés aient pris conscience des discriminations qui les frappent, qu'ils s'organisent pour les besoins d'une action collective, qu'ils se dotent de porte-parole pour promouvoir leurs revendications, qu'ils fassent pression sur les décideurs politiques ; elle passe par une « prise de parole » (*voice*), par laquelle le groupe se construit, dans/par la lutte. Le paradoxe est qu'il affirme ainsi son particularisme alors même qu'il se bat pour réclamer l'universel : pour lutter contre les discriminations, il faut d'abord marquer sa singularité, en se positionnant en tant que groupe discriminé ; au-delà de la « tentation de la victimisation sociale »³⁰, le risque est d'entretenir le processus de ségrégation et d'alimenter le communautarisme. Néanmoins, cette mobilisation déborde le périmètre des groupes concernés : ceux-ci vont obtenir un ensemble d'appuis, d'alliés et de relais, dont l'action contribue à faire évoluer les représentations collectives ; toute cette action va conduire à la diffusion des revendications et à l'adoption de politiques offensives. Ce n'est donc pas la même dynamique socio-politique qui est à l'oeuvre : même si des recoupements existent et si des alliances transversales se construisent, entraînant un élargissement des luttes, ce ne sont pas les mêmes forces qui constituent le fer de lance de la lutte contre les discriminations et celles qui militent pour la défense des acquis de l'Etat-providence.

²⁸ M. Borgetto, 1999, p. 224.

²⁹ J.M. Bélorgey, « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations. Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé », *Droit social*, juillet-août 2001, p. 685.

³⁰ P. Rosanvallon, 1995, p. 65.

2° Par ailleurs, l'Etat-providence a été construit dans le cadre d'économies aux frontières relativement étanches, à l'abri desquelles l'Etat pouvait prétendre exercer un véritable protectorat économique et social : la lutte contre les inégalités s'inscrivait dans la perspective de construction d'une société plus juste et mieux intégrée sous l'égide de l'Etat ; elle constituait à ce titre le prolongement logique de la citoyenneté démocratique.

La lutte contre les discriminations déborde au contraire très largement les frontières de l'Etat-Nation. Les politiques menées se déploient désormais à plusieurs niveaux : international, régional (droit européen et droit communautaire), national. Les mesures prises par les Etats ne sont le plus souvent que l'application et la concrétisation d'orientations définies dans un cadre plus général ; et ces orientations sont tout autant le produit de la mobilisation de réseaux transnationaux que de l'accord entre les Etats : la tenue, comme pour les femmes à Pékin en 1995, de « forums » parallèlement aux réunions réunissant les représentants des Etats traduit bien la pression croissante exercée, en matière de lutte contre les discriminations comme ailleurs, par les organisations non-gouvernementales. Cette imbrication est particulièrement nette dans le cadre européen. Le terrain de lutte contre les discriminations se situe désormais très largement au niveau communautaire : les groupes concernés tendent à faire pression sur Bruxelles pour obtenir l'adoption de directives que les Etats membres seront ensuite tenus d'appliquer. Sans doute, la relation entre le niveau communautaire et le niveau national est-elle à base d'interaction réciproque : les législations nationales sont parfois en avance, parfois en retrait, sur les dispositions communautaires ; néanmoins, l'exemple des lois des 9 mai et 16 novembre 2001, dont l'élaboration a été consécutive à l'adoption des directives du 29 juin et du 27 novembre 2000, témoigne assez de cette influence. Tout se passe comme si, au fil de ces interactions, la lutte contre les discriminations devenait toujours plus ambitieuse, en étant conçue dans tous les pays autour de principes identiques : même si d'importantes différences subsistent, le niveau de protection dont bénéficient les nouveaux groupes identifiés tend progressivement à s'aligner sur les régimes plus anciens. Néanmoins, les formes de lutte contre les discriminations ont peu à voir avec les mécanismes classiques de l'Etat-providence.

C) Des instruments différents

1° La lutte contre les inégalités est menée par l'Etat-providence essentiellement au moyen de politiques de redistribution et de mesures spécifiques d'intervention en faveur des catégories les plus défavorisées, au nom de l'impératif de solidarité nationale. Ce type de mesures est inadapté au problème posé par les discriminations. Dans la mesure où l'objectif est d'interdire les pratiques discriminatoires et où celles-ci proviennent d'auteurs clairement identifiés, la voie pénale est à première vue la plus opératoire et elle a été effectivement privilégiée. Au fil des actions menées, on a assisté à la création de nouveaux délits, plus ou moins sévèrement sanctionnés : de la loi du 1 juillet 1972 à celle du 16 novembre 2001, le législateur a ainsi introduit un dispositif pénal de plus en plus consistant, visant à réprimer les différentes formes de discriminations (art. 225-1 à 225-4 et 432-7 du nouveau code pénal). L'effectivité de ce dispositif est cependant aléatoire : sans doute, la loi du 16 novembre 2001 a-t-elle renforcé son efficacité, par l'élargissement des possibilités d'action en justice (organisations syndicales et associations de lutte contre les discriminations) et l'assouplissement de la charge de la preuve (la production d'indices permettant de la renverser) ; néanmoins, la machine pénale reste lourde à actionner et peu appropriée pour lutter contre les discriminations quotidiennes.

Aussi, d'autres méthodes, misant sur la prévention, la médiation et la régulation, tendent-elles à être parallèlement utilisées. D'abord, on cherche à sensibiliser l'opinion publique au problème des discriminations et à inciter les intéressés à agir : des dispositifs d'« affichage » et

de « démarchage »³¹ sont ainsi mis en place, en tant que moyens d'activation. Ensuite, des institutions nouvelles (les CODAC en janvier 1999, le GELD en avril 1999, le n° d'appel gratuit 114 par la circulaire du 2 mai 2000) ont été créées afin de rompre l'isolement des intéressés et leur apporter l'aide nécessaire. Enfin, la question de la mise en place d'une instance d'information et de recours, conçue sur le modèle de la Commission pour l'égalité raciale créée en 1976 en Grande-Bretagne, reste posée : une telle instance avait été préconisée par le haut conseil à l'intégration (20 octobre 1998) et le rapport Bélorgey (1 mars 1999), sous la forme d'une autorité indépendante. Ces méthodes s'inscrivent tout-à-fait dans le nouveau registre d'action d'un Etat qui mise sur l'incitation, le partenariat avec les acteurs privés, la régulation souple, plutôt que sur la contrainte ou la prestation, pour remplir ses missions ; sur ce point encore, la lutte contre les discriminations s'affranchit du modèle classique de l'Etat-providence.

2° La promotion de ces méthodes témoigne plus généralement de la prise de conscience des limites du recours au droit pour combattre le problème des discriminations. Les associations de lutte contre les discriminations témoignent assez souvent, à l'instar de l'ensemble des mouvements sociaux, d'une confiance excessive placée dans le droit, ce qui les conduit à privilégier l'« issue juridique », en croyant que tous les problèmes peuvent être résolus par la magie d'un texte ou par l'édition d'un dispositif pénal : ce faisant, on retrouve paradoxalement la vision enchantée du droit, dont témoignait la croyance en la force agissante du principe de non-discrimination. A l'encontre de cette « illusion juridique », il convient de rappeler que les discriminations sont d'abord un fait social, indissociable de la logique du fonctionnement social et qu'on ne saurait prétendre éradiquer par la seule force du droit. Il n'est dès lors pas surprenant de constater qu'en dépit de leur ambition croissante, les politiques de lutte contre les discriminations sont impuissantes à venir à bout de discriminations, qui persistent et se reconstituent sans cesse à partir de nouveaux terrains.

Si les politiques de lutte contre les discriminations s'inscrivent dans la ligne de la démarche de résorption des inégalités sociales qui est au principe de l'institution de l'Etat-providence, elles relèvent donc d'une logique différente, dont témoigne plus généralement l'inflexion des politiques sociales. Sans doute, cette inflexion ne signifie pas l'abandon pur et simple des dispositifs de l'Etat-providence : lutte contre les discriminations et lutte contre les inégalités se déploient parallèlement, en entretenant des rapports complexes d'imbrication ; néanmoins, c'est bien une configuration étatique nouvelle qui tend à travers elles à se dessiner.

³¹ G. Calvès, 2001.