

Études

Droits et libertés

Le concept d'inclusion : genèse et construction

(Première partie¹)

L'essentiel

L'Europe intègre désormais la notion d'inclusion dans ses orientations institutionnelles et le terme est présent dans le discours des ressources humaines. Cependant, en droit, l'inclusion, est-ce véritablement un concept émergent ? Peu de textes y font référence. Au regard des notions d'intégration, d'inclusion sociale, d'insertion et d'inclusion dans la sphère du droit du handicap, le processus d'inclusion vise moins l'égalité de traitement vis-à-vis d'une personne et plus l'élimination du problème qui cause les entraves à la pleine participation des travailleurs à l'emploi. La recherche d'un fondement éventuel à un droit individuel à l'inclusion ou d'une responsabilité collective garantissant un environnement inclusif suppose de réfléchir à l'articulation de ce concept avec les instruments existants de lutte contre les discriminations (parties I et II).



par Marie Mercat-Bruns

Professeure affiliée à l'École de droit de SciencesPo (MCF HDR CNAM LISE CNRS)

En 2022, l'Organisation internationale du travail a publié un rapport intitulé « Transformer les entreprises par la diversité et l'inclusion »². Dans le glossaire du rapport figure une définition non juridique sur le ressenti de l'inclusion qui paraît à la fois subjective et collective : « L'inclusion est relationnelle. Elle se rapporte à l'expérience vécue par les personnes sur le lieu de travail et la mesure dans laquelle elles se sentent appréciées pour qui elles sont, pour les compétences et l'expérience qu'elles apportent, et le degré auquel elles éprouvent un fort sentiment d'appartenance aux autres au travail. Le sentiment d'inclusion professionnelle d'une personne est lié à son identité, son propre comportement et celui des autres, ainsi que l'environnement dans lequel elle évolue. La création d'une culture et d'un environnement inclusifs au travail permet aux différents employés de s'épanouir,

accroît leur engagement et a des incidences sur la performance de l'entreprise ». Effectivement, ce terme d'inclusion est venu s'introduire dans le discours des ressources humaines et des services consacrés qui sont rebaptisés dans certaines grandes entreprises : « Diversité, équité et inclusion »³. Le terme est également relayé en 2020 par la Commission européenne en lien avec des commémorations historiques : « Où est l'essence de l'humanité lorsque, tous les jours, des Roms sont exclus de la société et que d'autres personnes sont repoussées simplement à cause de leur couleur de peau ou de leurs croyances religieuses ?... L'Europe a le devoir de protéger ses minorités

¹ La seconde partie sera publiée dans le prochain numéro.

² Cet article est tiré d'une intervention pour le colloque de l'AFDT, Inclusion au travail et non-discrimination : de nouveaux discours pour de nouvelles pratiques ?, Université d'Avignon, 1^{er} et 2 juin 2023 ; v. Transformer les entreprises par la diversité et l'inclusion, OIT, 2022 (www.ilo.org/actemp/publications/WCMS_841368/lang-fr/index.htm).

³ Le site de l'entreprise L'Oréal : « Nos engagements Diversité, Équité et Inclusion envers nos collaborateurs, consommateurs et fournisseurs : 1) encourager la diversité multiculturelle et socio-économique ; 2) accélérer l'inclusion des personnes en situation de handicap 3) valoriser et prendre en compte des personnes de tous les âges et de toutes les générations 4) continuer à œuvrer pour l'équité des genres, l'égalité entre les femmes et les hommes et à créer des environnements inclusifs pour les personnes LGBTQIA+. Notre objectif, en tant que *leader* de la beauté, est d'être une entreprise toujours plus inclusive et de contribuer à une société dans laquelle tout le monde peut vivre en sécurité, en paix et sans être discriminé (www.loreal.com/fr/nos-engagements-pour-toutes-et-tous/promoting-diversity-and-inclusion).

contre le racisme et la discrimination. Il nous faut remplacer l'antitsiganisme par l'ouverture et l'acceptation, les discours et les crimes haineux par la tolérance et le respect de la dignité humaine et les brutalités par l'éducation sur l'Holocauste... La Commission appelle donc tous les États membres à s'associer à l'engagement de mettre fin au racisme et à la discrimination qui touchent de façon flagrante nos grandes minorités ethniques roms. Nous exhortons les États membres à s'engager en faveur de la mise en place d'un nouveau cadre stratégique de l'UE pour l'égalité, l'inclusion et la participation des Roms, en vue d'instaurer l'équité sociale et une plus grande égalité dans tous les sens du terme »⁴. Cela fait un certain temps que l'Europe intègre cette notion dans les orientations institutionnelles comme le Conseil européen de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000 qui présente un document de la Commission intitulé « Construire une Europe de l'inclusion »⁵. Cependant, en droit, l'inclusion est-elle véritablement un concept émergent ou simplement une autre façon de promouvoir la diversité⁶ ? À première vue, peu de textes y font directement référence à l'instar du code de l'éducation nationale qui prévoit que « le service de l'éducation veille à la scolarisation inclusive de tous les enfants, sans aucune distinction »⁷. La Convention internationale du droit des personnes handicapées (CIDPH) s'est également saisie du concept dans son article 3 c) comme un de ses principes généraux dans sa version anglaise traduite par le terme « intégration » : la participation et l'intégration (inclusion) effectives à la société »⁸. On relève l'idée d'ordre quasi démocratique de participation qualitative, plutôt que quantitative, selon le potentiel de chacune des personnes, et d'effectivité, d'obligation de résultat (ou obligation de moyens renforcée) selon le contexte de mise en œuvre de l'inclusion avec un avantage mutuel de la personne et de son environnement⁹. Étymologiquement,

inclusio en latin signifie initialement « emprisonnement » et seulement plus tard, « l'action d'intégrer une personne, un groupe, de mettre fin à leur exclusion »¹⁰. Après une longue absence d'usage, le terme est repris au XIX^e siècle au sens d'insérer, c'est-à-dire de « faire entrer un élément dans un ensemble »¹¹. Aujourd'hui en France, c'est davantage « dans le champ du travail social que le mot revêt un sens positif, évoquant une finalité. Il est lié aux processus d'insertion sociale et d'intégration économique, à la recherche de la participation sociale, culturelle et civique des personnes et groupes sociaux »¹².

Comment dissiper le flou autour de ce terme qui présente l'intérêt immédiat, comme le principe d'égalité, d'être plus positif que la non-discrimination, tout en évitant peut-être l'écueil de promouvoir d'emblée les différences comme la perception de la diversité ? L'inclusion ne renvoie effectivement pas d'emblée à un critère de discrimination, à un groupe, mais peut-elle se décliner comme objectif, processus, voire obligation ? On pense à la fois à divers contextes d'inclusion (éducation¹³, emploi, logement, urbanisme)¹⁴ visant des personnes ou groupes exclus associés à la nécessité d'environnements inclusifs, de personnes morales inclusives (entreprise inclusive)¹⁵ ou même de langue (écriture inclusive)¹⁶. Notre étude aura précisément pour objectif, en premier lieu, de rechercher les contours de l'inclusion en explorant la grammaire de notions paraissant équivalentes, d'actions qui pourraient s'en rapprocher telles que l'intégration, l'inclusion sociale, l'insertion et enfin l'inclusion construite dans la sphère du droit du handicap. En effet, le modèle moins médical et plus social du handicap a permis de revisiter, sur le plan juridique, la façon de penser la non-discrimination en exigeant que « [...] l'employeur prenne des mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète de la personne pour qu'elle accède à un emploi

4 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Une Union de l'égalité : cadre stratégique de l'UE pour l'égalité, l'inclusion et la participation des Roms, SWD(2020) 530 final ; Déclaration de la présidente von der Leyen, de la vice-présidente Jourová et de la commissaire Dalli à la veille de la Journée de commémoration de l'holocauste des Roms 2020.

5 Conseil européen de Lisbonne, 23-24 mars 2000, Conclusions de la présidence, annexe, Communication de la Commission, Construire une Europe de l'inclusion, (6715/00).

6 M. Peyronnet, La diversité : étude en droit du travail, Université de Bordeaux, 2018, thèse en ligne (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02279370>).

7 C. édu., art. L. 111-1, débute avec le propos suivant : « Le service public de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances et à lutter contre les inégalités sociales et territoriales en matière de réussite scolaire et éducative. Il reconnaît que tous les enfants partagent la capacité d'apprendre et de progresser ». V. aussi P. Rayou, Sociologie de l'éducation, PUF, 2017. 25.

8 CIDPH, www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities.

9 V. l'idée d'avantage mutuel comme théorie de justice : M. Nussbaum qui applique la théorie des « *capabilities* » (capacités) des personnes pauvres ou handicapées en évoquant le sens d'un nouveau contrat de coopération sociale non pas pour acquérir un avantage mais pour engendrer la dignité et le bien-être de chaque citoyen, M. Nussbaum, *Frontiers of justice : disability, nationality, species membership*, Harvard Univ. Press, 2006. 202.

10 V. Larousse, V^o Inclusion, www.larousse.fr/dictionnaires/francais/inclusion/42281.

11 V., B. Bouquet, L'inclusion : approche socio-sémantique, *Vie sociale*, n° 11, 2015. 15.

12 B. Bouquet, préc., p. 16 ; M. Jaeger, L'inclusion : un changement de finalité pour le travail social, *Vie sociale*, n° 11, 2015. 43.

13 Pour certains, il y a deux modes d'inclusion : celui qui vise la participation accrue des personnes à une institution et celui qui permet à ce que la participation des personnes transforme l'institution, K. Mack, *The two modes of inclusion*, *Harvard Law Review Forum*, n° 129, 2016. 291.

14 V. en matière de politiques municipales : la coalition des villes inclusives et durables de l'UNESCO, <https://fr.unesco.org/themes/promouvoir-droits-inclusion/iccar> ; en matière de logement : J.-L. Chariot, L'habitat inclusif, où en est-on ?, *Les cahiers de l'actif*, 2020/11-12, n° 534-535, p. 9 ; en matière d'éducation : E. D'Onorio di Meo, L'école inclusive et l'éducation inclusive, *Empan*, n° 117, 2020. 59.

15 « La récente crise sanitaire a eu des conséquences incontestables sur la stratégie des entreprises dans tous les secteurs d'activité. Pour faire face aux multiples défis économiques et opérationnels – lesquels reposent largement sur leur "capital humain" –, les organisations doivent faire preuve de résilience et adapter leurs priorités. Plus que jamais, l'humain est placé au cœur de leurs préoccupations », L. Depond, Les vrais enjeux de la diversité en entreprise, *in* L. Depond, *L'intelligence relationnelle et l'inclusion*, Dunod, 2022. 13.

16 M.-D. Sudda et M. Paoletti, Excluante, l'écriture inclusive ?, *Travail, genre et société*, n° 47, 2022. 149.

qu'elle l'exerce, qu'elle progresse [...] »¹⁷. Cette lecture fonctionnelle de la situation de handicap déplace l'analyse de l'inégalité de traitement à partir de la catégorisation d'une personne vers la quête de l'élimination du problème qui cause les entraves à la pleine participation des travailleurs à l'emploi à travers leur propre perception (I). Il s'agira, ensuite, de décrypter s'il existe un fondement juridique à un droit à l'inclusion qui dériverait d'une obligation individuelle, d'un droit économique et social ou d'une responsabilité plus collective imputable aux organisations desquelles on exige de garantir des environnements inclusifs¹⁸. Cela suppose également de revenir à la fois sur l'articulation entre l'inclusion et les notions de discrimination directe, indirecte, d'action positive ou de harcèlement discriminatoire et sur la portée et les limites des nouvelles stratégies et normes nationales et européennes qui renvoient explicitement ou implicitement¹⁹ à ce concept d'inclusion (II).

I. — LE CONCEPT D'INCLUSION : QUELLE SINGULARITÉ À LA LUMIÈRE D'AUTRES NOTIONS ?

Pour mieux comprendre l'inclusion, il faut procéder, dans un premier temps, à partir de la possible analogie avec d'autres processus déjà présents dans notre droit qui peuvent éclairer en quoi l'inclusion offre ou non une nouvelle lecture à la grammaire des mécanismes de promotion de l'égalité (A)²⁰. C'est seulement ensuite que l'apport du droit du handicap, notamment au travail, semble illustrer techniquement le changement d'appréhension des causes plus structurelles de l'exclusion des personnes. Le but est de chercher, à l'instar du droit des obligations²¹ d'ailleurs, une appréciation à la fois objective et subjective du dépassement des freins à l'action d'inclusion, ancrée dans les relations entre les parties, avec ses propres limites (B).

A — GRAMMAIRE DE NOTIONS PROCHES : QUELLES CONSTRUCTIONS ET QUELLES DIFFÉRENCES ?

Partant de termes connexes ou associés à l'inclusion, il semble que, dans le cadre de la protection sociale et du droit des étrangers, les processus d'intégration, d'inclusion sociale et d'insertion paraissent se rapprocher le plus du mouvement idoine d'incitation à l'action de rassembler dans le discours institutionnel des politiques sociales et des normes juridiques qui les implémentent. Il est opportun d'en découvrir la genèse dans les règles juridiques pour comprendre en quoi l'inclusion s'en éloigne en partie.

Selon le sociologue Michel Wieviorka, « l'intégration est le processus par lequel un groupe social s'approprie les individus pour assurer sa propre cohésion »²². C'est donc un processus comme l'est l'inclusion, mais la finalité des intérêts défendus semble guider davantage par l'incorporation sélective des personnes étrangères intégrées pour la survie ou de la pérennité du collectif, plus que pour la prise en compte de l'intérêt du groupe qui fait l'objet de l'intégration. Le processus semble s'articuler davantage à partir des politiques d'intégration selon la catégorie d'étrangers sur le territoire. La construction du droit autour de l'intégration semble ambivalente et indiquer davantage une évolution vers la « désintégration »²³. Commençons par « l'assimilation » des étrangers qui se traduit juridiquement comme un processus d'effacement des différences (de son identité antérieure) au profit d'un collectif homogène de la nation française avec la volonté d'être intégré par la naturalisation : selon l'article 21-24 du code civil, « nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ».

1. Intégration ou désintégration ?

La notion d'intégration elle-même est apparue avec la loi du 26 novembre 2003 qui concerne la maîtrise de l'immigration par l'entrée et le séjour des étrangers en France²⁴. La loi du 24 juillet 2006 porte directement sur « l'immigration et l'intégration » pour tenir compte

17 V. Dir. n° 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 5 : « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ».

18 V., M. Mercat-Bruns, *Le droit de la non-discrimination : de l'égalité à l'inclusion*, Société de législation comparée, 2023 (publication en cours).

19 V. L. n° 2021-1774, 24 déc. 2021, sur l'accélération économique et professionnelle (loi Rixain).

20 J. Porta, *Non-discrimination, égalité et égalité de traitement*, in G. Borenfreund et I. Vacarie, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, coll. « Thèmes et Commentaires », Dalloz, 2013. 15 ; C. Radé, *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise*, Éd. Liaisons, 2011.

21 L'obligation d'aménagement raisonnable : des mesures appropriées pour permettre aux travailleurs (handicapés) d'accéder à l'emploi... sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées (C. trav., art. L. 5213-6), ressemble, par exemple à l'exécution volontaire propre à une obligation (C. civ., art. 1100) et rappelle, en l'absence ou en cas de mauvaise exécution, les ressorts de l'exécution forcée : selon l'article 1221 du code civil, le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.

22 M. Wieviorka, *L'intégration : un concept en difficulté*, Cahiers internationaux de sociologie, 2008/2, n° 125, p. 221.

23 D. Lochak, *Le Haut Conseil à la (dés)intégration*, Plein droit, n° 91, déc. 2011 (www.gisti.org/spip.php?article2540).

24 La loi prévoit « des actions en vue de favoriser l'intégration des étrangers en situation régulière sur le territoire français », L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, art. préliminaire.

à partir des années 70 d'une « immigration devenue définitive »²⁵ à la différence de l'acheminement organisé par la France des étrangers pour leur insertion temporaire, notamment au service des entreprises françaises dans les années 60 et début des années 70²⁶. On assiste alors à une « institutionnalisation » ambivalente de l'intégration dans le droit des étrangers puisqu'elle participe plus d'une logique qui implique aussi la désintégration en évoquant d'un côté, une « intégration réussie » par le travail mais aussi une action de régulation des flux migratoires et une possible répression pour les travailleurs en situation irrégulière avec la création du Haut Conseil à l'intégration par un décret du 19 décembre 1989, suite à l'affaire du foulard à l'école²⁷.

Dès son premier rapport, intitulé « Pour un modèle français d'intégration », le Haut Conseil, désormais supprimé, confirme qu'une régulation des entrées sur le territoire est indispensable afin de réussir une politique d'intégration : « La politique d'intégration implique l'adhésion de tous [quelles que soient leurs origines] à un minimum de valeurs communes, l'acceptation individuelle et collective à un cadre global de référence ». Mais « le modèle français d'intégration procède d'une logique d'égalité et non d'une logique des minorités »²⁸. D'une logique idéologique étayant une politique, l'intégration prend alors la dimension d'un modèle qui suppose une mise en conformité des personnes aptes à l'intégration, un contrôle du comportement des personnes qui sont amenées à résider plus longtemps en France et y demeurer.

Le dernier projet de loi pour « contrôler l'immigration et améliorer l'intégration » de 2023 revêt cette même tension derrière le processus d'intégration entre l'inclusion et l'exclusion des étrangers selon leur profil : durcissement des règles contre l'immigration illégale tout en créant un titre de séjour sous conditions pour les étrangers dans des métiers en tension (souvent difficiles d'ailleurs comme le travail domestique, de chantier...) ²⁹. On observe donc que l'intégration n'est qu'un processus d'incorporation conditionnelle à la nation, sous réserve de qualification et d'adhésion, sans réflexion sur son sens et l'éventuel enrichissement commun issu des flux migratoires³⁰.

2. L'inclusion sociale : la reconnaissance stigmatisante des exclus ?

En dehors du traitement différencié de ceux qui viennent d'ailleurs, à partir du milieu des années 70, certaines carences de l'État-providence, malgré un sys-

tème d'assurance et d'assistance, font émerger le besoin d'identifier l'ensemble des personnes exclues d'une prise en charge de la protection sociale, confrontées à la pauvreté³¹. R. Lenoir évoque les inadaptés en leur ensemble, ceux qui dévient de la norme commune : toute personne en raison d'une infirmité physique ou mentale, de son comportement psychologique ou de son absence de formation, est incapable de pourvoir à ses besoins ou exige des soins constants ou représente un danger pour autrui, ou se trouve négligée soit de son propre fait, soit du fait de la collectivité³². Cette définition engloberait à l'époque le dixième de la population française et donc tous les inadaptés physiques liés au handicap, à l'âge et les inadaptés sociaux (mineurs en danger, suicidaires, alcooliques, marginaux...) ³³. Cette reconnaissance d'une exclusion sociale pour diverses raisons cristallise l'idée implicite que les efforts d'inclusion trouvent une origine sociale, tout en stigmatisant forcément, par là même, les exclus en les regroupant sous la bannière non pas de la cause de leur précarité mais de ses conséquences : les difficultés d'adaptation au fonctionnement de la société, perçues aussi comme imputables aux personnes elles-mêmes (âge, handicap mental et physique, fragilités variées, dont l'absence de formation, qui mettent en marge...) ³⁴.

3. L'insertion : une lutte progressivement contractualisée contre les exclusions économiques et sociales

Dans les années 80, on assiste à la nécessité politique de faire face à une diversification des causes de précarité durable et d'exclusion économique face à la perte imprévue de revenu (chômage, veuvage...) ou à la faiblesse de revenus des jeunes, les peu qualifiés et les femmes seules sans ressources³⁵. L'exclusion économique se double d'une exclusion sociale avec une prise de conscience de l'iso-

25 D. Lochak, préc.

26 M. Viprey, Immigration choisie, immigration subie : du discours à la réalité, *Revue de l'Ires*, n° 64, 2010. 149.

27 D. Lochak, préc.

28 Haut Conseil à l'intégration, *L'intégration à la française*, 1991. 21.

29 Ce projet de loi qui devait initialement être examiné la semaine du 27 mars 2023, a été retiré de l'ordre du jour par le gouvernement alors que la commission des lois avait déjà établi son texte et après que les sénateurs ont déposé leurs amendements en vue de la séance publique. La Conférence des présidents, réunie le 5 octobre 2023, a rouvert un délai limite de dépôt des amendements (www.vie-publique.fr/loi/287993-projet-de-loi-immigration-integration-asile-2023).

30 Le projet de loi est remis sur la table depuis le dernier assassinat terroriste d'un professeur de lycée en octobre 2023 avec éventuellement la proposition d'expulser des étrangers en situation irrégulière en raison de leur comportement : art. 13, qui stipule qu'un document de séjour pourra être retiré ou non renouvelé lorsque les actes délibérés d'un étranger troublent l'ordre public en ne respectant pas « les principes de la République » ainsi listés : la liberté personnelle, la liberté d'expression et de conscience, l'égalité entre les femmes et les hommes, la dignité de la personne humaine, la devise et les symboles de la République ou encore si l'étranger se prévaut « de ses croyances ou convictions pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les services publics et les particuliers », réécriture de l'article 26 de la loi confortant les principes de la République dite « loi séparatisme » qui avait été censuré par Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC ; Loi sur l'immigration : pourquoi les mesures annoncées sur le retrait des titres de séjour sont contestables du point de vue du droit, *Le Monde.fr*, 20 oct. 2023.

31 J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2008, p. 163 ; J. Wresinski, *Grande pauvreté et précarité économique et sociale*, rapport pour le Conseil économique et sociale, 1987.

32 R. Lenoir, *Les exclus : un français sur dix*, Seuil, 1974.

33 *Ibid.*

34 R. Castel, De l'exclusion, comme état de vulnérabilité comme processus, in J. Affichard et J.-B. Foucauld (dir.), *Justice et inégalités*, Éd. Esprit, 1992. 135 ; S. Paugam, *L'exclusion, Sociétés et représentations*, CREDESS, n° 5, 1997. 129.

35 M. Borghetto et R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, LGDJ, 2021. 103.

lement des personnes et des liens familiaux distendus³⁶. Émerge une vision plus holistique de la personne en situation de pauvreté et de la lutte contre les exclusions comme un des combats dans le cadre de la lutte pour les droits de l'homme³⁷. C'est au même moment qu'apparaît l'idée d'insertion et une vision des problèmes par le biais des solutions, de plus en plus négociées, comme le revenu minimum d'insertion : revenu en échange d'une aide à l'insertion, qui fait polémique par la responsabilité de l'insertion, « l'ardente obligation d'insertion » qui incombe désormais aux allocataires mais, en principe, aussi à la société par l'organisation institutionnelle locale de l'insertion³⁸. L'importance du volet insertion avec le contrat d'engagement d'heures d'activité des bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA) perdure encore aujourd'hui suite au projet de loi pour le plein emploi qui vient d'être adopté³⁹.

L'insertion constitue une rupture dans le type de mesures des politiques d'action sociale liées plus traditionnellement au modèle d'une prestation en nature ou en espèces versée par une administration sans engagement de son bénéficiaire. En effet, « le concept d'insertion concerne les personnes ou groupes qui sont aptes au travail et sont la cible de deux logiques : d'un côté la lutte contre la pauvreté et l'exclusion qui entend fournir un socle de ressources et d'accès à des biens et services considérés comme indispensables (logement, formation, santé, culture...) et de l'autre, des dispositifs d'incitation à l'emploi et à des revenus professionnels »⁴⁰.

La nouveauté de l'insertion, qui rappelle un peu la logique de l'inclusion sous l'angle de la promotion de l'égalité des chances, consiste à compléter un traitement passif des besoins de prise en charge financière et sociale de la personne par une forme d'objectivation de nouveaux risques liés à l'exclusion, certes par un processus négocié⁴¹, par lequel la collectivité essaye de fournir à chacun les moyens propres de participation au fonctionnement social⁴² autour d'une norme de justice mais qui perpétue l'idée aliénante d'un constat d'inaptitude à l'emploi avec peu de moyens pour assurer l'effectivité de l'insertion.

B — L'INCLUSION AU SENS DU DROIT DU HANDICAP : L'INFLUENCE INTERNATIONALE ET L'APPROPRIATION NATIONALE DE L'OBJECTIF D'INCLUSION

L'inclusion sociale en France s'inscrit dans la lutte contre les exclusions sociales et n'a pas la même signification que l'inclusion, dans le contexte des droits fondamentaux, telle qu'elle a été envisagée à l'étranger d'abord puis plus tard en France dans le droit du handicap adopté en 2005⁴³, en conformité avec la directive n° 2000/78/CE⁴⁴. Le défi d'éliminer les obstacles matériels à l'accès des personnes à une institution en raison de leurs caractéristiques personnelles dérive d'une longue tradition des droits civiques aux États-Unis de lutte contre la ségrégation raciale et pour l'accès à l'école⁴⁵. Le concept s'est développé alors plus concrètement d'abord dans le secteur éducatif américain avec la volonté pragmatique d'inclure les enfants handicapés à l'école sans ségrégation, sans forcément prévoir un soutien financier parallèle⁴⁶ ; l'idée étant la prise en compte du potentiel de l'adulte en devenir et son accès à la formation initiale commune pour éviter le plus possible une prise en charge et des services distincts.

L'usage de cette notion d'inclusion en droit remonte aux années 70 aux États-Unis avec le *Rehabilitation Act* de 1973⁴⁷ qui conditionne le soutien fédéral des États aux offres de services et d'accueil aux personnes handicapées, qui postule dans son préambule : « Le handicap fait partie de l'expérience humaine et en aucune façon devrait limiter le droit des individus à [...] *jouir d'une inclusion et intégration* globale dans le *mainstream* » (la société dans son ensemble), autrement dit les sphères « économiques, politiques, sociales et éducatives de la société américaine ».

Mais la véritable introduction juridique du modèle social du handicap, notamment au travail, date de l'*Americans with Disabilities Act* (ADA) aux États-Unis qui impose l'obligation d'aménagements raisonnables du poste (sans coût excessif) comme condition de la non-discrimination dans l'emploi en prévoyant que l'interdiction des discriminations directes et indirectes fondées sur le handicap n'est pas suffisante pour garantir l'inclusion effective des personnes handicapées au travail⁴⁸. Dans un objectif d'inclusion, la notion d'aménagement raisonnable vise le traitement du problème généré par la relation de travail non adaptée et l'objectif d'éliminer les obstacles à la pleine participation à l'emploi des personnes handicapées, s'éloignant ainsi des causes médicales du handicap comme fondement de la protection légale. Ce changement de paradigme par

36 M. Colignon, *Médiation et insertion : accompagner autrement les personnes en exclusion*, Empan, 2006/3, n° 63, p. 178.

37 P. Sané, *La pauvreté, nouvelle frontière de la lutte pour les droits de l'homme*, *Revue internationale des sciences sociales*, 2004/2, n° 180, p. 303 ; à partir de 1982, ATD Quart-Monde lutte contre la misère sous l'angle de la violation des droits de l'homme, www.atd-quart-monde.fr/notre-histoire/40-1982-1998-la-misere-violation-des-droits-de-lhomme/.

38 V. les propos de Claude Évin, ministre des Affaires sociales au moment des débats sur le RMI, relatés par A. Eydoux et C. Tuchziner, *Du RMI au RSA : la difficile mise en place d'une gouvernance décentralisée des politiques d'insertion*, RFAS, n° 4, 2011. 90.

39 V. le projet de loi sur le plein emploi, texte adopté par l'Assemblée le 14 nov. 2023, saisine du Conseil constitutionnel en cours.

40 M. Borghetto et R. Lafore, *op. cit.*

41 Sans faire intervenir la protection sociale (aide sociale).

42 J. Fayolle et F. Guyot, *La sécurisation des parcours professionnels*, Presses de SciencesPo, 2014. 111.

43 L. n° 2005-102, 11 févr. 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

44 Dir. n° 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

45 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

46 R. Colker, *Disabled Education*, NYU Press, 2013.

47 *Rehabilitation Act of 1973* (Pub. L. 93-112), 29 U.S.C. 701, Section 2, (3), (F).

48 42 U. S. C. §§12112(a) ; *US Airways, Inc. v. Barnett*, 535 U.S., 122 S. Ct. 1516 (2002).

l'inclusion présuppose d'identifier les « barrières » (temps de travail, accès à son bureau, absence de technologie pour les malvoyants...) qui sont source de discriminations, sans partir exclusivement d'une inaptitude formalisée des personnes exclues. Les modifications des rapports au travail par l'élimination d'obstacles structurels (individuels, parfois collectifs) permettent l'inclusion en agissant sur la cause objective de l'exclusion et non l'inverse : l'accès au droit n'est pas lié au statut personnel de la personne handicapée. Décentrer l'analyse juridique sur une approche relationnelle, quasi contractuelle des sources du handicap au cœur de la relation de travail permet d'éviter de tomber dans le piège de la logique du droit de la non-discrimination, à savoir la stigmatisation et la construction de groupes de victimes⁴⁹.

En France « un tournant conceptuel radical s'est opéré dans les politiques du handicap en embrassant le concept d'inclusion sans le nommer (loi de 1975, loi de 2005)⁵⁰ alors que le concept de réadaptation largement inspirée d'une vision médicale et individuelle du handicap⁵¹ exigeait des personnes handicapées qu'elles s'alignent à la norme des valides soutenues par des programmes de rééducation et d'aménagements spécifiques. On passe à la logique d'inclusion plus inspirée d'une approche sociale du handicap insistant sur l'action à mener sur l'environnement pour l'accès de tous⁵² à tout dans une société handicapante sous l'influence, dans les années 70-80 des normes internationales visant "l'inclusion" des personnes handicapées (CIDPH) »⁵³.

Mais la loi de 1975 qui énonce le principe d'accessibilité ne donne pas de définition du handicap, laissant les commissions administratives accorder un statut catégoriel assorti de droit aux prestations sociales. La loi de 2005 refuse d'adopter une vision relationnelle de la situation du handicap prônée par une approche dynamique des relations qui pourrait engendrer l'inclusion, et renvoie explicitement à la cause médicale du handicap : « Constitue un handicap, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou

psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». La loi de 2005 fait précisément ce choix national de distinguer le handicap d'un côté, de l'exclusion et du handicap social de l'autre mais elle étend son champ d'application au-delà du logement et de l'emploi⁵⁴.

Cette mise en œuvre partielle en France de l'objectif d'inclusion se traduit dans l'application tardive de la mise en œuvre de l'article L. 5213-6 du code du travail avec progressivement l'appréciation judiciaire plus rigoureuse de l'exécution de l'obligation (de moyens) de reclassement en cas d'inaptitude comme source de discrimination⁵⁵. L'importance de la reconnaissance statutaire de la qualité de travailleur handicapé reste centrale dans l'acquisition de droits malgré un certain assouplissement du projet de loi plein emploi⁵⁶.

La comparaison des notions d'intégration, d'inclusion sociale, d'insertion au regard du concept d'inclusion en matière de handicap révèle des processus de nature différente qui partent de cadres d'analyse distincts d'adaptation de la personne à la société avec une possible contractualisation de ses engagements. L'adaptation de la société à la personne handicapée et plus récemment au vieillissement⁵⁷ à travers l'élimination des obstacles ou freins à la participation de la personne et son accès à l'emploi, au transport, au logement, aux biens et services pose la question du fondement et de la nature du droit à l'inclusion au regard des exigences de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination. De surcroît se développe un discours, voire une conception de l'entreprise ou de l'institution inclusive qui s'attache à la qualité d'accueil et de valorisation des environnements et pose la question des conditions d'une responsabilité collective de l'inclusion dont certains contentieux, certaines réformes législatives et certaines stratégies européennes reflètent la portée relative ■

⁴⁹ Cette représentation différente du cadre des discriminations à partir d'une catégorisation des victimes se retrouve au Canada, C. Shepard, *Inclusive Equality*, McGill University Press, 2010, p. 4.

⁵⁰ L. n° 75-534, 30 juin 1975, d'orientation en faveur des personnes handicapées. Loi de 2005, préc.

⁵¹ E. Alfandari, *Action et aide sociales*, Dalloz, 1989. 578.

⁵² Mesures appropriées : C. trav., art. L. 5213-6, préc.

⁵³ I. Ville, E. Fillon ET J.-F. Ravaut, *Introduction à la sociologie du handicap*, DeBoeck, 2020. 80 ; loi de 2005, préc.

⁵⁴ I. Ville, E. Fillon et J.-F. Ravaut, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁵ V., M. Mercat-Bruns, Le refus de mesures appropriées, constitutif d'une discrimination fondée sur le handicap, *Éléments de précisions sur l'obligation imputable à l'employeur* ; Soc., 3 juin 2020, n° 18-21.993, publié au Bulletin ; D. 2020. 1233 ; JA 2021, n° 637, p. 39, étude P. Fadeuilhe ; RDT 2020. 544, obs. M. Mercat-Bruns – Sur la recherche suffisante de reclassement, Soc., 6 sept. 2023, n° 22-15.637.

⁵⁶ C. trav., art. L. 5213-2 ; Décr. n° 2018-850, 5 oct. 2018, relatif à la simplification de la procédure de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et à l'amélioration de l'information des bénéficiaires de l'obligation d'emploi. V. l'accès à l'emploi de personnes sans RQTH, projet de plein emploi, préc.

⁵⁷ L. n° 2015-1776, 28 déc. 2015, d'adaptation de la société au vieillissement ; v. M. Mercat-Bruns, C. Bourdair-Mignot et T. Gründler, *Vieillesse et inclusion : entre ambivalence du discours normatif et discriminations*, *Retraite et Société*, n° 88, 2022. 17.