

Serge Slama

## Ressenti d'appartenance ethnique : l'obstacle constitutionnel

« Q. : Yazid Sabeg, avez-vous le sentiment d'appartenir à une communauté et si oui laquelle ?

« Y.S. : A la communauté nationale.

« Q. : Et si on vous demandait - en admettant ce que pourraient faire les chercheurs si les statistiques de la diversité étaient mises en place - que répondriez-vous ?

« Y.S. : (...) Je pense que d'abord que je garderai cette réponse pour moi (...). Et deuxièmement, tout dépend la manière dont serait posée la question. Si c'est m'interroger sur la façon dont je perçois la catégorie (...) à laquelle je suis supposé appartenir – ce que je me ressens perçu par les autres (...) – je pense que je ferai une réponse (...). S'il s'agit de la visibilité elle-même. La visibilité... j'aurai tendance à répondre « non-visible ».

« Q. : Et si on vous demande - puisque une question posée par certaines enquêtes de l'INED et qui ont été retirées (...) - d'après vous de quelle couleur de peau êtes-vous ?

« Y.S. : Personnellement je ne répondrai pas à cette question ».

Les réponses du commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, aux questions posées dans un entretien vidéo<sup>1</sup> témoignent à quel point il est difficile de définir de manière objective son « ressenti d'appartenance » à une catégorie ethno- raciale. Le droit rencontre la même difficulté et aboutit à la même impasse. Il est en effet impossible de caractériser juridiquement *de manière objective* l'appartenance raciale ou ethnique pour la bonne raison qu'il ne s'agit pas d'une notion objective. A proprement parler la « race » n'a d'ailleurs pas d'existence au sein de l'espèce humaine. Il en est de même lorsque « l'ethnie » est utilisée comme « un substitut euphémisé de la *race* » (Lochak, 1992).

Cela n'empêche pas, pour autant, la « race » ou « l'origine ethnique » d'être considérées comme des *catégories juridiques* dès lors que le droit les intègre à son lexique et leur attache des conséquences juridiques notamment en termes de prohibitions des discriminations (Lochak, 1992 et 2009)<sup>2</sup>. Cela ne donne néanmoins aucun *caractère objectif* à ces

---

<sup>1</sup> Par Carine Fouteau de *Médiapart*

([http://www.dailymotion.com/user/Mediapart/video/x8xp55\\_yazid-sabeg-a-quelle-communaute-app](http://www.dailymotion.com/user/Mediapart/video/x8xp55_yazid-sabeg-a-quelle-communaute-app)).

<sup>2</sup> Comme le résume Dominique Turpin: « bien qu'elle n'existe pas, on peut la rencontrer » (Turpin, 2008).

concepts pour fonder une politique publique différencialiste (sur cette notion : Bui-Xuan, 2004) ou mesurer l'appartenance raciale ou ethnique. C'est la position constamment adoptée par l'ensemble des juridictions pour la bonne raison que la prohibition est fondée sur l'article 1er de la Constitution - qui garantit l'égalité devant la loi sans distinction de race, d'origine ethnique ou de religion.

Comment alors expliquer que dans sa lettre de mission<sup>3</sup> au Comité pour la mesure de la diversité et des discriminations (Comedd), mis en place le 23 mars 2009, Yazid Sabeg puisse le charger « *d'identifier, d'évaluer et de proposer les catégories d'observation mobilisables pour la mesure et l'évaluation de la diversité et des discriminations* » pour répondre au souhait du président de la République de disposer d'outils qui « *reposent sur des méthodes incontestables* »?

L'*obiter dictum* de la décision du Conseil constitutionnel est sans ambiguïté sur ce point : « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter *sur des données objectives*, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race » (n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007).

La plupart des auteurs ont déduit de ce considérant en forme de parenthèse, même si c'est parfois pour le regretter (Turpin, 2008), que le Conseil a, de la sorte, complètement fermé la porte au principe même de « statistiques ethniques ».

L'ambiguïté ne provient pourtant pas de la décision du Conseil elle-même mais du commentaire – ou plutôt des commentaires – de cette décision aux Cahiers du conseil constitutionnel.

Il est nécessaire de bien comprendre le caractère insurmontable, sauf à amender l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, de l'obstacle constitutionnel érigé sur la voie de la légalisation des « statistiques ethniques », y compris reposant sur le seul « ressenti d'appartenance » que nécessairement cette méthode ne peut que conduire à développer un référentiel ethnico-racial.

### **Une méthode « incontestable » reposant sur des données contestables : le référentiel ethnico-racial**

Si la méthode se veut « incontestable » elle ne peut en aucune façon reposer sur l'origine ethnique ou raciale. Alors pourquoi poser la question ? En 2008 le président de la République a confié à des

<sup>3</sup> [http://www.strategie.gouv.fr/IMG/pdf/Lettre\\_de\\_mission\\_du\\_COMEDD.pdf](http://www.strategie.gouv.fr/IMG/pdf/Lettre_de_mission_du_COMEDD.pdf)

commissions – présidées respectivement par Pierre Mazeaud<sup>4</sup> et Simone Veil – afin d’obtenir un *quitus* pour intégrer dans la Constitution, pour la première, des quotas « *par grandes régions du monde* » et pour la seconde « *de nouvelles politiques d’intégration valorisant davantage la diversité* ». Or, les deux commissions ont pareillement balayé le vœu présidentiel *d’ethniciser* la sélection des étrangers, la lutte les discriminations ou les politiques d’intégration.

Par suite, le chef de l’Etat a estimé le 17 décembre 2008 à l’Ecole Polytechnique que: « *Si la question des statistiques pour mesurer les inégalités et les discriminations liées à l’origine est ouverte, la question d’une politique fondée sur des critères ethniques ou religieux doit être close* ».

On comprend dès lors mal comment un membre du COMEDD a pu déclarer, valablement, dans la presse à la suite du discours de Nicolas Sarkozy que le Conseil constitutionnel autorise la collecte de données objectives comme le nom, l’origine géographique et la nationalité antérieure « *combinée à des données subjectives comme celles fondées sur le «ressenti d’appartenance»* » ni comment son président peut écrire dans une tribune du *Monde* que ce comité « *reviendra aussi sur le faux dilemme des données objectives ou subjectives. Les réalités dites objectives le sont moins qu’on ne croit (la consonance étrangère d’un patronyme doit s’interpréter), tandis qu’à l’inverse, des épreuves répétées et partagées confèrent une consistance sociale à des sentiments tels que l’appartenance ressentie* » ?

Si personne n’a jamais considéré que la consonance étrangère ou le patronyme, tout comme le sexe d’ailleurs, étaient des données *parfaitement* objectives, on ne voit pas en quoi le fait de conférer une « *consistance sociale à des sentiments* » donnerait un caractère plus objectif à un « *ressenti* » ?

Le subterfuge sur lequel repose ce raisonnement est d’ailleurs dévoilé par le directeur de l’INED lui-même : « *Est-ce un hasard si le Conseil constitutionnel [sic : les commentateurs] s’y est pris à deux fois pour commenter sa décision de novembre 2007 ? Après avoir réservé l’étude des discriminations aux données "objectives", il a convenu qu’elles incluaient le "ressenti"* »<sup>5</sup>.

En effet, deux versions consécutives des *Cahiers du Conseil constitutionnel* ont été publiées. Selon la première n’admet que des données « *objectives* » comme celles fondées « *sur le nom, l’origine*

<sup>4</sup> Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique de l’immigration, « *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire* », juillet 2008.

<sup>5</sup> François Héran, « *Statistiques ethnique, non ! mesure de la diversité, oui. Loin de miner la République, il s’agit de la consolider* », *Le Monde*, 25 mars 2009.

géographique ou la nationalité antérieure à la nationalité française ». Selon la seconde : « *Le Conseil n'a pas jugé pour autant que seules les données objectives pouvaient faire l'objet de traitements : il en va de même pour des données subjectives, par exemple celles fondées sur le « ressenti d'appartenance »*. En revanche, est-il encore précisé, « serait contraire à la Constitution la définition, a priori, d'un référentiel ethno-racial. Telle est la limite constitutionnelle qui a été posée par la décision du 15 novembre 2007 »<sup>6</sup>.

De telles assertions laissent perplexe. Comment serait-il possible de construire des enquêtes, même anonymes, fondées sur ce ressenti d'appartenance sans nécessairement ensuite devoir utiliser, pour les dépouiller et les exploiter, un référentiel ethno-racial d'analyse ? Sans oublier, qui plus est, que les commentaires aux *Cahiers* n'ont aucune valeur juridique<sup>7</sup>.

### **Des obstacles difficilement surmontables**

La décision de 2007 s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'article 1er de la Constitution. Le Conseil veille au respect des principes annoncés dans la Déclaration de 1789 qui interdisent tout communautarisme (n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003). Elle s'inscrit aussi et surtout dans le prolongement de la décision de 1982 « *Quotas par sexe* » - que Robert Badinter a considéré, rétrospectivement, comme étant l'une des plus importantes rendues par le Conseil depuis 1971. Elle est aussi, bien entendu, « dans la même veine »<sup>8</sup> que celle sur l'unité du « peuple français » (n° 91-290 du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*).

Les juges judiciaires et administratifs ont, quant à eux, toujours marqué leur opposition à l'utilisation directe ou indirecte de l'origine. Ainsi, par exemple, récemment, sur le fondement de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983, le Conseil d'Etat a estimé qu'était illégales, entraînant l'annulation du concours, les questions posées par le jury du concours interne d'officier de la police nationale à un candidat portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse (CE, 10 avr. 2009, *El Haddioui*<sup>9</sup>).

<sup>6</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2007/2007-557-dc/commentaire-aux-cahiers.17182.html>

<sup>7</sup> Paul Cassia, « Le site internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ? », *JCP A* 2006, n°1042.

<sup>8</sup> 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 », *AJDA* 2008 p. 141.

<sup>9</sup> *JCP A*, 2009, n°2108, comm. Didier Jean-Pierre.

Le juge constitutionnel a entendu de la sorte « condamner » les outils statistiques reposant, directement ou indirectement, sur la prise en compte de la « race » ou de « l'origine ethnique », mais aussi et surtout, par extension, « tout recours à un procédé de discrimination positive opéré en fonction des critères interdits en fonction de « classifications suspectes », selon le vocabulaire de la Cour suprême américaine (Lecucq, 2008),

Le comité Veil ne dit pas autre chose lorsqu'il dit avoir « 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 »<sup>10</sup>.

Tout au plus a-t-il réfléchi à « des pistes » comme renforcer le principe d'effectivité de l'article 16 de la DDHC en lien avec le principe d'égalité ou encore à la possibilité d'ajouter à l'article 1<sup>er</sup> que la République « promeut l'égalité des chances ». A la lecture du commentaire officiel de la décision du Conseil aux *Cahiers*, il estime aussi qu'il « est permis de penser que la prise en compte du nom, de l'origine géographique ou de la nationalité antérieure à l'acquisition de la nationalité française, *tout cela éventuellement joint à la considération du « ressenti d'appartenance »* exprimé par les enquêtés, pourrait donner des résultats d'une lisibilité finalement assez comparable à celle que permettrait le maniement d'un référentiel de type ethno-racial »<sup>11</sup> - affirmation somme toute contradictoire.

Au demeurant, la Cour suprême américaine elle-même se montre de plus en plus réticente à admettre les politiques *d'affirmative action* fondée sur l'origine raciale. Elle considère la mise en oeuvre de quotas ethniques incompatible avec le 14<sup>ème</sup> amendement dans l'affaire du 28 juin 1978 *Regents of the University of California v. Bakke*, position confirmée en 2003 (*Grutter v. Bollinger*). Elle ne les admet pour les admissions à l'université qu'à la condition que l'origine ethnique ne soit pas utilisée comme un critère prédominant (Sabbagh, 2003).

Dans sa décision sur la légalisation des conventions ZEP de l'Institut d'études politiques de Paris, le Conseil constitutionnel a indiqué qu'on ne pouvait admettre une dérogation à l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction « en vue de permettre la diversification de l'accès » à un établissement public n'est permis que si elle repose « sur des critères *objectifs* » (décision n° 2001- 450 DC du 11 juillet 2001). En l'espèce le conseil de direction de Sciences Po adoptera des mesures reposant outre le niveau scolaire sur des critères sociaux, territoriaux et, en aucune

<sup>10</sup> Simone Veil, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, p.77 (v. [http://ddata.over-blog.com/xxxxyy/1/18/50/53/Rapport\\_Veil.pdf](http://ddata.over-blog.com/xxxxyy/1/18/50/53/Rapport_Veil.pdf)).

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp.82-83.

manière, sur des critères subjectifs prohibés comme l'origine ethnique ou raciale (CAA Paris 6 novembre 2003, *UNI*).

### **Une catégorie présente malgré tout dans certains fichiers**

Les dérogations prévues dans la loi du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* à l'utilisation des données « sensible » faisant apparaître « directement ou indirectement » des données raciales ou ethniques, même de manière très ponctuelle et encadrée, ont permis d'ériger ces données en catégorie de certains fichiers (Lochak, 1992).

Une première polémique avait éclatée lors de la publication au *Journal Officiel* d'un décret du 27 février 1990 visant à légaliser les fichiers utilisés par les renseignements généraux en leur permettant de collecter des informations nominatives faisant apparaître « l'origine ethnique en tant qu'élément de signalement ».

Suite à une vive polémique, le gouvernement Rocard renonça à ce projet et adressa, en avril 1991, au président de la CNIL, Jacques Fauvet, un projet de décret amputé des données sur l'origine raciale qui sera publié par le gouvernement d'Edith Cresson en octobre 1991. Il autorisa la seule collecte d'informations faisant apparaître « les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables, comme éléments de signalement ».

Ce débat a rebondi lors de la publication du décret instaurant le fichier « Edvige » par un décret du 27 juin 2008 dans le cadre de la création de la Direction centrale du renseignement intérieur. Le traitement aurait pu contenir, s'il était entré en fonction, des données à caractère personnel faisant « apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques » des personnes.

Grâce à la mobilisation de *Non à Edvige*, ce texte a finalement été retiré le 20 novembre 2008 et il devrait être remplacé par un nouveau texte, faisant toujours mention de données non objectives, baptisé EDVIRSP. La réflexion a néanmoins été élargie à l'ensemble des fichiers de police par la commission « Bauer »<sup>12</sup>.

Le rapport de ce groupe de travail recommande, sur la notion de signalement de « ne pas stigmatiser telle ou telle catégorie de la population en fonction de son origine » et marque son refus « de toute classification ethno-raciale » et de toute utilisation des données en vue de la constitution d'un outil statistique basé sur ces données. Il écarte aussi dans EDVIRSP l'enregistrement d'informations relatives à l'origine raciale ou ethnique qui « ne présentent pas d'intérêt ».

<sup>12</sup> Groupe de contrôle des fichiers de police et de gendarmerie, « Mieux contrôler la mise en œuvre des dispositifs pour mieux protéger les libertés », *Rapport remis au ministre de l'Intérieur*, déc. 2008.

Mais, qu'apprend-t-on à la lecture de ce rapport ? Et bien que pour caractériser une personne le groupe, hormis le représentant de la Halde, a hésité entre l'utilisation de l'appartenance, vraie ou supposée, à une origine ethno- raciale et de développer une « gamme chromatique ».

Résultat des courses ? Le groupe opte pour une « synthèse » entre les deux en retenant, dans l'ensemble des fichiers de police, de faire référence à « l'apparence » (qui n'est donc pas ici « ressentie » mais « assignée ») selon la typologie ethno- raciale déclinée en une série de types :

1/ CAUCASIEN ; 2/ MEDITERRANEEN ; 3/ MOYEN ORIENTAL ; 4/ MAGHREBIN ; 5/ ASIATIQUE/EURASIEN ; 6/ AMERINDIEN ; 7/ INDO-PAKISTANAIS ; 8/ METIS-MULATRE ; 9/ AFRICAIN/ANTILLAIS ; 10/ POLYNESIEN ; 11/ MELANESIEN (dont canaque).

De longs débats ayant opposé les membres du groupe de travail pour savoir s'il y avait lieu de supprimer le « type gitan » - utilisé dans la typologie actuelle<sup>13</sup>...

Cet exemple suffit à montrer tout le danger qu'il y a à mettre le doigt dans l'engrenage de l'utilisation des données reposant sur un référentiel ethno- racial, même si celui-ci est constitué sur des apparences subjectives.

Contrairement à ce qu'écrit Eric Fassin, les « divergences » actuelles ne reposent pas sur le seul « comment faire » pour mesurer. Mais il a parfaitement raison de souligner que le débat en cache en réalité une autre question : "*pour quoi faire ?*" (« **Comptage ethnique : un débat confus et paradoxal** », *Le Monde*, 17 avril 2009). Il est donc urgent qu'un débat s'ouvre sur les usages possibles de la mesure. Car mesurer le « ressenti d'appartenance » aboutira nécessairement à « naturaliser » à terme l'utilisation de catégories ethno- raciales. **Il faut aussi et surtout cesser de porter le regard et stigmatiser les seules victimes et s'intéresser au vrai problème : les représentations et motivations des auteurs de discriminations ethno- raciales.**

---

<sup>13</sup> Entre 1912 et 1969 la loi imposait aux nomades un carnet anthropométrique.