



ALLOCATIONS
FAMILIALES

CNAF

DOSSIERS D'ETUDES. ALLOCATIONS FAMILIALES

**DISCRIMINATION POSITIVE
ET
« AFFIRMATIVE ACTION »**

Julien Damon

CNAF – Bureau de la Recherche

Dossier d'Etude n° 7

Avril 2000

Ces dossiers d'études ne reflètent pas la position de la Cnaf et n'engagent que leurs auteurs.

Liste des dossiers parus

- N° 1 « Introduction à la politique de la Ville », Réseau Perspicaf, octobre 1999
- N° 2 « Le non-recours à l'APE – Analyse micro-économique », Anne Reinstadler, novembre 1999
- N° 3 « L'évaluation de la politique de la ville », Renaud Epstein, décembre 1999
- N° 4 « Opinions sur la politique des prestations familiales et sur le RMI », P. Croutte, G. Hatchuel, janvier 2000
- N° 5 « Deux études sur le logement : insalubrité et poids du logement dans le budget des ménages » Réseau Perspicaf, février 2000
- N° 6 « Les modèles économétriques – LOBIT – PROBIT – TOBIT », Alain Jacquot, CNAF – Bureau des Prévisions, mars 2000
- N° 7 « Discrimination positive et affirmative action », Julien Damon, CNAF – Bureau de la Recherche, avril 2000

Pour toute correspondance :

Julien Damon - CNAF

23 rue Daviel - 75634 Paris Cedex 13

Tél. 01 45 65 54 96

TABLE DES MATIERES

<i>Avant propos</i>	<i>4</i>
<i>Introduction.....</i>	<i>5</i>
<i>Discrimination positive française et « Affirmative Action » américaine.....</i>	<i>7</i>
<i>En France : Egalité absolue, relative ou compensatoire</i>	<i>12</i>
<i>L'institutionnalisation de l’Affirmative Action aux Etats Unis : une affaire politique.....</i>	<i>14</i>
<i>La question de l’intégration raciale et la recomposition des forces politiques</i>	<i>18</i>
<i>Les problèmes du « wagon de queue » et de la « compétition des victimes » .</i>	<i>21</i>
<i>La question des « discriminations à rebours » et l’opposition à l’Affirmative Action</i>	<i>23</i>
<i>La jurisprudence de la Cour Suprême : une dimension éminemment politique</i>	<i>29</i>
<i>Le principe de non-discrimination : stigmat, éthique, ambivalence et aporie</i>	<i>31</i>
<i>Une question essentielle, aux Etats-Unis comme en France</i>	<i>33</i>
<i>Annexe 1 - Actualité de l’Affirmative Action : l’étiologie venu de Californie .</i>	<i>35</i>
<i>Annexe 2 – Les analyses récentes proposées par William Julius Wilson.....</i>	<i>38</i>
<i>Annexe 3 - Bibliographie.....</i>	<i>40</i>

AVANT PROPOS

Ce dossier d'étude porte sur la question de la « discrimination positive » en France, appréciée et analysée en fonction des débats relatifs aux politiques dites d'Affirmative Action aux Etats-Unis.

Il s'agit d'une présentation argumentée des effets positifs mais également parfois pervers des mesures préférentielles et/ou différentielles qui se sont développées depuis des décennies aux Etats-Unis, et au cours des années quatre-vingt-dix en France, dans la rhétorique et dans l'action publique.

Ce document de travail, qui contient certainement quelques imperfections stylistiques et orthographiques, part du commentaire d'un livre notable¹, récemment publié sur la question de l'Affirmative Action aux Etats-Unis. L'ambition de ce dossier est de proposer une synthèse de quelques approches sociologiques et juridiques, américaines et françaises, traitant d'une question intéressant particulièrement la branche famille de la Sécurité Sociale. Le thème contemporain de la « discrimination positive », au moins au regard de la problématique des conditions de ressources, n'est pas neuf pour cette institution². Il est cependant de toute actualité quand il s'agit des questions « d'équité », de parité ou de différenciation de l'offre de services des Caisses d'allocations familiales.

La rédaction se veut à la fois une compilation d'informations et de points de vue, ainsi qu'une invitation au débat sur un thème éminemment compliqué, en termes de justice, et éminemment stratégique, en termes d'action.

Julien Damon
Responsable du Bureau
de la Recherche de la CNAF

¹ Gwénaële Calvès, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, Paris, LGDJ, 1998. Du même auteur, on consultera avec profit le dossier « Les politiques de discrimination positive », *Problèmes Politiques et Sociaux*, Paris, La Documentation française, n° 822, 4 juin 1999.

² Voir à cet égard, par exemple, Philippe Steck, *Le critère ressources à l'épreuve des faits*, Rapport de Mission, Paris, CNAF, 1976.

INTRODUCTION

Les mesures d’Affirmative Action, c’est-à-dire les traitements préférentiels accordés aux minorités, divisent passionnément et intensément la société américaine. Elles ont récemment donné le ton de campagnes électorales locales, et même nationales avec le débat qui a opposé démocrates et républicains sur ce thème, notamment sur le terrain californien, lors de la campagne présidentielle de 1996. La politique mise en place aux Etats-Unis depuis plus de trente ans pour lutter contre la discrimination raciale à l’embauche, à l’accès à l’instruction et dans les affaires a provoqué des réactions contradictoires de la part des tribunaux, des attaques contre les programmes qui facilitent l’accès des étudiants de couleur à l’enseignement supérieur et l’opposition du milieu des affaires. En dépit de ses insuffisances admises et de ses effets pervers reconnus, de nombreux observateurs restent partisans et demandent que la politique antidiscriminatoire soit poursuivie³. D’autres s’y opposent farouchement et, à un moment où les mesures d’Affirmative Action connaissent de fortes turbulences, réclament leur disparition définitive⁴.

En tout cas c’est toute la classe politique américaine qui a eu à se prononcer sur le sujet. Depuis le début des années 70 la Cour suprême a été amenée à trancher plusieurs fois, en dernière instance, dans le cadre de l’abondante controverse qui s’est développée sur ce thème aujourd’hui très sensible. Gwénaëlle Calvès étudie la « littérature politique » constituée par les seize décisions de la Cour Suprême rendues en matière d’Affirmative Action, pour développer une stimulante réflexion sur la question.

Dans son étude Calvès ne s’est pas livrée au travail démesuré d’analyse des politiques et des pratiques. Elle s’est arrêtée sur l’attitude de la Cour suprême face à ce qu’elle baptise justement une « discrimination paradoxale ». A partir d’un examen détaillé et érudit des seize décisions des juges constitutionnels américains Calvès a pu mettre en lumière le caractère essentiellement politique de la jurisprudence, avant de mettre en évidence les contradictions qu’elle comporte, mieux les impasses auxquelles elle conduit. Confrontée au problème juridique, politique et éthique posé par l’Affirmative Action, la Cour suprême a développé une casuistique sophistiquée, mais n’a pas réussi à mettre au jour un principe permettant de la fonder indiscutablement.

Calvès propose une analyse approfondie du système constitué par les juges, l’administration et les lobbies de défense des minorités, avec pour toile de fond une réflexion très argumentée sur le développement, par le biais de quotas raciaux ou sexuels, d’une législation pour les uns juste et nécessaire, pour les autres inefficace ou dangereuse car elle mènerait à une « balkanisation » de l’Amérique en contradiction avec ses idéaux fondateurs et régulateurs.

Comme le note Jacques Chevallier dans sa préface « cet ouvrage vient à point nommé : le modèle américain de l’Affirmative Action est en effet fréquemment invoqué en France à l’appui d’une remise en cause de la conception traditionnelle de l’égalité au profit d’un principe nouveau d’équité visant, au-delà de l’égalité des droits à assurer l’égalité des chances, au besoin par le recours à des « discriminations positives ». Or cette invocation non seulement se produit paradoxalement à un moment où des coups sérieux sont portés aux Etats-Unis aux dispositifs d’Affirmative Action, mais encore semble témoigner d’une méconnaissance des finalités et des mécanismes de l’Affirmative Action qui s’est développée dans un contexte radicalement différent. Remarquons que la littérature

³ Cf. Nancy Stein, « Affirmative Action and the Persistence of Racism », *Social Justice*, vol. 22, n° 3, 1995, pp. 28-44.

⁴ Voir le symposium « Is Affirmative Action on the Way Out ? Should it be ? », *Commentary*, vol. 105, n° 3, mars 1998

française consacrée à la question de l’Affirmative Action ou de la discrimination positive n’est pas très développée. On ne compte que quelques articles, plutôt récents, et encore moins d’ouvrages⁵.

L’Affirmative Action étant avant tout une « politique raciale » qui instaure une « préférence raciale » il n’y aurait pour la France, comme le souligne avec vigueur Calvès dans sa conclusion, « aucun enseignement pratique à retirer de l’expérience américaine ». Il n’en reste pas moins que le juge autant que le législateur hexagonaux trouveront un large intérêt dans cette analyse d’une discrimination fondamentalement et essentiellement paradoxale.

Dans ce document de travail nous nous livrerons à une tentative de synthèse des réflexions américaines et françaises. Au-delà des différences de contexte, il s’agira de mettre en exergue les principaux éléments des débats relatifs à la légitimité des classifications de populations ciblées et des traitements dits préférentiels dans le cadre des politiques publiques.

⁵ Pour un ouvrage présentant l’Affirmative Action telle que développée jusqu’au début des années quatre vingt dix, cf. Pascal Noblet, *L’Amérique des minorités. Les politiques d’intégration*, Paris, L’Harmattan, 1993. Pour un ouvrage plus récent sur la question de l’intégration et du multiculturalisme aux Etats-Unis, cf. Denis Lacorne, *La crise de l’identité américaine. Du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Fayard, 1997. L’auteur y défend une Affirmative Action de portée limitée. Malgré de fortes réserves il reste favorable à ces mesures car elles ont favorisé l’émergence d’une classe moyenne noire. Cf. Denis Lacorne, « Pour un multiculturalisme modéré », *Le Débat*, n° 97, novembre-décembre 1997, pp. 158-167.

DISCRIMINATION POSITIVE FRANÇAISE ET « AFFIRMATIVE ACTION » AMÉRICAINE

Notons le d'emblée - et on y insistera tout au long de ce document - aux Etats-Unis, comme en France, le débat juridique et politique relatif aux traitements préférentiels achoppe sur l'ambivalence fondamentale du caractère « positif » ou « négatif » de toute discrimination.

Si la traduction et l'importation en France du thème et des débats relatifs à l'*Affirmative Action* sous le terme de « discrimination positive » est globalement impropre, il n'en reste pas moins que les discussions et polémiques américaines, sur fond de controverses françaises et américaines concernant les questions du « multiculturalisme » et du racisme, peuvent nous en apprendre beaucoup sur la qualité et la légitimité des interventions publiques « prioritaires » ou « préférentielles », entreprises en directions de population ciblées ou, pour reprendre une autre expression très répandue, de « public cibles ».

Un récent rapport public du Conseil d'Etat remarquait que le droit français devenait de plus en plus familier du contenu du concept de discrimination positive. Remarquant que les pratiques que recouvre ce nouveau terme n'ont rien de véritablement révolutionnaire (la progressivité de l'impôt ou l'accès à l'ENA par la troisième voie pouvant être considérés comme des formes de discrimination positive), le Conseil d'Etat indiquait qu'au principe d'universalité des prestations il convenait de substituer un principe d'équité, une « forme équitable de l'égalité »⁶. Le rapport annuel du Conseil d'Etat, confié à François Stasse a ainsi estimé que l'égalité réelle supposait parfois des inégalités juridiques. Pour lutter contre de « nouvelles inégalités », et faisant référence à la théorie rawlsienne de la justice comme équité, il appuyait les actions spécifiques en direction des plus défavorisés. Il demandait un élargissement du principe d'égalité en le considérant non seulement sous son aspect de l'égalité des droits, tel qu'il a été légué par l'histoire de la République, mais aussi sous l'angle de l'égalité des chances. Il s'agit là de compléter le principe de l'égalité des droits par celui de l'égalité des chances.

Les discriminations positives ne sont donc pas réellement une nouveauté en France. Les mesures baptisées de la sorte appartiennent à un ensemble d'interventions qualifiées de « discriminations justifiées » permettant, par exemple dans le domaine de la fiscalité, une application équitable du principe d'égalité. Elles ajoutent à la redistribution, la dimension de la réparation. Pour Stasse la discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée, qui retient la réduction d'une inégalité comme motif d'intérêt général. Les discriminations positives ont pour objectif fondamental d'enrayer l'aggravation des inégalités. La promotion de l'égalité des chances peut passer par une différenciation des droits dès lors que l'intérêt général résultant de l'objectif de réduction des inégalités rend juridiquement possible une dérogation raisonnable apportée au principe d'égalité des droits.

L'instauration d'une discrimination « positive » peut en ce sens consister à rendre sélectif l'accès aux prestations sociales, c'est-à-dire à donner plus à ceux qui ont moins, et donc - eu égard à certains impératifs de réduction des déficits - à donner moins à ceux qui ont plus. La discrimination positive ne s'inscrit néanmoins pas simplement dans une logique comptable. Elle obéit également à un souci de justice sociale. Elle est le signe de la raréfaction des ressources, mais aussi une logique technique et morale appelant à se concentrer sur « ceux

⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997 ; François Stasse, « Egalité et discriminations positives », *Regards sur l'actualité*, juin 1997, n° 282, pp. 19-25. Pour une critique assez virulente de l'importation faite par le Conseil d'Etat des principes de traitement préférentiel cf. Christian Jelen, « La régression multiculturaliste », *Le Débat*, n° 97, novembre-décembre 1997, pp. 137-143. Jelen, récemment disparu, écrivait qu'il trouvait « inquiétant qu'une mesure, de plus en plus contestée aux Etats-Unis, influence maintenant le Conseil d'Etat, institution vénérable, mais peut-être un peu vermoulue ».

qui en ont réellement besoin »⁷. Les deux ambitions du ciblage sont, pour Volovitch, de « réduire dans un même élan les dépenses et les inégalités ». On basculerait ainsi d'une conception assurancielle de la protection sociale vers un modèle plus solidaire⁸. Relevons que la tendance à se concentrer toujours plus précisément sur « ceux qui en ont le plus besoin » est forte, et de plus en plus prononcée, ou tout du moins annoncée, en France. En témoigne le projet de loi de finances pour 1999 tel que présenté, par exemple, par les services du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité⁹. Depuis une vingtaine d'années les dispositifs dits d'insertion ou de lutte contre l'exclusion se sont multipliés et surajoutés dans une véritable valse de mesures, ciblant toujours plus précisément les publics dont on doit « favoriser » - le mot est caractéristique - l'insertion et/ou la prise en charge. Cette valse des mesures s'est toujours accompagnée en France d'une valse des cibles¹⁰.

Si la notion de « discrimination positive » est maintenant très présente lors des discussions de café, de salon ou de savants, elle constitue certainement un des meilleurs exemples de ces expressions qui, bien qu'utilisées couramment, n'ont jamais fait l'objet d'un effort sérieux de définition ce qui engendre inévitablement un certain nombre de confusions¹¹. Affirmer qu'une discrimination puisse être positive, cela revient à réaliser ce qu'en rhétorique l'on appelle un oxymore, c'est-à-dire à associer deux termes contradictoires au sein d'une seule et même expression, ce qui ne fait qu'ajouter à l'ambivalence de celui-ci. Ensuite il est certain que qualifier une discrimination de positive n'a finalement pas beaucoup de sens puisque toute discrimination revêt fondamentalement à la fois un aspect négatif et un aspect positif, en ce sens qu'une différenciation de traitement s'exerce toujours forcément au détriment d'une catégorie et au profit d'une autre.

La discrimination est un concept à double face en ce sens qu'elle est toujours positive pour celui qui en bénéficie et négative pour celui qu'elle exclut. A priori rien ne permet de distinguer une discrimination positive d'un autre type de discrimination, sauf si l'on prend en considération l'intention avérée du législateur de procéder à une discrimination favorable à une catégorie donnée de personnes physiques ou morales. Par conséquent, en première analyse, on peut définir une discrimination positive comme étant une différenciation juridique de traitement, créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles.

Si la validité de la discrimination positive apparaît nettement dans le droit international et dans le droit constitutionnel des pays européens¹², on repère une abondance de textes législatifs et réglementaires concernant, en France, la discrimination positive quand on recense les différenciations de traitement utilisées par l'autorité normative en fonction de critères comme l'âge, le sexe, l'existence d'un handicap ou la localisation géographique sur

⁷ Pierre Volovitch, « Faut-il cibler la protection sociale sur 'ceux qui en ont réellement besoin' ? », *Droit Social*, n° 9-10, septembre-octobre 1995, pp. 739-743.

⁸ Cf. Nicolas Dufourcq, « Vers un Etat-providence sélectif », *Esprit*, n° 207, décembre 1994, pp. 55-75. Ce dernier texte est repris d'une *Note de la Fondation Saint-Simon*, n° 62, avril 1994.

⁹ Cf. le supplément d'*Acteurs Magazine* (journal du Ministère), n° 28, octobre 1998 où l'on peut lire, dans les titres, « Priorité à la lutte contre l'exclusion », « Au cœur de l'action sociale de l'Etat : des actions en direction de publics spécifiques », « Centrer l'aide publique sur ceux qui en ont le plus besoin ».

¹⁰ Cette « valse des mesures » a été repérée depuis longtemps dans le domaine de l'insertion. Cf. Jacques Bichot, « Insertion professionnelle des jeunes : la valse des mesures », *Droit Social*, n° 11, novembre 1987, pp. 755-758.

¹¹ Cet effort de clarification est proposé par Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *Revue française de droit administratif*, vol. 13, n° 5, septembre-octobre 1997, pp. 906-925. Cet article contient une étude, commandée par l'administration, pour établir les marges de manœuvre des pouvoirs publics en matière de discrimination positive.

¹² Au sujet de l'*Affirmative Action* en Europe, et notamment à travers la décision de la Cour Européenne de Justice, cf. Louis Charpentier, « The European Court and the Rhetoric of Affirmative Actino », Institut Universitaire Européen, Working Paper RSC No 98/30, 1998.

le territoire national. Si l'expression « discrimination positive » n'apparaît que très rarement formellement dans la littérature officielle, il n'en reste pas moins que la notion occupe une place importante au sein du corpus juridique français.

La discrimination positive invite les politiques publiques à mieux « cibler » et, partant, à mieux différencier leurs destinataires (populations ou territoires). Il faut discriminer au profit de ceux qui ont moins. Elle comporte une dimension réparatrice ou restauratrice qui vient compléter les volets redistributeurs et régulateurs de l'Etat providence.

Sur un plan politique le succès de la notion de discrimination positive est parallèle au succès de la notion d'équité, qui a été très en vogue au milieu des années quatre vingt dix. Avant d'en dire un mot, remarquons que c'est surtout en matière de politiques urbaines que la discrimination positive a été formellement discutée. La politique de la ville, en France, s'est développée et renforcée en s'appuyant sur la notion de discrimination positive dite « territoriale »¹³.

La nécessité de prendre en compte la spécificité de certains publics ou territoires a conduit, depuis quelques années, l'administration et le législateur à multiplier les mesures destinées à rétablir une égalité « réelle » face aux inégalités produites par les faits. Les discriminations positives, en France, ont surtout été appréhendées et expertisées à partir de la question territoriale, notamment des zones d'exception fiscale¹⁴.

Récemment le « rapport Sueur » a fortement critiqué le discours sur la discrimination positive territoriale, car il semble doublement faux¹⁵. Tout d'abord c'est un discours dangereux risquant de stigmatiser encore plus les quartiers. Deuxièmement il s'agit seulement de mesures réparatrices. De plus jusqu'à aujourd'hui les pratiques de discrimination positive n'ont pas eu un grand impact. La vraie question est celle du réinvestissement de ces quartiers par les services publics. Ils n'ont pas à bénéficier d'un traitement privilégié, mais d'un traitement normal, pour que le nombre de policiers ou de bureaux de poste par exemple soit au moins à hauteur de la moyenne nationale. Le rapport Sueur plaide donc pour arrêter de parler de discrimination positive - pour une première raison c'est qu'on n'en fait pas... La notion de discrimination positive territoriale, après avoir connu une certaine fortune, est aujourd'hui largement rejetée.

Si on revient à une conception plus large de la discrimination positive il faut noter qu'elle a été rattachée au concept d'équité. Appuyé sur une référence rawlsienne des discours réformateurs récents se sont emparés de ces notions d'équité et de discrimination positive pour tracer des chemins de transformation d'un Etat providence redistributeur incapable de répondre à l'accroissement des inégalités et des phénomènes d'exclusion. L'instauration de discriminations positives est apparue comme une des clés de la modernisation de l'Etat providence et la notion d'équité a connu une vogue sans précédent, nourrissant d'une certaine manière le débat qui a eu lieu lors de la dernière élection présidentielle française. La notion d'équité transforme le principe d'égalité entre « semblables » et institue des différences en consacrant de distinctions de statuts. Le « rapport Minc » est le livre qui s'est

¹³ Pour une analyse critique de la discrimination positive « territoriale », cf. Daniel Béhar, « Entre intégration des populations d'origine étrangère et politique de la ville : existe-t-il une discrimination positive à la française ? », *Hommes & Migrations*, n° 1213, mai-juin 1998, pp. 79-88.

¹⁴ Voir l'article de Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *Revue française de droit administratif*, vol. 13, n° 5, septembre-octobre 1997, pp. 906-925, et le commentaire de cet article par Anne-Marie Le Pourhiet, « Discriminations positives ou injustices ? », *Revue française de droit administratif*, vol. 14, n° 3, mai-juin 1998, pp. 519-525. Anne-Marie Le Pourhiet repère beaucoup de compassion ou d'autocensure politiquement correcte dans la notion de discrimination positive. Selon elle il n'y a pas de discrimination positive ou négative, mais des discriminations tout court. Ce débat n'est qu'affaire de terminologie et de communication. Il s'agit d'un jeu de mots juridiques.

¹⁵ Jean-Pierre Sueur, *Demain, la ville*, Paris, La Documentation française, 1998 (2 tomes).

le plus fortement réclamé de cette inspiration¹⁶. Ce livre, qui a influencé le candidat Balladur et déchaîné les passions, avait engagé le débat égalité équité, en définissant l'équité comme attachée à des mesures de discrimination positive, s'inspirant explicitement du modèle américain de traitement différentiel¹⁷. Les « discriminations positives » en France sont maintenant utilisées dans les débats relatifs à la ville, à la pauvreté, au plafonnement des allocations familiales, ou encore à la parité hommes femmes, en s'accompagnant très souvent de références à l'expérience américaine¹⁸.

D'un point de vue comparatiste, note Calvès, la référence à l'*Affirmative Action* ne « manque pas de sel » car ces politiques apparaissent aux Etats-Unis comme un legs plutôt embarrassant de la Grande Société Johnsonienne. L'*Affirmative Action* est même, selon ses détracteurs, l'exemple d'un archaïsme bureaucratique typique d'un mode de régulation du *Welfare*, inadapté aux réalités du monde économique et, surtout, générateur de graves effets pervers, au premier rang desquels figure, pour reprendre les termes de Calvès, une certaine forme de « balkanisation » du corps social. L'introduction de notions juridiques étrangères à une tradition proprement universaliste a des impacts majeurs. Les débats français sur les inégalités jugées intolérables et sur les traitements différentiels qui sont imaginés pour les corriger sont absolument fondamentaux.

Plus au fond donc, il faut d'abord constater que les mesures françaises dites de discrimination positive n'ont pas la même cible que les mesures américaines d'*Affirmative Action*. Pour le dire vite on peut indiquer que l'*Affirmative Action* est, avant tout, une politique raciale, alors que les discriminations positives, telles que discutées et développées dans l'Hexagone, sont des politiques sociales. Au-delà de toutes les polémiques suscitées par les termes, l'*Affirmative Action*, au sens strict de l'expression, est une politique raciale, qui instaure une préférence raciale. Il s'agit ici d'une définition stricte. Une définition étendue prendrait également en compte les affirmatives actions non raciales comme celles dont bénéficient les handicapés physiques, les anciens combattants ou les femmes.

On peut emprunter à Ronald Dworkin une définition de l'*Affirmative Action* : des programmes « qui visent à accroître la place et le nombre des Noirs et autres minorités dans l'industrie, le commerce et les différentes professions, en leur accordant une forme de préférence s'agissant du recrutement, de la promotion et de l'admission dans les collèges et écoles professionnelles »¹⁹. En pratique, elle recouvre principalement deux types de procédés, quotas et traitements préférentiels, qui concernent en premier lieu les Noirs et les femmes pour s'étendre ensuite aux autres catégories entendues sous le vocable juridiquement incertain de « minorités ».

Dans une appréciation stricto sensu l'*Affirmative Action* est bien une politique raciale. Elle a pour bénéficiaires des individus définis, surtout, à partir de leur « race ». Elle consiste à traiter différemment les individus en fonction de leur couleur de peau, cette différence de traitement devant s'analyser comme une préférence.

Une mesure d'*Affirmative Action* met en scène trois types d'acteurs : les individus auxquels est accordée une préférence, ceux auxquels elle n'a pas été accordée, et ceux au détriment desquels elle s'exerce. Pour ces derniers la mise en œuvre de la mesure préférentielle

¹⁶ Alain Minc, *La France de l'an 2000*, Paris, Odile Jacob, 1994.

¹⁷ Sur le « principe d'équité » tel que formulé par Alain Minc, voir ses deux articles dans *Le Monde* : « Egalité ou équité » (5 janvier 1995), « Encore un effort, monsieur Jospin ! » (3 juillet 1997). Pour quelques critiques virulentes de ces analyses, cf. Jean-Jacques Dupeyroux, « Le rapport Minc, une nouvelle trahison des clercs », *Libération*, 17 janvier 1995 ; Serge Halimi, « Allocations, équité, égalité », *Le Monde Diplomatique*, août 1997, p. 18.

¹⁸ Dans le cas de la parité hommes femmes on peut renvoyer aux propos des débats qui ont eu lieu autour de l'adoption en Conseil des ministres d'un projet de loi constitutionnelle sur cette question (AFP, 17 juin 1998).

¹⁹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

entraîne un préjudice direct, qui leur est imposé du seul fait de leur race. Ils sont, allèguent-ils, victimes d'une « discrimination à rebours », d'un racisme inversé. Au-delà de la question raciale le législateur (français ou américain) dans ses activités avantage, cible, préfère, désigne comme « prioritaire » et donc, indissociablement, lèse, ignore, contrarie, mécontente²⁰.

Au titre de l'*Affirmative Action* l'inspiration et l'objet des discriminations « positives » est radicalement différente de discriminations « négatives » par exemple des instruments d'humiliation, d'oppression ou de ségrégation. Pour autant, comme l'écrit Calvès, « il est indiscutable que la discrimination positive est *formellement homologue* à la discrimination dont elle vise à éradiquer les effets ». Il s'agit bien, dans l'une et l'autre des deux configurations de traiter plus favorablement certains individus, sur le seul fondement de leur couleur de peau.

C'est ce constat d'homologie formelle entre les deux configurations qui constitue le point de départ de la réflexion de Calvès. Elle recouvre des paradoxes troublants. D'un côté les préférences raciales sont inadmissibles, de l'autre elles peuvent être jugées souhaitables en fonction d'un contexte particulier. Les principes absolus de non-discrimination pourraient être relativisés. Où, néanmoins, trouver la clé qui permettrait de distinguer entre discrimination raciale « bénigne » et discrimination raciale « maligne » ?

Il ne pourrait s'agir que d'une ambivalence sémantique. Une discrimination positive serait une discrimination au sens faible, une discrimination négative serait une discrimination au sens fort²¹. Mais Calvès montre bien, dans le cas américain, que l'on ne peut s'en tirer à si bon compte. L'ambivalence de l'expression ne permet pas de séparer une discrimination « positive » d'une discrimination « négative », une discrimination raciale d'une discrimination raciste.

²⁰ Aux Etats-Unis l'analyse de ces répercussions nécessaires de tout traitement préférentiel est faite par WM. Bradford Reynolds, « Affirmative Action and Its Negative Repercussions », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n° 523, septembre 1992, pp. 39-62. Ce texte prend place dans un numéro spécial des AAPSS sur le thème « Affirmative Action Revisited ».

²¹ Cette distinction entre « sens faible » et « sens fort » est empruntée à Danièle Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, n° 11, novembre 1987, pp. 778-790. La discrimination au sens fort est synonyme d'exclusion de personnes ou de groupes définis par des caractéristiques intrinsèques sur lesquelles les intéressés n'ont pas de prise. Cette discrimination est mise hors la loi par la Constitution française et la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais discrimination peut également signifier entorse au principe d'égalité. Elle n'est pas alors comprise ni appréciée dans les mêmes termes.

EN FRANCE : EGALITE ABSOLUE, RELATIVE OU COMPENSATOIRE

Aux Etats-Unis la question des discriminations positives, ou des actions positives, passe par la question raciale et repose sur une réflexion de la Cour suprême en matière de discrimination. En France la question passe par la question sociale et peut être analysée par le prisme du principe d'égalité, lui-même apprécié par le Conseil constitutionnel²². Il est cependant extrêmement difficile, sinon impropre, de comparer la jurisprudence et les analyses des plus hautes instances juridictionnelles françaises et américaines. Le Conseil constitutionnel statue sur les lois avant qu'elles soient promulguées. Aux Etats-Unis c'est lorsque la loi est déjà en vigueur qu'une personne, et non une institution, peut contester sa constitutionnalité. Par ailleurs les tribunaux fédéraux peuvent juger en première instance sur des questions constitutionnelles alors que l'appréciation de la Constitution française reste contrôlée de manière centralisée²³.

Contrairement au cas américain où les distinctions de traitement visent essentiellement à favoriser l'intégration des minorités raciales, les mesures françaises ont surtout pour objectif d'établir une plus grande égalité dans le domaine de l'emploi et en matière fiscale, non seulement, entre les personnes en prenant en compte leur âge, leur sexe, ou l'existence d'un handicap, mais également entre les différentes composantes du territoire national²⁴.

De tous les principes qui constituent le socle du système juridique français, le principe d'égalité est celui auquel il est fait le plus fréquemment référence, que ce soit dans les discours politiques, dans les textes juridiques ou dans les décisions juridictionnelles. Cette référence quasi constante à l'égalité s'explique aisément. L'égalité n'est-elle pas, comme le rappelle le Rapport du Conseil d'Etat, le principe fondateur de la démocratie et de la République, au centre de la devise de la République française ? Le juge administratif français a très tôt consacré l'égalité comme principe général du droit, notamment en matière fiscale (arrêt du Conseil d'Etat du 5 mai 1922). Le juge constitutionnel l'a suivi en élevant l'égalité en principe à valeur constitutionnelle (Décision du 27 décembre 1973 du Conseil Constitutionnel), là encore en matière fiscale. Ce consensus des juges se réalise autour d'une conception abstraite de l'égalité. Le principe d'égalité signifie alors, de façon très banale et très simple, que la règle de droit d'une part s'applique à tous de la même manière, d'autre part ne doit pas établir de distinctions entre les individus ou les situations auxquelles elle s'applique. Le sens donné à l'égalité est clair : l'égalité prohibe toute différence de traitement, l'égalité prohibe toute discrimination de quelle que nature que ce soit.

Le principe d'égalité semble interdire toute discrimination positive ou négative, faisant obstacle à toute distinction entre les individus. Il est alors permis de parler d'une conception absolue de l'égalité, dans laquelle l'élément objectif ne peut qu'être prépondérant. En effet, l'auteur des règles de droit est contraint de ne poser que des règles qui s'appliquent à tous de façon identique, sans pouvoir déroger au caractère universel de leur application. Quant au juge, son office est des plus réduits puisqu'il ne sanctionne que les ruptures les plus flagrantes à ce principe. Cette conception absolue de l'égalité a été vivement critiquée au point d'être qualifiée de formelle, au motif qu'elle ne prenait pas en compte les réalités économiques et sociales.

²² Pour une analyse complète cf. Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.

²³ Sur la Cour suprême et le droit constitutionnel américain, cf. le dossier « Droit constitutionnel des Etats-Unis », de la *Revue française de droit constitutionnel*, n° 34, 1998, pp. 227-314.

²⁴ Cette partie sur la discrimination positive à la française s'inspire de Jacques Buisson, « Principe d'égalité et discriminations positives », *Revue française de Finances Publiques*, n° 63, septembre 1998, pp. 37-46.

Or les réalités économiques et sociales se caractérisent autant par une diversité de situations que par des particularismes et ont pour corollaire des inégalités de fait. Le juge, à l'instar du législateur, ne pouvait rester insensible à ces critiques. En conséquence, tout en maintenant la conception absolue de l'égalité, il a été conduit à en altérer le sens originel en lui conférant plusieurs significations. C'est donc un principe d'égalité polymorphe que le juge a finalement construit. A la conception de l'égalité absolue, qui avait le mérite de la clarté, il a apporté successivement deux atteintes qui ont quelque peu brouillé les contours du principe initial dans la mesure où cette fois-ci elles impliquent une plus grande part de subjectivité.

La première atteinte a consisté à admettre qu'à côté d'une égalité absolue pouvait exister une égalité relative. Dans cette perspective, le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles. Corrélativement des normes différentes peuvent s'appliquer à des situations différentes.

La seconde atteinte a conduit à rapprocher l'égalité de l'équité, à l'effet d'aboutir à une égalité compensatoire. L'idée sous-jacente à cette conception est la suivante : l'équité impose que soit rompue l'égalité des droits pour rétablir une égalité des chances au profit d'individus ou de groupes sociaux défavorisés. La règle juridique peut donc créer des inégalités de droit pour permettre d'atteindre une égalité de fait. Ces inégalités de droit constituent des discriminations positives en tant qu'elles cherchent à rétablir l'égalité là où elle a disparu.

L'interprétation générale du principe d'égalité oscille donc désormais entre ces deux derniers sens : égalité relative et égalité compensatoire.

Les discriminations positives dont la constitutionnalité a été évaluées se sont surtout développées en matière fiscale à partir des années 80, par le biais de la création de zones d'exception fiscale. Il s'agit tout d'abord de l'ordonnance du 15 octobre 1986, prise sur le fondement de la loi d'habilitation du 2 juillet 1986 qui crée des « zones d'entreprises » dans les bassins d'emploi des villes de Dunkerque, de La Ciotat et de La Seyne-sur-Mer. Il s'agit ensuite de la loi d'orientation pour la Ville du 13 juillet 1991 qui autorise les communes à exonérer de taxe professionnelle les créations ou extensions d'entreprise. Mais il s'agit surtout de deux lois postérieures : la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995 (dite loi Pasqua) et de la loi du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du Pacte de Relance pour la Ville. Ces deux dernières lois ont institué le zonage compliqué de la politique de la ville (ZUS, ZRU, ZFU) et sont à la base de la discrimination positive dite territoriale. Cette politique du zonage se traduit par la mise en œuvre de moyens juridiquement dérogoratoires au droit commun. C'est autour de ces deux dernières lois que le débat a été fortement suivi sur la question de savoir si l'autorité normative peut valablement déroger au principe constitutionnel d'égalité en créant des inégalités de droit afin de parvenir à une véritable égalité de fait.

La plupart de ces textes ont été déférés au Conseil constitutionnel qui, lorsqu'il en a été saisi, les a déclarées conformes à la Constitution. A suivre le Conseil constitutionnel les discriminations positives sont admises en matière fiscale, dès lors qu'elles poursuivent un but d'intérêt général. Ce but d'intérêt général présente l'inconvénient d'être relativement elliptique. Par ailleurs la conformité à la Constitution des discriminations positives ainsi créées est admise au motif que les exonérations d'impôts ne sont que limitées dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire au motif qu'elles ne sont que temporaires et seulement applicables à certaines parties du territoire.

L'INSTITUTIONNALISATION DE L'AFFIRMATIVE ACTION AUX ETATS UNIS : UNE AFFAIRE POLITIQUE

Pour revenir aux Etats-Unis insistons tout d'abord, avec Calvès, sur les origines ambiguës de l'*Affirmative Action*, produit d'initiatives diverses et dont l'enracinement résulte d'un consensus qui s'est progressivement dégagé entre un législateur initialement réticent (voire hostile), des juges fédéraux globalement favorables à cette évolution et une administration dont l'activisme n'a jamais été freiné par des Présidents silencieux (Nixon), embarrassés (Carter) ou encore ennemis jurés des traitements préférentiels (Reagan et Bush).

L'*Affirmative Action* désigne, à l'origine, des mesures dont l'objectif est de garantir le principe de non-discrimination. Avec le temps elle viendra, tout au contraire, désigner des mesures de traitements préférentiels. Il s'agit là, pour reprendre l'expression de Skrentny, de la plus grande « ironie » de l'*Affirmative Action*²⁵.

Calvès montre que l'institutionnalisation des traitements préférentiels n'est pas née d'une volonté politique affirmée ni d'une stratégie suivie. Elle est en partie le produit du fonctionnement de l'administration chargée de mettre en œuvre les normes prohibant la discrimination. Ce processus est aussi complexe et délicat à comprendre, qu'il est difficile de saisir la bureaucratie opaque qui s'est développée, avec ses agences et ses services, pour faire appliquer les textes. L'*Affirmative Action* s'est lentement affirmée, mais dans la confusion, le bricolage et l'opacité. Au plan de sa mise en œuvre il n'est même pas certain qu'on puisse voir une « politique » dans cet ensemble de mesures qui n'est soutenu par aucun projet cohérent, et dont le développement largement empirique n'a jamais été revendiqué ni même discuté par des responsables élus.

L'*Affirmative Action*, « fruit des amours improbables du cynisme Nixonien et de l'activisme administrato-judiciaire » a été progressivement érigée en question de société débattue avec virulence et polémique. La discussion sur les traitements préférentiels en est venue à figurer au premier rang des débats sur les idéaux éthiques de justice et d'égalité. L'*Affirmative Action*, établissant des classifications raciales dans une société d'égaux qui a priori les prohibe complètement, a fini par se retrouver au cœur de la vie politique américaine. L'institutionnalisation de pratiques préférentielles dans les entreprises et de politiques publiques d'intégration prioritaire dans les universités, constituent désormais des enjeux politiques majeurs.

L'expression *Affirmative Action* apparaît quasi simultanément au milieu des années 60 dans deux textes qui marquent l'aboutissement de la lutte pour l'égalité professionnelle²⁶. Ces textes, toujours en vigueur, constituent les piliers du dispositif de répression de la discrimination raciste et sexiste en matière d'emploi.

- ♦ Il s'agit, d'une part, du titre VII de la loi de 1964 préparée par l'administration Kennedy, relative aux droits civiques qui confère au juge le pouvoir d'ordonner une *Affirmative Action* qui rétablira dans ses droits la victime d'une pratique discriminatoire. L'*Affirmative Action* est parfois même appelée « titre VII »²⁷. Toutefois, en permanence, les auteurs qui en sont partisans demandent une clarification. Ils relèvent que la législation sur les

²⁵ John D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture and Justice in America*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

²⁶ L'expression *Affirmative Action* a déjà été utilisée dans les années 30, mais cette fois-ci au sujet de la discrimination dont pouvaient être victimes les membres d'un syndicat. Cf. Pierre Guerlain, « Une ruse de la déraison : l'action positive américaine », *L'Homme et la Société*, n° 125, juillet-septembre 1997, pp. 5-16.

²⁷ Cf. Deborah A. Ballam, « Affirmative Action : Purveyor of Preferential Treatment or Guarantor of Equal Opportunity ? A Call for a 're-visioning' of Affirmative Action », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 18, n° 1, 1997, pp. 1-29.

droits civiques visait à éliminer la discrimination à l'encontre des femmes et des minorités raciales et qu'avec le temps le titre VII et son interprétation en sont venus à créer un climat de polémique sur fond d'échec des politiques.

- ♦ Il s'agit, d'autre part, du décret présidentiel 11-246 du 25 septembre 1965 imposant aux entreprises cocontractantes de l'Etat fédéral d'entreprendre une *Affirmative Action* par laquelle elles s'engagent à ne pas se rendre coupables de discrimination. Aux termes de l'*executive order* 11-246 tous les contrats fédéraux devront comporter une clause stipulant que « Le cocontractant ne discriminerà pas à l'encontre d'un employé ou d'un candidat à un emploi en raison de la race, des croyances, de la couleur ou de l'origine nationale. Le cocontractant entreprendra une *Affirmative Action* pour garantir que les postulants seront embauchés, et que les salariés seront traités sans égard à leur race, croyance, couleur ou origine nationale ».

La première disposition est « restauratrice » car elle vise à rétablir la victime dans ses droits, en ordonnant par exemple à l'employeur de lui accorder le poste ou la promotion arbitrairement refusés. Dans le deuxième cas l'*Affirmative Action* ne peut consister à accorder une « préférence » à un individu en raison de son sexe ou de sa race. En dépit d'une légende tenace ce texte ne constitue nullement l'acte de naissance de l'*Affirmative Action* au sens contemporain du terme. L'*Affirmative Action* telle que consacrée par les textes de 1964 et 1965 vise à garantir le respect du principe de non discrimination. Ils ne vont pas dans le sens de la mise en œuvre d'actions préférentielles.

La finalité du dispositif juridique dans lequel s'inscrit à l'origine l'*Affirmative Action* est l'élimination des pratiques discriminatoires concrètes, ponctuelles, intentionnelles, imputables à un agent clairement identifié. L'*Affirmative Action* est destinée à réprimer et/ou prévenir une faute et à réparer et/ou éviter un dommage. Dans les deux cas l'*Affirmative Action* est, comme le principe de non-discrimination auquel elle est subordonnée, aveugle à la couleur de peau (color-blind). Elle ne vise pas à aider tel ou tel groupe, mais à clarifier le fonctionnement d'un marché de l'emploi qui n'est pas encore effectivement normé par la seule prise en considération des mérites et talents individuels. La suppression des barrières discriminatoires était alors envisagée comme pouvant conduire à la fin de la discrimination réelle. Il s'agissait peut-être d'un exemple de l'optimisme juridique américain. En tout cas il y avait un quasi-consensus pour refuser les quotas « raciaux ». Les hommes politiques qui pouvaient en mentionner l'idée risquaient d'ailleurs alors la mort politique. Ce quasi consensus n'a pas disparu puisque, selon des sondages concordants, la majorité des Américains s'est toujours opposée aux « traitements préférentiels » ou quotas alors qu'elle affiche toujours son accord pour des interventions publiques qui viendraient aider les minorités et les défavorisés. L'étude de l'opinion américaine vis-à-vis des programmes d'*Affirmative Action* montre d'ailleurs des constantes : soutien des Noirs, rejet des Blancs, et une opposition qui reste majoritaire, tous groupes confondus, ces programmes heurtant les convictions individualistes des Américains²⁸. En fait l'*Affirmative Action*, telle qu'elle s'est développée depuis la fin des années 60, en recourant aux quotas et aux classifications raciales, s'est imposée sans réelle production démocratique, sans appui ou opposition forte du Président, et contre l'opinion majoritaire²⁹.

²⁸ Voir par exemple Charlotte Steeh, « Affirmative Action and the Public », *Public Opinion Quarterly*, vol. 60, n° 1, 1996, pp. 128-158.

²⁹ Voir Pierre Guerlain, « Une ruse de la déraison : l'action positive américaine », *L'Homme et la Société*, n° 125, juillet-septembre 1997, pp. 5-16 ; John D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture and Justice in America*, Chicago, Chicago University Press, 1996 ; Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race and Affirmative Action*, New York, BasicBooks, 1996. Guerlain note que les anciens combattants ont, eux, bénéficié de programmes d'action préférentielle, affichés comme tels et soutenus par la majorité des Américains qui y voyaient peut-être une récompense pour des soldats héros.

Le mouvement des droits civiques qui visait à la déracialisait de l'Amérique semblait victorieux au début des années 60 avec l'adoption de lois antidiscriminatoires. Le *Civil Rights Act* de 1964 réaffirme et renforce dans son titre VII le principe de l'interdiction des discriminations, pénalisant toute forme de discrimination liée « à la race, à la religion, au sexe ou à l'origine nationale d'un individu ». Paradoxalement, c'est au moment même où les efforts conjugués de la loi et de la jurisprudence font prévaloir le principe de l'égalité formelle qu'émerge une idée apparemment contradictoire. Le 4 juin 1965, dans un discours célèbre prononcé à l'Université Howard, le Président Lyndon Johnson développe une métaphore qui veut donner un fondement à l'*Affirmative Action*. Soit un homme qui a passé des années enchaîné. Vous le libérez et le conduisez au départ d'une course en lui disant « vous êtes libre de participer avec les autres » : pouvez vous en conclure que vous avez été « parfaitement équitable ». Johnson déclarait également que « rien dans aucun pays ne nous touche plus, rien n'est plus chargé de sens pour notre destin, que la révolution des Noirs américains. A de trop nombreux égards les Noirs américains ont été une autre nation : privés de liberté, paralysés par la haine, les portes de l'opportunité fermées à l'espoir ». Il ajoutait « Nous ne cherchons pas seulement la liberté, mais l'opportunité - pas seulement l'égalité comme un droit ou une théorie, mais l'égalité comme un fait »³⁰.

Dans ce sens, des directives fédérales vont alors inverser la logique de l'interdiction des discriminations en enjoignant aux employeurs de recruter des personnes issues des minorités, y compris en l'absence de discrimination constatée à leur encontre. Certains auteurs rappellent l'opposition, à l'époque, des premiers leaders du mouvement des droits civiques, dont Martin Luther King, à l'*Affirmative Action* comme opposition à leur objectif d'une société racialement neutre³¹. Notons qu'en 1963, selon les termes de Martin Luther King, l'Amérique refusait de juger les gens « selon leur personnalité », mais le faisait « selon la couleur de leur peau ». L'objectif de King était bien que l'on ne juge plus ni n'observe en fonction de la couleur de peau. Trente ans plus tard l'*Affirmative Action* est devenue une vaste bureaucratie qui définit, classe, compte en fonction de critères raciaux, sexuels, culturels, nationaux et linguistiques, et ce en parfaite contradiction avec les ambitions initiales des mouvements de lutte contre la ségrégation et la discrimination.

En 1966 le *Department of Labor* a commencé à utiliser des classifications raciales dans ses dossiers pour déterminer si les pratiques discriminatoires à l'embauche avaient disparu. Ce premier déplacement était déjà un virage à 180 degrés puisque les défenseurs des droits civiques avaient toujours réclamé la « *color blindness* » (l'indifférence à la couleur de peau), et que l'*Affirmative Action* devenait de la sorte « *color consciousness* » (conscience de la couleur de peau). Le terme *Affirmative Action* renvoyait donc au contraire de ce qu'il voulait dire au début des années soixante. D'une logique de lutte juridique et politique pour la justice, le système de l'*Affirmative Action* est passé à une logique de classification raciale pour établir l'égalité entre divers groupes. De la volonté de minorer les références à l'appartenance raciale, l'Amérique est passée à un système impliquant l'obsession de la race³².

C'est par le poids du contexte, dont il ne faut pas oublier qu'il a été marqué dans les années 60 par les coûts de la guerre du Vietnam et des émeutes sans précédents dans les ghettos et quartiers noirs, que l'*Affirmative Action* a dépassé le principe de non-discrimination. Avec le lancement de la Grande Société Johnsonienne et de la guerre contre la pauvreté le principe de non-discrimination sera amené à être complété par un nouvel objectif :

³⁰ On peut trouver le texte de ce discours, « To Fulfill these Rights », in George E. Curry (dir.), *The Affirmative Action Debate*, Reading, Addison-Wesley Publishing Company, 1996, pp. 16-24.

³¹ Cf. John D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture and Justice in America*, Chicago, Chicago University Press, 1996

³² Ce paragraphe est tiré de Pierre Guerlain, « Une ruse de la déraison : l'action positive américaine », *L'Homme et la Société*, n° 125, juillet-septembre 1997, pp. 5-16.

l'intégration sociale et économique des Noirs. Des mécanismes correcteurs sont affichés comme nécessaires pour permettre des « opportunités égales » autorisant la juste rétribution des mérites individuels.

Proclamé sous les auspices d'un glorieusement optimiste « nous, le peuple des Etats-Unis », la Constitution de 1787 a été amendée, critiquée, reprise, utilisée pour tenter d'affirmer les idéaux de l'Amérique et dépasser ses contradictions. Les techniques de l'*Affirmative Action* ont été élaborées parce qu'il a été admis, à travers une jurisprudence aux fondements fragiles, que l'on pouvait tenter de lutter contre les discriminations par un traitement préférentiel des citoyens. Les débats sur ces techniques sont nés à un moment où se sont rencontrés un consensus sur les valeurs fondatrices et les déchirures d'une société qui n'en a jamais tout à fait fini d'effacer les taches de l'esclavage³³.

³³ Les remarques de ce paragraphe proviennent de Pierre Bouretz, « L'*Affirmative Action* ou les infortunes de l'égalité », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, pp. 115-128.



LA QUESTION DE L'INTEGRATION RACIALE ET LA RECOMPOSITION DES FORCES POLITIQUES

La question de l'intégration raciale, de l'égalité entre les « groupes raciaux », a constitué un pivot du mouvement de recomposition des forces politiques dans la deuxième partie du siècle. L'engagement du parti démocrate en faveur du démantèlement de la ségrégation institutionnelle lui a valu, dès 1948, la perte d'une partie de son électorat populaire : les Blancs du Sud. Ce mouvement de désaffection atteint, au cours de la seconde moitié des années soixante et tout au long de la décennie suivante, les ouvriers et les petits cols blancs du Nord. Les bases mêmes de la coalition héritée du New Deal sont ainsi ébranlées. En outre c'est bien la question raciale qui, dans une large mesure, a provoqué le basculement d'anciens libéraux vers le conservatisme au début des années 1980 par un phénomène de « retour de bâton ». Cette image renvoie au brutal changement d'attitude de groupes qui avaient soutenu la lutte des Noirs pour l'égalité des droits, mais qui refusent sa transformation en combat pour l'accès à de meilleures écoles, de meilleurs emplois, de meilleures conditions de vie. L'objectif d'intégration raciale, du fait de ses modalités de mise en œuvre supposant une intervention massive des pouvoirs publics, a suscité un « choc en retour » dont les conservateurs ont su tirer le bénéfice électoral. La question de l'intégration raciale a entraîné un bouleversement de la logique des affiliations partisans. L'*Affirmative Action* s'est ainsi retrouvée au centre des passions politiques alors que les principes qu'elle promeut et les objectifs qu'elle se donnait à l'origine étaient largement acceptés.

L'*Affirmative Action* est même devenue l'emblème d'une bureaucratisation excessive, cible privilégiée des partisans du moins d'Etat. La justice sociale en est même venue à être décodée comme « équité », quota racial. Pour désigner l'*Affirmative Action* ses adversaires parlent systématiquement de « quotas ». Sur la scène politique, la dénonciation du quota vaut dénonciation de « l'arbitraire administratif » et de la « société planifiée » des ingénieurs sociaux. Le mot « quota » permet d'évoquer l'image de biens artificiellement soustraits à la compétition (contrats publics, places à l'Université, emploi, etc.), et donc retirés aux individus méritants pour être accordés à des incompetents. La question sociale, aux Etats-Unis, en est venue à être une question presque exclusivement raciale³⁴. La controverse s'est toujours renforcée sans qu'aucune présidence ne démantèle ni ne consolide formellement le dispositif préférentiel en faveur des minorités et des femmes.

Les programmes d'*Affirmative Action* se sont mis en place progressivement grâce à l'action d'administrations à la recherche de dispositifs pragmatiques et quantifiables permettant de répondre aux commandes politiques floues et aux constats de la persistance du racisme et de la discrimination.

Les différents présidents américains n'ont en réalité jamais tranché. Nixon, qui lui était pourtant hostile sur le principe, a par stratégie politique laissé se mettre en place l'*Affirmative Action*³⁵. Paradoxalement, ou ironiquement, c'est sous la Présidence Nixon que l'*Affirmative Action* s'est véritablement institutionnalisée. Nixon, en effet, trouvait là un moyen de mettre en difficulté ses adversaires démocrates. Reagan s'est affiché comme opposé aux quotas et à tous les programmes d'aide sociale, mais il s'est gardé de toucher aux quotas et, comme Nixon, a pratiqué une tactique visant à déstabiliser les démocrates. Plus tard le président Bush a repris la rhétorique antiquotas mais a signé le Civil Rights Act de 1991 qui n'y mettait pas fin. Clinton, quant à lui, a déclaré en 1992 lors de sa campagne présidentielle que son cabinet ressemblerait à l'Amérique sur le plan ethnique et sexuel. A priori favorable à

³⁴ Cf. Jill Quadagno, *The Color of Welfare*, New York, Oxford University Press, 1995.

³⁵ Voir les analyses d'un constitutionnaliste favorable à l'*Affirmative Action*, Michel Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991. Voir également l'entretien avec Rosenfeld, in *Le Monde*, 21 janvier 1997. Dans son livre de 1991 l'auteur recense toutes les significations différentes, polémiques ou contradictoires de la notion.

l'*Affirmative Action*, c'est pendant ses mandats qu'elle recevra les plus fortes attaques juridiques. En tout état de cause Clinton a pris clairement position pour l'*Affirmative Action*, mais rénovée. Son slogan en juillet 1995 était simple : « corrigeons-la, mais ne l'abandonnons pas »³⁶. Plus récemment, en décembre 1997, lors d'un forum public original sur la question raciale il a encore pris la défense de l'*Affirmative Action*³⁷. Globalement les minorités, et surtout les Noirs, sont favorables aux mesures d'*Affirmative Action*. Par ailleurs les électeurs de ces minorités constituent l'électorat traditionnel du parti démocrate. Aux élections de novembre 1998 ce sont ces votes qui ont permis le succès, inattendu, du Parti Démocrate³⁸.

Au fond du débat la question n'est pas simplement tranchée. Des auteurs proches du parti démocrate ont ainsi pu formuler des thèses diamétralement opposées sur le bien-fondé des traitements préférentiels : par exemple Andrew Hacker et William Julius Wilson. Le premier considère que l'*Affirmative Action* constitue le seul et unique moyen pour les minorités de surmonter les séquelles de la discrimination et d'accéder au marché de l'emploi sans risquer d'y être broyées³⁹. Dans cette perspective le constat est qu'appartenir à une minorité raciale, et particulièrement à la minorité noire, revient statistiquement à faire partie d'un groupe économique défavorisé. Passer de mesures d'*Affirmative Action* ciblées sur la race à des politiques de cécité à la couleur reviendrait en réalité à éliminer les minorités. Le livre de Hacker rend compte des difficultés pour les Blancs et les Noirs à profiter pleinement du rêve américain. Constatant la persistance du racisme, plus d'un siècle après l'abolition de l'esclavage, Hacker (qui est blanc) se montre partisan d'une politique fondée sur la race. Il s'agit, selon lui, pour les Blancs d'une obligation morale.

Dans la perspective à laquelle appartient Hacker de nombreux travaux ont été élaborés en insistant sur le caractère intrinsèquement et profondément raciste du droit américain. Celui aurait été élaboré comme un moyen d'oppression des minorités et continuerait à être développé de manière à maintenir la domination d'une élite blanche. Les auteurs qui s'inscrivent dans cette perspective analysent les critiques vis-à-vis des mesures d'*Affirmative Action* comme la résultante d'une conspiration conservatrice visant à détruire l'Etat providence et à établir une sorte de nouvel apartheid officiel aux Etats-Unis. Ils considèrent que l'*Affirmative Action* doit obligatoirement être maintenue, voire renforcée, ceci au risque de conséquences terribles, voire apocalyptiques pour une société américaine qui s'engagerait de façon plus prononcée encore dans des conflits ethniques violents⁴⁰.

De l'autre côté William Julius Wilson est un des principaux tenants de la thèse d'une « déracialisation » de l'*Affirmative Action*, dont il considère qu'elle a globalement échoué⁴¹. Son rôle redistributeur serait quasi-nul. Elle profite essentiellement à la couche

³⁶ *Le Monde*, 22 juillet 1995. Le propos original est « We need to mend (...) but not to end it ». Il s'agit d'une voie plus générale, toujours en quête de synthèse, choisie par le candidat Clinton lors de la campagne présidentielle de 1996. Cf. Bill Clinton, *Between Hope and History. Meeting America's Challenges for the 21st Century*, New York, Random House, 1996.

³⁷ *International Herald Tribune*, 5 décembre 1997.

³⁸ Cf. Dennis Farney, « Minorities in US Help Democrats Prevail in Polls », *Wall Street Journal Europe*, 6 novembre 1998.

³⁹ Cf. Andrew Hacker, *Two Nations. Black and White, Separate, Hostile, Unequal*, New York, Charles Scribener's Sons, 1992.

⁴⁰ Dans cette veine Cf. Richard Delgado, *The Coming Race War ? An Other Apocalyptic Tales of America After Affirmative Action and Welfare*, New York, New York University Press, 1996. Andrew Hacker préface ce livre d'un professeur de droit qui considère par exemple que seuls des juges issus des minorités peuvent réellement protéger les droits des minorités.

⁴¹ Wilson, très écouté de l'administration démocrate, a affirmé dès 1978 que les facteurs raciaux avaient cédé le pas en importance aux problèmes économiques ainsi qu'aux questions de classe. Cf. *The Declining Significance of Race. Blacks and Changing American Institutions*, Chicago, Chicago University Press, 1978 ; *The Truly Disadvantaged*, Chicago, Chicago University Press, 1987 ; *When Work Disappears. The World of the New Urban Poor*, New York, Knopf, 1996

supérieure du groupe défavorisé, c'est-à-dire à ceux qui n'avaient nul besoin d'*Affirmative Action* pour s'intégrer, disposant dès le départ des atouts nécessaires pour, une fois levées les barrières de la discrimination, concourir avec les Blancs sur un pied d'égalité. Bénéficiant surtout aux membres de la bourgeoisie, l'*Affirmative Action* laisse entier le problème crucial de la dérive économique et social des ghettos. Moyennant quoi Wilson qui se définit comme « social-démocrate à l'européenne » prône l'instauration d'un « Etat-providence universel » dont le fonctionnement reposerait sur des critères socio-économiques et non pas raciaux. L'objectif affiché du système serait de permettre aux plus défavorisés de sortir de la marginalité, mais son objectif caché (*hidden agenda*) viserait à venir en aide aux minorités, étant entendu que leurs membres en retireraient des bénéfices proportionnellement très supérieurs. Une telle approche, dont Bill Clinton s'est inspiré pour élaborer sa campagne de 1992, permettrait par surcroît de reconstituer autour d'un projet commun la coalition roosveltienne largement fissurée par les traitements préférentiels fondés sur la race.

Avec Wilson un certain nombre d'auteurs américains soutiennent qu'il faut passer de traitements préférentiels axés sur la race à des traitements préférentiels fondés sur la classe. Il s'agit pour eux de substituer des facteurs d'analyse sociale à des critères raciaux pour assurer un meilleur accès aux personnes défavorisées dans les universités et aux emplois publics. Cette approche a la faveur de la majorité des Américains qui valorise très fortement l'égalité des chances par rapport à l'égalité des résultats⁴².

Constatant que le propos original de l'*Affirmative Action* s'est transformé dans les années soixante dix et que les traitements préférentiels reposant sur la race se sont institutionnalisés alors qu'ils étaient envisagés à l'origine comme provisoire et transitoire, les auteurs sont de plus en plus nombreux à écrire que le passage d'un modèle d'*Affirmative Action* assis sur la race, à un modèle s'intéressant aux classes, est nécessaire⁴³.

⁴² Cf. Seymour Martin Lipset, *American Exceptionalism. A Double-Edged Sword*, New York, W. W. Norton, 1996.

⁴³ Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race and Affirmative Action*, New York, BasicBooks, 1996

LES PROBLEMES DU « WAGON DE QUEUE » ET DE LA « COMPETITION DES VICTIMES »

La mesure des effets réels, tant économiques que politiques, des mesures d'*Affirmative Action*, reste toujours sujette à controverse. En toute hypothèse le débat demeure centré sur un problème qu'on pourrait désigner, de manière métaphorique, comme le « problème du wagon de queue »⁴⁴.

Si les minorités et, dans une moindre mesure, les femmes, forment le dernier wagon du train de la croissance, du progrès ou du « rêve américain », comment modifier l'ordonnement du train sans ralentir sa course ? Ainsi formulé le problème regarderait les techniciens et les experts de l'ingénierie sociale. Mais il touche à une question plus profonde. L'*Affirmative Action* est une politique fondée sur le groupe : la seule appartenance au groupe cible ouvre des droits à l'individu - doit à une préférence « réparatrice », même s'il n'a jamais été personnellement victime d'une discrimination ; droit à une préférence « redistributrice », quand bien même sa position sociale serait plus enviable que celle de ses compétiteurs. La nature du critère pose problème. Race et sexe peuvent-ils au même titre que les habituelles conditions d'âge, de diplôme ou de nationalité, être officiellement utilisés comme critères de catégorisation des individus ? Une réponse serait de tableur, à l'instar de Ronald Dworkin, sur le caractère intrinsèquement transitoire de politiques fondées sur le groupe, « mal nécessaire », qui pourrait accoucher demain d'une société « *color-blind* ».

Certains auteurs mettent l'accent sur le caractère profondément irréaliste ou naïf d'un tel calcul. Toute politique visant à répartir des avantages et des bénéfices tend à s'institutionnaliser, ses bénéficiaires en venant invariablement à la considérer comme un droit acquis. Sur cette dynamique se greffe un second mouvement, tout aussi inéluctable, de mobilisation politique visant à élargir ou réorienter la politique préférentielle, cette mobilisation provoquant des regroupements raciaux. On aboutit ainsi à l'inverse de l'objectif recherché : le renforcement du poids de la race dans la sphère publique et les perceptions sociales.

Pour d'autres auteurs il n'est même pas besoin d'évoquer les effets pervers des politiques fondées sur la race : c'est dans leur principe même qu'elles doivent être condamnées. En officialisant l'existence de distinctions raciales, l'Etat légitime une vision du genre humain dont les meilleurs spécialistes restent quand même les racistes, dont on sait qu'ils « consacrent leur vie à l'étude du problème ». Faudra-t-il les citer comme experts dans ces procès où il s'agit de déterminer la « vraie race » d'un individu ? A la Cour Suprême les juges les plus hostiles à l'*Affirmative Action* iront jusqu'à suggérer au gouvernement de s'inspirer, pour plus de « scientificité », des lois de Nuremberg.

Si même il était possible de faire abstraction des connotations véhiculées par la notion de race, il n'en demeurerait pas moins que ce critère renvoie à une caractéristique sur laquelle l'individu n'a pas de prise. Les bénéficiaires de l'*Affirmative Action* sont définis à partir d'une affiliation imposée, d'un véritable statut. L'*Affirmative Action* sape ainsi les bases d'un contrat social fondé sur l'individu. Elle opère un retour à une vision organique de la société. Les « droits du groupe » qu'elle entérine n'ont plus rien de commun avec les droits collectifs qui, selon la conception libérale, ne visent qu'à protéger le droit de chacun à s'associer,

⁴⁴ Melvin I. Urofsky, *A Conflict of rights. The Supreme Court and affirmative action*, New York, Charles Scribner's sons, 1991. Ce problème peut aussi être désigné comme celui du changement d'ordre dans une file d'attente. A partir du moment où les priorités sont controversées et que des bureaucraties sont mises en place pour tenter de les faire respecter sans que les résultats en soient flagrants la question revient à se demander s'il n'est pas absurde de passer plus de temps à réorganiser une file d'attente qu'à en réduire la longueur. Voir par exemple les conclusions du séminaire de Bruges sur les parcours d'insertion en octobre 1997, telles que présentées dans *FSE InfoRevue*, n° 5, mai 1998, pp. 9-10. Il s'agit du bulletin d'information du Fonds social européen.

librement et volontairement, avec d'autres. Les traitements préférentiels qu'ils soient fondés sur la race, le sexe mais aussi sur l'âge sont présentés comme un défi à l'individualisme qui fonde le droit, l'Etat et la société des Modernes. A cet égard le débat sur l'*Affirmative Action* s'inscrit au cœur de l'importante réflexion relative au statut de la « communauté » dans la société contemporaine.

L'actualisation du traditionnel « dilemme américain »⁴⁵ par l'*Affirmative Action* est un dilemme de « choix de la victime »⁴⁶. Le problème de la culpabilité et de la dette est une des clés du rapport de force entre les groupes raciaux. Quels sont les groupes auxquels un passé de victimes donne des droits sur l'avenir ? Qui doit payer pour les crimes commis autrefois ? Ces « questions obsessionnelles » qui donnent lieu à d'étonnantes manifestations de « victimologie comparée », érigent le problème de la culpabilité en véritable enjeu de pouvoir.

Le cas de l'*Affirmative Action* est à cet égard paradigmatique. Le statut de victime ouvre des droits, accorde des priorités, confère des avantages. Ce statut âprement discuté, peut être accordé ou refusé aux bénéficiaires de l'*Affirmative Action*, selon qu'on accepte ou non de voir en celle-ci un dédommagement dû aux victimes de la discrimination. Il peut, alternativement, être revendiqué par les individus lésés par les mesures préférentielles, qui s'estiment victimes d'une discrimination à rebours. L'*Affirmative Action* peut être envisagée comme un dédommagement dû aux victimes de la discrimination. En ce sens l'*Affirmative Action* répond à une exigence de justice : la société américaine doit réparation à tous les Noirs pour les souffrances endurées pendant des siècles. La force de l'argument s'est cependant considérablement atténuée au fil du temps. La justification réparatrice de l'*Affirmative Action* a d'abord été battue en brèche par la manière même dont le phénomène s'est institutionnalisé. Une réparation n'est-elle pas, par nature, ponctuelle ? La bourgeoisie noire n'est-elle pas en train d'ériger l'*Affirmative Action* en rente de situation ? A partir de quand et selon quels critères estimera-t-on que le mal commis a été « réparé » ?

La justification réparatrice a été érodée par un mouvement de réévaluation du concept d'*Affirmative Action*. La défense de l'*Affirmative Action* repose désormais, simultanément et alternativement, sur un constat historique (les Etats-Unis ont été un pays raciste et sexiste) et sur un constat sociologique (les Etats-Unis demeurent un pays raciste et sexiste). Dans cette perspective les traitements préférentiels constituent une réparation pour la discrimination passée et/ou un contrepois à la discrimination présente.

⁴⁵ L'expression célèbre provient du titre du livre de Gunnar Myrdal (avec Richard Sterner et Arnold Rose), *An American Dilemma : The Negro Problem and Modern Democracy*, New York, Harper Brothers, 1944. Voir également Obie Clayton (dir.), *An American Dilemma Revisited : Race Relations in a Changing World*, New York, Russel Sage Foundation, 1996.

⁴⁶ Voir, dans le domaine de la mémoire, les réflexions de Jean-Michel Chaumont, *La Concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, Paris, La Découverte, 1997. L'auteur ne se contente pas de relever les dérives du « palmarès de la souffrance » mais éclaire les mécanismes de stigmatisation ou de glorification des victimes en explorant la philosophie de l'universalisme abstrait.

LA QUESTION DES « DISCRIMINATIONS A REBOURS » ET L'OPPOSITION A L'AFFIRMATIVE ACTION

L'*Affirmative Action* peut également être appréhendée à l'aune des perspectives qui insistent sur les victimes de la « discrimination à rebours » ou de la « discrimination inversée » (*reverse discrimination*). En tant qu'elle repose sur des distinctions fondées sur la race et le sexe et en tant qu'elle instaure des inégalités de traitement, l'*Affirmative Action* reproduit la logique même de la discrimination raciste et sexiste. A ce titre elle est souvent jugée, notamment par les conservateurs, comme intrinsèquement perverse et immorale. Des conservateurs et des libéraux s'accordent, au-delà de considérations morales, à observer que les discriminations positives ont toujours pour corollaires des discriminations négatives.

En France Castel note qu'avant de discriminer positivement il faut toujours passer par une caractérisation négative, d'une population ou d'un territoire, ce qui a inévitablement un impact en matière de marquage et de stigmatisation. Il relève que s'il « n'y a rien de scandaleux à identifier certains individus ou certains groupes afin de déployer à leur égard des mesures spécifiques (...) si l'on observe la manière dont son instrumentalisés ces politiques ciblées, on constate qu'à chaque fois - je ne trouve pas d'exception à cette sorte de règle - ce traitement 'de faveur' se retourne en stigmatisation des populations concernées »⁴⁷.

L'expression « discrimination à rebours » condense, aux Etats-Unis, l'argument de ceux qui considèrent qu'un moyen qui contredit la fin poursuivie revient en fait à la trahir. L'*Affirmative Action* est ici envisagée comme exacerbant des rivalités qu'elle cherche en fait à atténuer, comme accentuant ce qu'elle devrait chercher à gommer. C'est en ce sens que les responsables du Parti Républicain ont, depuis leur triomphe électoral en 1994, argumenté pour que soient démantelés la « discrimination inversée » dont seraient victimes les Américains blancs. Newt Gingrich, alors bouillant speaker de la Chambre des représentants estimait « contraire à l'idée du rêve américain de mesurer les gens par les gènes de leur arrière-grand-mère ». Sur un plan sémantique certains auteurs considèrent que l'utilisation du terme « *reverse discrimination* » permet aux opposants de l'*Affirmative Action* de récupérer idéologiquement le terme « discrimination » de leur côté pour montrer l'injustice supposée des traitements préférentiels⁴⁸.

Le thème de la « victime innocente » des mesures d'*Affirmative Action* occupe aujourd'hui une place centrale dans le discours politique. Progressivement le fléau de la balance s'est mis à pencher du côté de cette nouvelle victime de la question raciale. Les premiers candidats au statut de la « victime innocente » ont été les *white ethnics*. Issus d'une immigration récente ils mettent en exergue le fait que le passé esclavagiste des Etats-Unis ne fait pas partie de leur histoire. Les groupes issus des dernières vagues migratoires ont emboîté le pas des *white ethnics*. Ils constituent l'exemple de la « bonne minorité » victime d'une politique visant à expier des crimes dont ils ne furent pas complices. La figure de la « victime innocente » a ensuite pris les traits du WASP au terme du processus de « retour de bâton »⁴⁹. Soulignons pour finir qu'une radicalisation de la critique des traitements préférentiels, sur le thème de la stigmatisation, a conduit à considérer qu'il fallait compter au nombre de leurs victimes leurs bénéficiaires eux-mêmes. Ainsi certains critiques de l'*Affirmative Action* développent désormais l'argument selon lequel les bénéficiaires de

⁴⁷ Cf. Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995 ; « Elargir l'assiette », *Projet*, n° 242, 1995, pp. 9-16. Il exprime de la sorte son « extrême réticence » à l'égard de la « discrimination positive ».

⁴⁸ Cf. Philipp L. Fetzer, « 'Reverse Discrimination' : the Political Use of Language », *National Black Law Journal*, vol. 12, n° 3, 1993, pp. 212-229.

⁴⁹ Voir Frederick R. Lynch, *Invisible Victims : White Males and the Crisis of Affirmative Action*, New York, Greenwood, 1989 ; Sylvie Kauffmann, « Etats-Unis : le malaise de l'homme blanc », *Le Monde*, 18 février 1995.

mesures préférentielles seraient victimes d'un néo-racisme, créant un état de dépendance pour les Noirs⁵⁰.

En un sens l'argument est aussi ancien que la réflexion sur l'*Affirmative Action*. Un article séminal de John Kaplan évoque déjà les « conséquences psychologiques » que peuvent entraîner sur des individus dont l'estime de soi est très dégradée, d'une politique qui déroge aux canons « normaux » de la sélection sociale⁵¹. Ce thème a pris une certaine ampleur avec l'émergence d'un courant de noirs conservateurs dont certains auteurs ont largement insisté sur les effets pervers du traitement préférentiel reposant sur la race⁵². Il s'est nourri des analyses ou auto-analyses d'auteurs noirs⁵³, généralement libéraux, qui évoquent le sentiment d'auto-dégradation ressenti par celui dont la carrière a été « aidée », et le racisme diffus, « nouveau style », auquel il sera confronté. C'est dans le contexte d'un succès croissant de ce type d'argument qu'il faut replacer l'insistance que met le juge Thomas - noir conservateur qui a lui-même bénéficié, sous diverses formes, de traitements préférentiels - à considérer que l'*Affirmative Action* constitue un « paternalisme racial », humiliant, insultant, atteignant l'individu dans sa dignité⁵⁴.

Au bout de trente ans de débats s'opposent désormais deux camps, difficilement conciliables⁵⁵. D'un côté on trouve les auteurs qui avancent des arguments solides, appuyés sur les études les plus sérieuses, pour demander le démantèlement complet des programmes d'*Affirmative Action*. De l'autre côté des observateurs pèsent tout aussi raisonnablement les avantages et les inconvénients de ces programmes, leurs effets pervers et leurs effets souhaités, et plaident pour la conservation voire l'amélioration de l'*Affirmative Action*⁵⁶. Si les débats sont encore soutenus, il apparaît assez nettement que le premier camp est aujourd'hui en position très favorable dans l'opinion publique.

Le thème de l'*Affirmative Action* a participé en tout cas à la fortune des éditeurs dans la mesure où les livres à ce sujet se comptent par centaines. Depuis le début des années soixante dix les hommes politiques, les universitaires et les journalistes ont multiplié les titres créant même un genre littéraire avec d'un côté le plaidoyer pour l'*Affirmative Action*, et de l'autre côté l'essai politico-juridico-philosophique où il est démontré que l'*Affirmative Action*

⁵⁰ Les analyses et propos allant dans ce sens peuvent aller très loin. Dans un livre très discuté sur la « fin du racisme », l'auteur, conservateur, accuse la gauche américaine d'avoir délibérément gonflé l'histoire et la persistance du racisme. Il préconise d'abolir non seulement l'*Affirmative Action*, mais aussi la législation sur les droits civiques. Cf. Dinesh D'Souza, *The End of Racism. Principles for a Multiracial Society*, New York, Free Press, 1995.

⁵¹ John Kaplan, « Equal Justice in an Unequal World : Equality for the Negro - the Problem of Special Treatment », *Northwestern University Law Review*, vol. 61, 1966, pp. 363-410.

⁵² Thomas Sowell, *Preferential Policies : An International Perspective*, New York, William Morrow, 1990.

⁵³ Voir Stephen L. Carter, *Reflections of an Affirmative Action Baby*, New York, BasicBooks, 1991. L'auteur de cette diatribe personnelle critique les mesures d'*Affirmative Action*, dont il a bénéficié (et qu'il a subi) pour entrer à Yale, comme de la « préférence raciale » qui risque d'enfermer les Noirs dans ce qui fait leurs différences plutôt que de leur permettre d'entrer en compétition avec tous les Américains. Carter reste cependant relativement équivoque vis-à-vis des traitements préférentiels.

⁵⁴ Un autre célèbre bénéficiaire des mesures d'*Affirmative Action*, le général noir Colin Powell, ancien chef d'état-major interarmes, héros de la guerre du Golfe, et, à l'époque, candidat potentiel à l'élection présidentielle de 1996, s'était prononcé en 1995 en faveur de ces mesures (AFP, 19 octobre 1995).

⁵⁵ L'opposition entre deux camps n'est pas neuve, mais elle n'a fait que se renforcer avec les années. Pour une bonne synthèse des premiers débats, au début des années 70, on lira Philippe Bénétou, « Un grand problème de société : le débat sur l'égalité aux Etats-Unis », *Problèmes Politiques et Sociaux*, n° 292, Paris, La Documentation française, 3 septembre 1976.

⁵⁶ Voir, par exemple, pour apprécier ces différences, deux livres publiés la même année et par le même éditeur : Terry Eastland, *Ending Affirmative Action. The Case for Colorblind Justice*, New York, BasicBooks, 1996 ; Barbara R. Bergmann, *In Defense of Affirmative Action*, New York, BasicBooks, 1996. Le premier appelle à la fin définitive des traitements préférentiels, le second reprend un par un les effets pervers de l'*Affirmative Action* et l'auteur en conclue qu'elle ne voit pas d'autre voie que de les supporter si on veut tendre à atteindre un objectif de relative égalité.

est politiquement ruineuse, inconstitutionnelle et contraire aux idéaux américains⁵⁷. Dans les deux cas les argumentations peuvent parfois confiner à l'hystérie. Chaque année voit sa livraison d'ouvrages sur la question raciale, dont certains sont largement débattus dans la presse, parvenant à des conclusions radicalement différentes sur la nécessité ou non de maintenir les programmes de traitement préférentiel⁵⁸.

Un quart de siècle après la victoire des Droits Civiques et l'espoir, aussi puissant que déçu, de résorption des tensions raciales aux Etats-Unis, les clivages n'ont jamais été aussi marqués entre les communautés. Sur fonds d'émeutes urbaines et de débats sur le multiculturalisme, la question politique tend aujourd'hui à se concentrer sur les problématiques de l'*Affirmative Action*. Ces mesures de traitements préférentiels en direction des minorités sont au centre de multiples polémiques sur l'avenir des Etats-Unis. Tout le monde connaît les critiques qui peuvent être apportées à ces programmes (stigmatisation des bénéficiaires, efficacité relative, frustration des minorités non concernées, etc.). Cependant les positions partisans restent prononcées. Les progressistes pensent qu'il faut continuer ces politiques, dont les objectifs sont justes, et imputent leurs difficultés aux préjugés des Blancs. Les conservateurs condamnent ces formes d'action publique focalisée, qui confinent parfois, selon eux, à de l'injustice.

L'action positive n'a pas bonne presse chez les Américains blancs⁵⁹. Si on ne leur pose pas de questions sur l'*Affirmative Action* en général, mais sur certaines mesures précises, il apparaît qu'ils sont opposés à plus de 90 % à toute action préférentielle (généralement des quotas) dans le domaine de l'emploi, et à plus de 70 % quand il s'agit des admissions à l'université. Certes les moins tolérants y sont encore plus farouchement opposés, mais les plus tolérants y sont également opposés à plus de 80 % dans le domaine de l'emploi, et à environ 60 % dans le cas de l'université.

Pourtant, sur le principe, les sondages indiquent également que les progressistes restent nombreux à soutenir l'*Affirmative Action*, en général, tandis que la plupart des conservateurs la rejettent. Mais tout le monde sait que les personnes ne disent pas nécessairement, dans ces sondages, ce qu'elles pensent, mais plutôt ce qu'elles pensent devoir répondre. La question raciale est une question sensible qui déchaîne les passions, et dont les sondages ne nous livrent pas toute la réalité. Pour Sniderman et Carmines les personnes interrogées à ce sujet ont tendance à taire leurs préjugés et à grossir leur tolérance. Ces deux auteurs, faisant le constat de ce biais fondamental, proposent de nouvelles méthodes pour l'étude de l'opinion publique, dont la base est d'assurer toutes les personnes interrogées qu'elles peuvent dire ce qu'elles veulent sans risquer de mettre à jour leurs positions personnelles.

⁵⁷ Voir Nathan Glazer, *Affirmative discrimination. Ethnic inequality and public policy*, New York, BasicBooks, 1975 qui inaugure le genre. Dans cette veine on peut relever, vingt ans plus tard, une série d'attaques radicales montrant que les traitements préférentiels ont conduit à la « prolifération des privilèges » transformation la société américaine en société de castes, cf. Paul Craig Roberts, Lawrence M. Strattin, *The New Color Line : How Quotas and Privilege Destroy Democracy*, Washington, Regnery, 1995. Relevons juste que Glazer est revenu sur certains de ses premières analyses et semble désormais plus favorable à l'*Affirmative Action*. Cf. Nathan Glazer, *We Are All Multiculturalists Now*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

⁵⁸ Le livre récent le plus important et le plus débattu est certainement : Stephan Thernstrom, Abigail Thernstrom, *America in Black and White. One Nation, Indivisible*, New York, Simon & Schuster, 1997. Les auteurs, deux opposants « historiques » aux traitements préférentiels avancent, entre autre, que les interventions fédérales spécifiques pour les Noirs les desservent plus qu'elles ne les servent. Ils considèrent que les transformations sociales qui ont eu lieu pendant la seconde guerre mondiale ont eu plus d'importance sur la vie quotidienne des Noirs que tout le mouvement pour les droits civiques et toutes les mesures d'*Affirmative Action*. On peut lire en contrepoint de ce livre de 700 pages, un volume de 640 pages qui lui plaide en faveur du maintien de l'*Affirmative Action*, David K. Shipler, *A Country of Strangers : Blacks and Whites in America*, New York, Knopf, 1997.

⁵⁹ Les réflexions qui suivent proviennent de Paul M. Sniderman, Edward G. Carmines, *Reaching Beyond Race*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

Les auteurs ont ainsi réalisé une série d'expériences, reposant sur de nouvelles procédures d'entretien, qui permettent aux personnes enquêtées de donner leur véritable opinion sur l'action positive sans que l'on sache, dans un échantillon, qui a pu soutenir telle ou telle proposition. Le principe général est de prendre deux échantillons représentatifs, de même taille, bâtis de la même manière, et d'y administrer une batterie de questions légèrement différentes. L'« expérience de la liste » consiste à lire une série de propositions. Le premier groupe s'entend lire trois propositions relatives à l'augmentation des taxes sur l'essence, au salaire des athlètes professionnels et aux grandes entreprises polluantes. Le second groupe s'entend lire la même liste, à laquelle s'ajoute une proposition sur l'action positive.

Dans les deux groupes, les personnes doivent indiquer le nombre de propositions qui les dérangent, sans jamais qu'elles aient à indiquer quelles sont ces propositions. Ainsi en faisant la soustraction entre les résultats des deux enquêtes, on obtient une indication du nombre de personnes qui sont effectivement contre l'action positive. Les résultats de cette expérience sont troublants. Les progressistes apparaissent aussi critiques vis-à-vis de l'action positive que les conservateurs, voire même plus.

Selon Sniderman et Carmines, les leaders progressistes surestiment le soutien à l'action positive, en général, et sous-estiment le ressentiment à son endroit, dans leurs propres rangs. Constatant que la rancœur à l'égard de l'*Affirmative Action* a fait éclater les désaccords politiques traditionnels, la thèse des auteurs est que si l'opposition à l'*Affirmative Action* est plus commune à droite, elle est plus puissante et plus embarrassante à gauche.

Dans une autre expérience, celle de la « seule mention », les auteurs découvrent combien le seul fait de mentionner l'*Affirmative Action* peut avoir des effets négatifs sur la perception qu'ont les Blancs de leurs compatriotes noirs. Toujours en prenant deux échantillons identiques, les auteurs commencent, dans le premier groupe, par demander combien de personnes sont d'accord avec des stéréotypes du type « les Noirs sont fainéants » ou « les Noirs sont irresponsables ». Puis ils posent des questions concernant l'*Affirmative Action*. Dans le second groupe, ils posent d'abord une question sur l'*Affirmative Action*, puis ils posent les questions concernant les stéréotypes. Les résultats sont surprenants. Quand on pose d'abord la question sur l'*Affirmative Action*, 43 % des Blancs répondent par la suite que les Noirs sont « irresponsables », alors qu'ils ne sont que 26 % à le faire lorsque le sujet de l'*Affirmative Action* est évoqué après les questions sur les stéréotypes. De la même manière les Blancs sont 31 % à considérer les Noirs comme « fainéants » quand on leur a parlé auparavant de l'*Affirmative Action*, alors qu'ils ne sont que 20 % à le faire quand on ne leur en a pas encore parlé.

Ce n'est pas parce que les Blancs sont très majoritairement contre l'*Affirmative Action* qu'ils sont pour autant contre les Noirs, relèvent Sniderman et Carmines. Ils rappellent tout d'abord que les sondages d'opinion montrent, depuis les années 40, un fort déclin des préjugés raciaux. Pourtant beaucoup de commentateurs affirment régulièrement, contre ce constat, que le racisme augmente. Il est ainsi régulièrement scandé que les Blancs ne disent pas ce qu'ils pensent réellement. Il est vrai, comme dans le cas des positions vis-à-vis de l'*Affirmative Action*, qu'on peut être sceptique quant à la sincérité de réponses portant sur des questions particulièrement sensibles. Une nouvelle série d'expériences est donc menée par les auteurs pour savoir ce que pensent, réellement, les Blancs des Noirs.

Des enquêteurs lisent une série de traits, positifs et négatifs, pour caractériser les Noirs. Les conclusions de l'analyse sont intéressantes. Si les trois quarts des Blancs considèrent les Noirs comme « chaleureux », seulement une petite minorité leur accorde des caractéristiques positives comme « bons voisins » ou « travailleurs ». De plus cela ne dérange pas les Blancs de dire, à 52 %, que les Noirs sont « agressifs » ou, à 34 %, qu'ils sont « fainéants ». Mais ce qui est intéressant c'est d'étudier la force du préjugé, c'est-à-dire



le caractère systématique de la caractérisation négative. 17 % des Blancs, seulement, attribuent moins d'un trait positif aux Noirs. Mais 55 % des Blancs leur accordent 5 traits positifs ou plus. Ils sont 43 % à n'être d'accord avec aucun, ou seulement un, des traits négatifs. Sniderman et Carmines en concluent, en passant peut-être trop rapidement sur les délimitations conceptuelles de leurs propos⁶⁰, que le préjugé est beaucoup plus faible qu'on le dit généralement.

Les auteurs mènent, par la suite, l'« expérience de l'excuse » qui consiste à déceler parmi les Blancs qui expriment des opinions favorables aux Noirs, le nombre de ceux qui exprimeraient une opinion défavorable si une excuse valable leur en était donnée. Il s'agit de prendre un groupe de Blancs qui s'affichent tolérants et de leur décrire un contexte qui permettrait plus aisément de faire un jugement négatif sur les Noirs, pour voir s'ils s'en servent. Les auteurs prennent les exemples de la criminalité et de la protection sociale. A deux échantillons identiques on décrit des situations identiques, avec des protagonistes qui sont Noirs pour un groupe, Blancs pour l'autre. On demande si la police doit intervenir lorsque les protagonistes sont décrits comme traînant près d'un repère de dealers, et on demande si une femme seule avec enfant, dépendant de l'aide sociale, va effectivement chercher du travail. Les réponses, que les protagonistes soient présentés comme Blancs ou Noirs, sont très similaires. La variable raciale n'intervient donc pas, ou très marginalement. Nos auteurs en concluent que si les Blancs expriment des appréciations bienveillantes sur les Noirs, comme ils sont très nombreux à le faire, ils le pensent sincèrement.

Il reste, certes, des Blancs qui ont de l'antipathie pour les Noirs. L'*Affirmative Action* peut même dans une certaine mesure consolider leur hostilité. Toutefois, il ne s'agit plus que d'une minorité (tout de même estimée à environ 20 % des Blancs). Ce ne sont donc pas les préjugés qui expliquent l'opposition des Blancs à l'*Affirmative Action*. Les auteurs repèrent ainsi, parallèlement à l'opposition croissante à l'*Affirmative Action*, deux processus à l'œuvre : un affaiblissement de l'animosité ainsi qu'un renforcement du désir de voir les conditions de vie des Noirs s'améliorer.

Avec leurs enquêtes Sniderman et Carmines montrent de façon convaincante que la place du préjugé racial est, en réalité, mineure dans l'explication de l'opposition à l'*Affirmative Action*. Cette contestation ne repose pas, selon eux, sur le préjugé mais sur des questions morales, sur les « principes de l'Amérique ». Les auteurs plaident donc pour des politiques qui se situent « au-delà de la race » et qui se placent sous la bannière, étoilée, des grandes valeurs américaines, d'égalité, de liberté et de justice. Avec un idéalisme affiché ils invitent les décideurs à construire des politiques pour tous les Américains, et appuyées par tous les Américains, et non plus seulement pour la seule minorité noire. A la différence de la gauche américaine, ils pensent qu'il n'est plus nécessaire de tenter de changer les esprits et les cœurs des Blancs pour obtenir un soutien pour des politiques visant à aider les Noirs. La grande majorité des Blancs considère qu'il est juste d'aider les Noirs. Il faut cependant que les politiques menées en ce sens soient également considérées comme justes. Les auteurs pensent pour cela que les politiques de soutien doivent reposer sur des principes universels, au-dessus des races. C'est réaffirmer un principe de justice selon lequel tous ceux qui sont dans le besoin doivent être aidés, quelle que soit leur couleur.

Sniderman et Carmines livrent une intéressante monographie sur les techniques d'appréhension du racisme et sur les réels sentiments des Américains. En revanche leur sympathique plaidoyer pour l'unité raciale dans la lutte contre la fragmentation sociale semble pêcher par idéalisme, en particulier dans un contexte où le séparatisme noir, mené par exemple par Louis Farrakhan, prend une ampleur inquiétante. Dans un pays où la

⁶⁰ Pour une présentation stimulante des perspectives théoriques sur le racisme on consultera Pierre-André Taguieff, *Le Racisme*, Paris, Flammarion, coll. « Dominos », 1997.



question sociale se réduit, à bien des égards, à la question raciale, il faut certainement plus que des bons sentiments. De plus les auteurs ne se sont intéressés qu'à l'opposition binaire Blancs/Noirs, sans jamais prendre en considération la mosaïque de problèmes soulevés par d'autres minorités éligibles ou non à l'*Affirmative Action*. Autre critique, il peut sembler paradoxal de faire un grand appel à tous les Américains, sans distinction de couleurs, à partir d'une enquête qui ne s'intéresse qu'aux Blancs. Dernière critique, leur condamnation de l'*Affirmative Action* n'apporte guère d'arguments précis pour une prise en charge différente des problèmes sociaux.

A côté de ces critiques, auxquelles il convient d'ajouter quelques interrogations sur la validité de certaines des expériences menées, l'intérêt du livre est de bien souligner combien la formulation des problèmes et des questions est essentielle lorsqu'on veut traiter de sujets aussi compliqués que le racisme. Le livre montre que sur ce thème, marqué par les exagérations les plus démagogiques, les responsables publics peuvent compter sur des citoyens à la fois plus réalistes et plus tolérants qu'on ne l'entend dire généralement⁶¹.

⁶¹ On pourra lire, sur la réalité des sentiments français vis-à-vis de ces questions le texte de Denis Bachelot, « La France raciste ? », *Commentaire*, n° 78, été 1997, pp. 437-442.

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPREME : UNE DIMENSION EMINEMMENT POLITIQUE

En matière d'*Affirmative Action* le juge est confronté à un redoutable problème car, appelé à statuer sur les traitements préférentiels, il prend en réalité position au sein de débats et d'enjeux largement symboliques. L'enjeu du débat est toujours d'ordre symbolique et politique car quelle que soit la technique de contrôle juridictionnel utilisé, le juge apparaît toujours libre d'annuler ou de valider une mesure d'*Affirmative Action*. La logique juridictionnelle n'est pas coupée des passions politiques suscitées par la question des traitements préférentiels.

Dans ce domaine, la Cour suprême est soumise à des pressions politiques fortes. Cible d'un important lobbying et très soucieuse des effets socio-politiques de ses décisions, la Cour est, en outre, affaiblie par l'engagement passionné de certains de ses membres dans la querelle de l'*Affirmative Action*.

Au total la Cour Suprême aura conçu, sur la question, une jurisprudence indécise, ambiguë, et d'ordre politique. Le juge constitutionnel, confronté à un problème indissociablement juridique, politique et moral, est engagé sur les questions de discrimination et fait preuve d'opportunisme. Ayant du mal à résister à des tensions internes et à des pressions externes il produit finalement un contentieux d'essence éminemment politique. Comme les modérés, les progressistes et les conservateurs ont toujours été présents à la Cour, sans jamais que se dégagent de majorités stables et cohérentes, les solutions trouvées pour ces questions d'ordre politique, sont toujours des solutions de compromis.

Dans les années 60 et 70 la Cour hésite. Puis dans la décennie 80 elle rend une série de décisions globalement favorables à l'*Affirmative Action*, sans être dénuées de toute ambiguïté. A partir de 1989 la Cour sera saisie par le « retour de bâton » contre l'*Affirmative Action*. Elle a depuis accordé, tout en restant assidûment prudente, toujours plus d'importance aux « victimes innocentes » des mesures d'*Affirmative Action*.

Le dernier des seize arrêts étudiés par Calvès, l'arrêt « Adarand » rendu en juin 1995 est significatif de cette évolution. L'auteur de la mesure d'*Affirmative Action* était le Congrès des Etats-Unis qui développait des systèmes de primes en direction des membres de six minorités pour l'attribution de marchés publics. Amenée à se prononcer sur cette préférence donnée aux minorités dans l'attribution de marchés publics, la Cour a jugé que toute classification fondée sur la race⁶² est en soi suspecte et que les programmes d'*Affirmative Action* devraient se limiter aux mesures qui compensent la discrimination systématique et concrète, revenant ainsi aux principes originaux de l'*Affirmative Action*⁶³. Dans cet arrêt le juge Thomas a soutenu que les traitements préférentiels ont, sur les membres des minorités raciales, les mêmes effets que les discriminations au sens premier du terme. La Cour a déclaré que la Constitution « protège des individus, et non des groupes ». Si cet arrêt a pu être considéré comme une victoire décisive des conservateurs, signant la fin des

⁶² Pour une synthèse des questions relatives aux classifications raciales, cf. Paul E. Peterson (dir.), *Classifying by Race*, Princeton, Princeton University Press, 1996. Dans son introduction aux quinze essais de cet ouvrage Peterson note, raisonnablement, que la classification raciale est à certains égards utile pour permettre l'incorporation des minorités au sein de l'ordre politique américain. Cependant ces classifications, poussées à l'extrême, ne peuvent que ralentir le processus d'intégration souhaité en intensifiant l'hostilité entre les groupes.

⁶³ Cf. Cynthia Vroom, « Principe d'égalité et 'affirmative action' aux Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 24, 1995, pp. 805-822 ; Charles S. Mishkind, « Reverse Discrimination/Affirmative Action Litigation Update : Where is it Going ? », *Employee Relations Law Journal*, vol. 22, n° 3, 1996, pp. 107-123.

programmes préférentiels⁶⁴, il n'a pas dissipé toute ambiguïté et reste assujéti à de nombreuses interprétations.

La Cour suprême aura donc développé une jurisprudence « imprévisible, ambiguë et hésitante », produit d'un double rapport de force dont la nature et les enjeux sont clairement politiques. Le premier d'entre eux est interne à la Cour : le conflit entre adversaires et partisans des traitements préférentiels met aux prises, explicitement, des choix de société antagonistes. Même les juges qui apparaissent comme les moins engagés, idéologiquement ou affectivement, dans la querelle de l'*Affirmative Action*, admettent que leur appréciation de la constitutionnalité ou de la simple légalité de ces mesures fait intervenir - et même doit faire intervenir - une évaluation de leurs effets socio-politiques. Le second rapport de forces tient au fait que le contentieux de l'*Affirmative Action* représente, pour les différents groupes sociaux et politiques qui sont partie prenante au débat sur les traitements préférentiels, une continuation de la lutte politique par des moyens juridiques. Il est vrai que la Cour peut opposer aux pressions dont elle est l'objet une résistance passive. Cependant force est de constater que l'autonomie de la logique juridictionnelle demeure, dans ce type de contentieux, assez limitée. En dépit de son caractère heurté, la ligne jurisprudentielle dégagée par la Cour Suprême épouse assez fidèlement l'évolution du débat public. On remarque ainsi un souci croissant à l'égard de la « victime innocente » des traitements préférentiels, et un rappel de plus en plus insistant de la nature transitoire et strictement réparatrice des mesures d'*Affirmative Action*.

En définitive, la Cour suprême n'a pas apporté de réponse cohérente. Elle demeure profondément divisée sur le contenu et la portée qu'il convient d'attribuer à la clause d'égalité protection des lois, et elle n'a jamais exposé clairement aux juridictions inférieures le mode d'analyse applicable aux mesures d'*Affirmative Action*. Imputables, selon Calvès, à des facteurs politiques, ces divisions trouvent leur condition de possibilité dans le caractère fortement indéterminé, au plan juridique, du principe de non-discrimination.

⁶⁴ Voir l'article prémonitoire de Richard Cohen, « Affirmative Action Has Had Its Day », *International Herald Tribune*, 3 février 1995.

LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION : STIGMATE, ETHIQUE, AMBIVALENCE ET APORIE

Fondamentalement Calvès insiste bien sur la contradiction inhérente à l'*Affirmative Action*, discrimination instituée pour combattre la discrimination. Dès l'instant où la discrimination positive est formellement homologue à la discrimination dont elle vise à éradiquer les effets, son acceptation ne peut aboutir qu'à donner au principe de non-discrimination valeur relative. La distinction entre discrimination « positive », « bienveillante », « favorable », d'un côté et « négative » ou « odieuse » de l'autre ne suffit pas à lever toute incertitude, dans la mesure où le problème dans tous les cas est précisément de savoir comment fonder cette distinction.

Le principe de non-discrimination est à « géométrie variable » et la Cour a cherché un point de fondation juridique pour tenter de l'écartier des passions politiques. Elle y a échoué. Principe à géométrie variable, le principe de non-discrimination s'avère, en outre, radicalement insaisissable. Le juge de l'*Affirmative Action* doit en effet fonder la distinction qu'il opère entre discriminations odieuses et discriminations « bienveillantes ». Or il peine à produire une telle justification. Il ne parvient pas à dégager un critère juridique, objectif et cohérent, qui permettrait de justifier une application à géométrie variable du principe de non-discrimination. La difficulté qu'il rencontre tient, selon Calvès, à ce que le contenu du principe de non-discrimination est fondamentalement obscur : le juge américain ne dispose pas d'un cadre théorique qui lui permette de penser la prohibition des discriminations racistes⁶⁵.

En France également le débat sur les discriminations positives passe aussi désormais par la question de la stigmatisation. Les expériences de discrimination positive portent en elles un risque d'effet pervers consistant à stigmatiser les populations visées par une assistance économique, sociale ou culturelle spécifique. Pour Stasse, qui le remarque, la poursuite de ces politiques doit par conséquent s'inscrire dans une logique de « rattrapage » des retards accumulés pour parvenir, à terme, à rétablir l'égalité de traitement entre ces populations et les autres.

Des notions comme celle de stigmatisme ont été utilisées aux Etats-Unis pour tenter de dépasser les apories juridiques du fondement de l'*Affirmative Action*. La Cour a cependant éprouvé de grandes difficultés à fixer, juridiciser et rendre opératoire la notion de stigmatisme. En moins de vingt ans la fonction et le contenu de la notion de stigmatisme ont subi une mutation profonde. Clé de voûte de l'argumentation développée par les juges progressistes, la notion, quelques années plus tard, vient efficacement conforter la thèse conservatrice... Pierre de touche de la distinction entre discrimination odieuse et discrimination bienveillante, le stigmatisme plaide désormais en faveur d'une mise en équivalence des deux types de discrimination. Les adversaires de l'*Affirmative Action* peuvent en effet soutenir de manière convaincante que les traitements préférentiels sont perçus comme stigmatisants, tant par leurs bénéficiaires que par leurs « victimes »⁶⁶.

Resterait alors pour dépasser ces apories à mobiliser la dimension éthique. Mais cette voie débouche également sur une impasse. Il ne suffit pas de poser que le principe de non-

⁶⁵ On pourrait relever, si on souhaitait poursuivre la comparaison, que la France dispose elle d'une législation antiraciste. Mais cette remarque appellerait des développements longs qui ne sont pas ici de notre ressort. Remarquons juste, à titre d'informations, que le débat sur les « classifications raciales » s'il n'atteint pas les proportions qu'il prend outre-atlantique n'en soulève pas moins de nombreuses polémiques. En témoignent les récentes oppositions, au sein de l'INED, entre Michèle Tribalat et Hervé le Bras sur la mention des origines raciales dans certaines enquêtes. Cf. Philippe Bernard, Nicolas Weil, « Une virulente polémique sur les données 'ethnique' divise les démographes », *Le Monde*, 6 novembre 1998.

⁶⁶ Cf. François Stasse, « Egalité et discriminations positives », *Regards sur l'actualité*, juin 1997, n° 282, pp. 19-25.

discrimination s'analyse comme une prohibition des différences de traitement attentatoire à la dignité humaine, et de renvoyer au sens moral pour en dégager le critère. Le débat qui oppose les juges de la Cour Suprême repose sur des conceptions de la dignité qui s'avèrent irréconciliables. Tous s'accordent pour considérer que la dignité ici visée est celle de la personne humaine. Mais, pour certains juges dont la perspective est exclusivement centrée sur l'individu, le stigmate par excellence réside dans la labellisation qu'opèrent les pouvoirs publics lorsqu'ils réduisent l'individu au statut de membre ou de représentant de « son » groupe. Pour les autres, au contraire, la dignité de chacun est intrinsèquement liée au statut du groupe d'appartenance.

Les approches substantielles du principe de non-discrimination, qu'elles passent par la notion de stigmate ou par celle de dignité, débouchent sur un contenu juridique qui s'avère évanescant, disputé, et peu opératoire. La Cour ne parvient pas à dégager un « principe neutre » qui soit doté d'une autonomie suffisante pour justifier à la fois - et dans les mêmes termes - l'illégitimité de la discrimination odieuse et la légitimité de la discrimination positive. Une approche procédurale ne permet pas non plus de dépasser ces impasses et ces apories car il est en réalité impossible de vider ce principe de tout contenu.

Parvenu au terme de sa recherche, Calvès invite à admettre que son problème initial demeure sans solution. On ne peut dégager de l'analyse des décisions rendues par la Cour Suprême en matière d'*Affirmative Action*, un principe qui permette de fonder la distinction entre discriminations raciales « bienveillantes » et discriminations raciales « odieuses ». On ne peut rendre compte de l'ambivalence fondamentale du principe de non-discrimination, en tant que, d'un côté il pose la prohibition radicale des inégalités de traitement à raison de la race et que, de l'autre, il autorise un traitement plus favorable à des « minorités raciales ». La principale leçon qu'en tire Calvès est que le problème de la discrimination raciale « positive » n'est pas un problème juridique. Pour fonder la distinction entre discriminations le juge est obligé de chercher hors de la sphère du droit.

UNE QUESTION ESSENTIELLE, AUX ETATS-UNIS COMME EN FRANCE

Le contentieux de l'*Affirmative Action* est exemplaire du rôle de la Cour Suprême dans la vie politique américaine. Elle a joué là un rôle pragmatique, juridique et politique, dans une Nation où la question raciale reste patente. En France le problème de l'intégration, s'il est effectivement un problème, ne se pose absolument pas dans les mêmes termes? Calvès d'en conclure que sur ces questions il n'y a pour la France, « aucun enseignement pratique à retirer de l'expérience américaine ».

On doit néanmoins se souvenir avec Tocqueville qu'il faut voir, dans l'Amérique, « plus que l'Amérique » : une image de la société démocratique et des tensions qui traversent son idéal. Ici elles sont exemplaires puisqu'elles touchent à ce problème qui taraude la modernité depuis Rousseau sans même qu'il soit réellement besoin de Marx : celui qui tient au statut de l'égalité, entre le droit et le fait, le formalisme des principes et l'effectivité des pratiques.

Il faut noter que les nombreuses controverses qui entourent ces questions ne portent que très rarement sur la finalité, mais concernent les moyens légaux pour réaliser une égalité postulée. Elles posent le problème de l'usage en droit de classifications opérées parmi les citoyens, rendues toujours suspectes par la jurisprudence. Faut-il les bannir au nom du formalisme ou les accepter par réalisme ? Il s'agit d'un débat important car toute théorie politique moderne rencontre la question du statut qu'elle accorde aux idéaux éthiques de la justice.

En définitive « stigmatisme », « réparation », « égalité des chances », « équité », « cécité à la race », ces quelques notions, dont le contenu qu'on leur accorde est en débat, polarisent la querelle de l'*Affirmative Action* qui est aussi une réflexion sur la distance qui sépare l'énoncé d'un principe de sa réalisation pratique. Il se trouve en tout cas que dans un univers où l'*Affirmative Action* a été politiquement instrumentalisée et à une période où les controverses sur la race sont toujours aussi passionnées, la « cécité de couleur » recherchée à l'origine par les Américains est difficile à observer au quotidien.

Reconduit à ses racines juridiques et philosophiques, le débat américain sur l'*Affirmative Action* comme le débat français sur la discrimination positive font surgir la question du statut de l'égalité dans des sociétés qui reposent sur le principe de l'identité des individus. Entendu en son sens initial, ce dernier signifie aux Etats-Unis que chaque personne a droit à une « égale protection » (XIV^e amendement⁶⁷), au respect des libertés fondamentales. Mais si ce principe est relativement clair quant à son application du point de vue de la liberté, il demeure plus obscur lorsqu'il touche à l'autre grande valeur démocratique qu'est l'égalité. Reste toujours à trouver une interprétation du principe selon lequel les individus doivent être traités de manière égale qui soit compatible avec l'objectif qui consiste à supprimer les discriminations. Aux Etats-Unis, selon Calvès, cette recherche a échoué.

Sa thèse, dont le juriste appréciera l'agilité analytique pour mobiliser les types d'interprétation de la Constitution américaine et pour faire l'exégèse de sa jurisprudence, incite le lecteur français à toujours se méfier des classifications suspectes, à se rendre compte des difficultés à trancher sur le fond entre des arguments discriminatoires et des arguments non discriminatoires. Elle n'apporte pas de réponse à la question de l'articulation pertinente entre l'idée de justice comme équité et le principe d'égal respect dû à la dignité

⁶⁷ La première section du XIV^e amendement, ratifié en 1868, dispose que « aucun Etat (...) ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égal protection des lois ».

individuelle - ce qui n'était pas son objet - mais elle permet d'en mettre en lumière tous les enjeux. Ce livre intéressera donc à bien des égards tout lecteur français soucieux de saisir des débats importants dans une France où « la lutte contre les discriminations, dans toutes ses dimensions, est un des axes forts de la politique d'intégration ». ⁶⁸

⁶⁸ « L'intégration, pilier du contrat républicain », *La Lettre du Gouvernement*, n° 54, 29 octobre 1998.



ANNEXE 1 - ACTUALITE DE L’AFFIRMATIVE ACTION : L’ETIOLEMENT VENU DE CALIFORNIE

La Californie, réputée moderne et progressiste, après avoir été pionnière de la politique d’*Affirmative Action* fut la première à la remettre en question. Depuis trois ou quatre ans la Californie est l’Etat américain le plus vigoureusement engagé dans la lutte contre l’*Affirmative Action*⁶⁹.

Les Californiens ont approuvé le 5 novembre 1996, avec une confortable majorité de 56 % des suffrages, la plus controversée des « initiatives » référendaires mises aux voix : la proposition 209 ou « California Civil Rights Initiative (CCRI) », qui inscrit dans la Constitution californienne « la prohibition de la discrimination ou du traitement préférentiel par l’Etat et autres services publics »⁷⁰. Cet amendement à la constitution californienne stipule que la Californie « ne doit ni discriminer ni accorder de traitement préférentiel à un quelconque groupe ou individu sur la base de la race, du sexe, de la couleur, de l’ethnie ou de l’origine nationale dans la gestion de l’emploi public, de l’éducation publique ou des contrats publics ».

La proposition 209 voulait en finir avec la « discrimination inversée », perçue comme un favoritisme vis-à-vis des défavorisés, comme une sorte de discrimination officielle cautionnée par l’Etat.

Les habitants du *Golden State*, emmenés par leur gouverneur républicain, Pete Wilson, ont ainsi entériné le démantèlement des programmes d’*Affirmative Action*. Les programmes fédéraux restent effectifs, mais puisqu’en matière législative la Californie sert souvent de modèle, le passage de la CCRI aura sans conteste un impact national.

Très récemment d’ailleurs, en novembre 1998, les électeurs de l’Etat de Washington se sont prononcés pour la fin de l’*Affirmative Action*, dans un Etat où de nombreuses personnes issues des minorités sont au pouvoir⁷¹. 59 % des habitants de cet Etat se sont prononcés par référendum pour mettre fin aux mesures préférentielles en matière d’emplois et de contrats publics. De grandes entreprises comme Boeing et Microsoft ont apporté leur soutien à la campagne pour l’*Affirmative Action*⁷² mais les électeurs ont été moins sensibles à la campagne, massive, menée contre cette proposition d’abandon des traitements préférentiels qu’aux arguments relayés par les conservateurs. Les conséquences de ce référendum favorable à ce qui est connu dans cet Etat comme l’« initiative 200 », rédigée sur le modèle de la proposition 209 californienne, ne sont pas encore connus. Elles inquiètent à l’avance les responsables publics qui ne savent trop comment la mettre en œuvre et qui s’attendent, de toutes les manières, à de longues procédures judiciaires⁷³.

Clinton avait déclaré son opposition à l’initiative californienne en signifiant qu’il était contre les quotas mais « pour une forme juste de l’*Affirmative Action* ». En juin 1997, à San Diego, le président des Etats-Unis s’est prononcé pour une relance de l’*Affirmative Action* dans les universités pour préparer les Etats-Unis à devenir « la première vraie démocratie multiraciale »⁷⁴. Huit mois plus tôt, en octobre 1996, au même endroit, son challenger républicain dans la course à la Maison Blanche, Bob Dole, avait réaffirmé son opposition aux

⁶⁹ Pour une description des récents conflits politiques californiens autour des traitements préférentiels, cf. Lydia Chavez, *The Color Blind. California’s Battle to End Affirmative Action*, Los Angeles, University of California Press, 1998.

⁷⁰ *Le Monde*, 7 novembre 1996.

⁷¹ *Los Angeles Times*, 5 novembre 1998.

⁷² *The Economist*, 7 novembre 1998.

⁷³ *The Washington Post*, 13 novembre 1998.

⁷⁴ *Le Monde*, 17 juin 1997.

quotas et, plus généralement, aux programmes d'*Affirmative Action*. Il avait déclaré que « l'accent devrait être mis sur l'aide aux citoyens qui sont économiquement défavorisés, afin de fournir une aide selon les besoins, et non pas seulement selon la couleur de peau »⁷⁵.

En novembre 1996 si les Californiens ont approuvé le référendum soutenu par Bob Dole, la Californie a voté majoritairement pour Bill Clinton à l'élection présidentielle.

La Cour suprême des Etats-Unis a refusé, en septembre 1997, de bloquer l'application de cette proposition 209. Des organisations de défense des droits civiques, auxquels s'associait le département de la Justice, avaient en effet introduit en août 1997 un recours d'urgence devant la Cour suprême pour qu'elle invalide la proposition 209. Adoptée par référendum en novembre 1996 elle est entrée en vigueur le 28 août 1997 après que plusieurs tribunaux l'eurent déclarée constitutionnelle, à l'issue de près d'un an de bataille juridique. Le 29 août des milliers de manifestants, avec à leur tête le révérend noir Jesse Jackson, avaient défilé sur le Golden Gate Bridge à San Francisco pour protester contre cette loi référendaire⁷⁶.

Les décrets d'application de cette décision n'ont pu être pris en mars 1998 après qu'une cour d'appel ait entériné un jugement de première instance. Ce n'est donc que depuis cette date que les clauses d'*Affirmative Action* dans l'attribution des marchés publics californiens ont été supprimées. Dans une conférence de presse à ce sujet le gouverneur Pete Wilson a déclaré que « à partir de maintenant, l'Etat attribuera ses contrats (...) en se fondant uniquement sur les mérites ». Remarquant que des préférences fondées sur la race ou le sexe sont « simplement illégales » il a ajouté que la Constitution des Etats-Unis « exige que le gouvernement traite ses citoyens de façon égale, qu'il ne fasse pas de favoritisme »⁷⁷.

Le décret du gouverneur californien pourrait encore faire l'objet d'un recours devant la Cour suprême. Les associations de défense des droits civiques étudient cette possibilité. Cependant ces mouvements hésitent car la tendance pour l'abolition de l'*Affirmative Action* s'est considérablement renforcée. Pour les organisations noires ou les mouvements de défense des droits civiques le danger d'une dernière décision de la Cour suprême signant l'arrêt de mort de l'*Affirmative Action* est réel⁷⁸.

Les opposants ont dénoncé jusqu'au bout le langage ambigu de la proposition 209, qui en copiant presque mot pour mot la loi pour les Droits Civiques de 1964, a pu induire les électeurs en erreur. Cette question sémantique est extrêmement importante. En novembre 1997 les électeurs texans de Houston ont repoussé une disposition visant à mettre fin, dans l'embauche des personnels municipaux, à l'*Affirmative Action* en faveur des minorités et des femmes. Les partisans de l'abolition des traitements préférentiels ont accusé le maire d'avoir manipulé la formulation de la question posée afin d'influencer le résultat du vote. Il apparaît en effet que les électeurs réagissent différemment selon que les expressions « discrimination » et « *Affirmative Action* » apparaissent ou non posées, montrant toute l'ambiguïté de ces débats. Les récents référendums locaux portant sur l'*Affirmative Action* soulèvent, naturellement, un débat national aux Etats-Unis, mais aussi des débats techniques sur la manière de poser les questions. Ainsi la différence de rédaction des questions expliquerait, en partie, pourquoi les Californiens se seraient prononcés contre l'action positive, tandis que les habitants de Houston ont souhaité conserver leurs mesures de traitements préférentiels⁷⁹.

⁷⁵ AFP, 28 octobre 1996.

⁷⁶ *Libération*, 1er septembre 1997.

⁷⁷ AFP, 12 mars 1998.

⁷⁸ Voir, au sujet d'une autre affaire, Sylvie Kauffmann, « Les partisans de l'"affirmative action" battent en retraite devant la Cour suprême des Etats-Unis », *Le Monde*, 26 novembre 1997.

⁷⁹ Cf. *U.S. News & World Report*, 17/11/97 ; *Le Monde*, 7/11/97.

La Californie, suivie de l'Etat de Washington, se sont engagés sur la voie de l'abandon définitif de l'*Affirmative Action*. Localement les traitements préférentiels sont toujours plus contestés, quant ils ne sont pas annulés juridiquement, mais le débat technique, philosophique, juridique et politique est loin d'être fini aux Etats-Unis. Il sera certainement repris, en particulier par les conservateurs, lors de la campagne présidentielle de 2000. En France il n'est peut-être pas encore arrivé à maturité.



ANNEXE 2 – LES ANALYSES RECENTES PROPOSEES PAR WILLIAM JULIUS WILSON

Enseignant à Harvard, William Julius Wilson, proche du président Clinton, figure parmi les sociologues noirs américains les plus influents. Dans son dernier livre⁸⁰, relatif notamment aux difficultés et à l'avenir de l'*Affirmative Action*, il s'intéresse aux inégalités aux Etats-Unis et propose l'idée d'une coalition multiraciale comme nouvelle base d'action politique. Habitué des ouvrages académiques et des revues scientifiques il propose ici un essai percutant et efficace reposant sur ses récents travaux⁸¹.

Les thèses de Wilson sont connues. Inlassablement il rappelle que la race doit être comprise, avant tout, comme une construction sociale, et non comme un ensemble de déterminations biologiques. Infatigablement il plaide pour qu'on s'inquiète plus des inégalités sociales que des inégalités raciales. Dans ce petit livre-il insiste pour que les discours politiques et les politiques publiques prennent plus en compte ce qui rapproche les différents groupes que ce qui les sépare. Critique vis-à-vis des traitements préférentiels d'*affirmative action*, malhabilement traduits en France par l'expression « discrimination positive »⁸² et qui connaissent actuellement une période critique de remise en cause, il propose de les réformer radicalement mais refuse de les abandonner. Wilson engage à envisager les problèmes sociaux de manière intégrée, sans segmenter la population en catégories prioritaires.

Le sociologue valorise ici son œuvre théorique en soutenant une idée : traiter les problèmes américains contemporains en s'appuyant sur une coalition multiraciale des opinions et des propositions. Wilson exhorte les militants progressistes à revendiquer et à conduire des politiques qui unissent plutôt qu'elles ne divisent les groupes raciaux. Tous les groupes, traditionnellement envisagés comme des adversaires, doivent être compris comme des alliés face à des problèmes qui les concernent tous.

Cette proposition, qui pourrait sembler relativement ingénue, n'a rien d'évidente dans le contexte américain. La tolérance progresse dans les sondages à l'échelle nationale, mais le racisme (culturel ou biologique) est loin d'avoir disparu. Des stéréotypes négatifs concernant les Noirs et leurs modes de vie (« ils travaillent moins », « ils élèvent moins bien leurs enfants », etc.) sont encore largement répandus. Selon Wilson, si les formes les plus virulentes de racisme biologique se sont fortement affaiblies, mais sans disparaître, une forme légère de racisme culturel imprègne la société américaine. Il s'ensuit des « antagonismes raciaux » qu'il n'est en rien aisé de réduire. Les progrès sont indéniables, mais des difficultés importantes persistent. Au titre des progrès notons, avec Wilson, qu'en 1942, 42 % seulement des Blancs étaient d'accord avec le principe de la mixité à l'école. Ils étaient 95 % en 1993. Au titre des difficultés relevons aujourd'hui, toujours avec Wilson, que 80 % des Noirs considèrent que le gouvernement ne fait pas assez pour aider les Noirs. C'est seulement le cas de 30 % des Blancs.

En fait les Américains apparaissent, dans leur majorité, soucieux d'une meilleure intégration raciale mais très pessimistes quant à sa faisabilité et plutôt réservés quant aux capacités des pouvoirs publics à intervenir en la matière.

⁸⁰ *The Bridge over the Racial Divide. Rising Inequality and Coalition Politics*, Berkeley, University of California Press, 1999

⁸¹ Signalons *When Work Disappears. The World of the New Urban Poor*, New York, Knopf, 1996, dont quelques paragraphes sont repris dans *The Bridge over the Racial Divide*.

⁸² Voir à cet égard la démonstration magistrale de Gwénaële Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, Paris, LGDJ, 1998. Sur ce même thème voir également Rémy Oudghiri, Daniel Sabbagh, « Des usages de la 'diversité'. Eléments pour une généalogie du multiculturalisme américain », *Revue française de science politique*, vol. 49, n° 3, 1999, pp. 443-468.

Selon Wilson les discours conservateurs ont trop longtemps concentré l'attention sur la question raciale. En période de récession comme en période de nouvelle économie ils ont cherché à unir les Blancs contre le gouvernement et contre les minorités. Cette focalisation sur les différences raciales masque le fait que les différents groupes souffrent de maux communs, dont la baisse de demande pour le travail non qualifié, l'augmentation des inégalités de revenus, et la faible progression des salaires réels. Wilson souligne que s'ils souffrent de maux communs, les différents groupes raciaux ont également des croyances, des valeurs, des aspirations communes.

Les mutations économiques nationales et internationales ont un impact sur toutes les catégories de familles et de communautés. Les difficultés ne concernent pas seulement les Noirs. Avec eux, d'importantes proportions des populations : blanche, indienne, hispanique et asiatique subissent des temps de travail et des salaires flexibles, des ruptures familiales, un développement de l'anxiété professionnelle, des problèmes de logement.

Un des intérêts de l'ouvrage est de rappeler, de manière particulièrement claire, ce qu'il en est de la progression des inégalités dans la période actuelle d'euphorie économique. La croissance et la nouvelle économie américaine sont en effet érigées en exemples de dynamisme et de performance. Il n'en reste pas moins que les inégalités continuent à croître aux Etats-Unis, cette progression étant une tendance préoccupante depuis plus de 20 ans. Par rapport à 1979 le salaire médian, en tenant compte de l'inflation, a baissé de 10 %. Depuis 1975 la part relative des revenus des 20 % des Américains les plus aisés n'a fait qu'augmenter, tandis que pour toutes les autres strates cette part n'a fait que diminuer. En un quart de siècle les revenus des 5 % les plus riches sont passés de 15 à 20 % des revenus totaux, se situant maintenant très au-dessus des revenus de 60 % de la population. Les plus pauvres, massivement issus des minorités raciales, restent concentrés dans des quartiers qui ne bénéficient que très marginalement de la période actuelle de croissance. Les signes d'inversement de toutes ces tendances sont inexistantes ou minimes.

Face à la progression des inégalités, à la concentration de la pauvreté et à la persistance du racisme culturel, il est possible, selon Wilson, de développer de nouveaux modes de prise en charge des problèmes. Une coalition politique multiraciale pourrait générer un débat national afin de réformer les politiques gouvernementales. Cette coalition devrait dépasser les uniques problèmes raciaux pour se concentrer sur des problèmes et des thèmes communs : législation commerciale ou législation du travail par exemple. Plutôt que de traiter du problème de la ségrégation (qui n'intéresse plus beaucoup les Blancs), il s'agirait de débattre de celui de l'étalement urbain qui préoccupe tout le monde. En fait, insiste Wilson, cette coalition sera de plus en plus nécessaire car les individus et les groupes, tous concernés par la nouvelle économie globale, sont de plus en plus interdépendants. Les problèmes collectifs (pollution, insécurité, précarité des conditions de travail pour les moins qualifiés) s'intensifient, et il devient impossible de raisonner, de décider et d'agir de manière séparée. La segmentation de la population et des problèmes devient de moins en moins performante en terme d'action publique.

Par ailleurs les craintes sociales tout comme les préférences politiques convergent de plus en plus. Tout au long de la « fracture raciale » les inquiétudes exprimées dans les sondages d'opinion sont, grossièrement, les mêmes (qualité de l'éducation, stabilité des emplois, etc.). Les souhaits d'intervention publique sont également de plus en plus proches (équilibrer le budget, réformer le système d'assistance). Même pour les thèmes les plus sensibles, les différences, qui restent notables, ne sont plus des fossés infranchissables. Au sujet de l'*Affirmative Action*, 38 % des Blancs considèrent que le Congrès devrait faire de sa limitation un sujet prioritaire. C'est le cas de 25 % des Noirs, de 30 % des Hispaniques et de 27 % des Asiatiques.

Sur le registre de l'*Affirmative Action* Wilson ne reprend pas la litanie de critiques qui sont adressées à ces programmes. L'argumentation de Wilson repose sur un constat important : les Américains sont majoritairement à la fois contre les programmes d'*Affirmative Action*, et pour que des efforts plus importants soient entrepris afin d'aider minorités les plus en difficulté⁸³. Se préoccupant plus d'efficacité que de principes de justice, Wilson considère que des mesures différentielles qui ne prendraient en compte que les besoins, sans aucune considération pour la race, ne seraient pas adéquates. Elles bénéficieraient de manière disproportionnée aux Blancs. En effet l'environnement familial et urbain des familles est à appréhender selon les lignes de clivage racial. Quand les Blancs et les Noirs ont le même salaire, les premiers disposent d'un patrimoine significativement plus élevé. En fait la suppression pure et simple des traitements différentiels prenant en considération les problèmes raciaux, pour les remplacer par de simples critères sociaux, reviendrait à ne rien faire pour les minorités raciales. Wilson avance donc la nécessité de passer de critères rigides (sociaux ou raciaux) à des critères « souples » permettant d'évaluer les mérites individuels, pour entrer à l'université ou pour accéder à un emploi public. Il propose de passer de l'*Affirmative Action* à l'*affirmative opportunity*. L'idée force est de tenter d'assurer de manière souple l'égalité des chances, plutôt que d'imposer, avec la brutalité des quotas, une égalité de fait.

Normatif et prescriptif, Wilson en appelle aux responsables politiques ainsi qu'aux représentants des minorités pour qu'ils travaillent ensemble, en bannissant de leur vocabulaire et de leurs discussions ce qui les sépare. Il les invite à mettre de côté les particularismes raciaux car les discussions porteraient alors seulement sur les antagonismes. Au final Wilson prend les accents d'un véritable prêche pour que le peuple américain se mobilise dans cette coalition multiraciale.

Ce petit livre a bien des mérites. Si la thèse peut paraître incantatoire, elle ne l'est pas plus que tout autre discours volontariste. Cet ouvrage est un produit typique des universitaires américains qui publient des articles très sérieux dans des revues scientifiques et qui prennent position dans des essais qui s'appuient sur leurs recherches. A cet égard *The Bridge over Racial Divide* est un modèle du genre. On y révisé les thèmes de travail de Wilson. On y trouve ses résultats de manière claire et condensée. On y glane quelques informations originales (en particulier sur les chiffres des inégalités). Cependant le livre présente les défauts du genre. Wilson affirme plusieurs fois vouloir s'appuyer sur le potentiel de soutien mutuel entre les différentes communautés, mais il ne se donne pas les moyens de réellement l'évaluer. Il ne s'inquiète jamais non plus des conditions de possibilité de la mobilisation collective. Par ailleurs si ses propositions relatives à l'*Affirmative Action* peuvent rencontrer l'opinion publique, on peut toutefois s'interroger à la fois sur la constitutionnalité et sur la faisabilité des critères « souples » qu'il propose. On en comprend bien l'enjeu, mais on ne discerne pas les modalités de sa concrétisation. On pourrait multiplier les exemples de ces imprécisions. *The Bridge over the Racial Divide* ne vise pas la perfection analytique ou théorique. Il s'agit d'un texte politique, à apprécier comme tel, et à lire comme un exemple d'un type de production qui a ses faiblesses mais aussi ses vertus, notamment celles de la clarté de l'exposé, de la contribution au débat public, et de la synthèse d'une pensée.

ANNEXE 3 - BIBLIOGRAPHIE

Il s'agit ici des ouvrages utilisés et cités dans ce document de travail. La littérature sur l'*Affirmative Action* et sur la « discrimination positive » est bien trop conséquente pour qu'on puisse imaginer avoir été ici exhaustif. On pense toutefois avoir présenté, ou au moins signalé, les principaux textes et les principaux courants. Rappelons juste que cette note

⁸³ Voir à ce sujet Paul M. Sniderman, Edward G. Carmines, *Reaching Beyond Race*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

reposant sur le travail de Gwénaële Calvès, le plus intéressant est certainement de se reporter directement à ses textes. Cet auteur a récemment (1999) réalisé une synthèse très claire sur la « discrimination positive » dans la collection « Problèmes Politiques et Sociaux » à la Documentation française.

- ♦ BACHELOT (Denis), « La France raciste ? », *Commentaire*, n° 78, été 1997, pp. 437-442.
- ♦ BALLAM (Deborah A.), « Affirmative Action : Purveyor of Preferential Treatment or Guarantor of Equal Opportunity ? A Call for a 'revisioning' of Affirmative Action », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 18, n° 1, 1997, pp. 1-29.
- ♦ BEHAR (Daniel), « Entre intégration des populations d'origine étrangère et politique de la ville : existe-t-il une discrimination positive à la française ? », *Hommes & Migrations*, n° 1213, mai-juin 1998, pp. 79-88.
- ♦ BENETON (Philippe), « Un grand problème de société : le débat sur l'égalité aux Etats-Unis », *Problèmes Politiques et Sociaux*, n° 292, Paris, La Documentation française, 3 septembre 1976.
- ♦ BERGMANN (Barbara R.), *In Defense of Affirmative Action*, New York, BasicBooks, 1996.
- ♦ BICHOT (Jacques), « Insertion professionnelle des jeunes : la valse des mesures », *Droit Social*, n° 11, novembre 1987, pp. 755-758.
- ♦ BOURETZ (Pierre), « L'Affirmative Action ou les infortunes de l'égalité », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, pp. 115-128.
- ♦ BUISSON (Jacques), « Principe d'égalité et discriminations positives », *Revue française de Finances Publiques*, n° 63, septembre 1998, pp. 37-46.
- ♦ CALVES (Gwénaële), *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la « discrimination positive »*, Paris, LGDJ, 1998.
- ♦ CALVES (Gwénaële), « Les politiques de discrimination positive », *Problèmes Politiques et Sociaux*, Paris, La Documentation française, n° 822, 4 juin 1999.
- ♦ CARMINES (Edward G.), SNIDERMAN (Paul), *Reaching Beyond Race*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- ♦ CARTER (Stephen L.), *Reflections of an Affirmative Action Baby*, New York, BasicBooks, 1991.
- ♦ CASTEL (Robert), « Elargir l'assiette », *Projet*, n° 242, 1995, pp. 9-16.
- ♦ CASTEL (Robert), *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995.
- ♦ CHARPENTIER (Louis), « The European Court and the Rhetoric of Affirmative Actino », Institut Universitaire Européen, *Working Paper RSC No 98/30*, 1998.
- ♦ CHAUMONT (Jean-Michel), *La Concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, Paris, La Découverte, 1997.
- ♦ CHAVEZ (Lydia), *The Color Blind. California's Battle to End Affirmative Action*, Los Angeles, University of California Press, 1998.
- ♦ CLAYTON (Obie) (dir.), *An American Dilemma Revisited : Race Relations in a Changing World*, New York, Russel Sage Foundation, 1996.
- ♦ CLINTON (Bill), *Between Hope and History . Meeting America's Challenges for the 21st Century*, New York, Random House, 1996.
- ♦ COHEN (Richard), « Affirmative Action Has Had Its Day », *International Herald Tribune*, 3 février 1995.
- ♦ Conseil d'Etat, *Rapport public 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997.
- ♦ CURRY (George E.) (dir.), « To Fulfill these Rights », *The Affirmative Action Debate*, Reading, Addison-Wesley Publishing Company, 1996, pp. 16-24.
- ♦ D'SOUZA (Dinesh), *The End of Racism. Principles for a Multiracial Society*, New York, Free Press, 1995.
- ♦ DELGADO (Richard), *The Coming Race War ? An Other Apocalyptic Tales of America After Affirmative Action and Welfare*, New York, New York University Press, 1996.
- ♦ DUFOURCQ (Nicolas), « Vers un Etat providence sélectif », *Esprit*, n° 207, décembre 1994, pp. 55-75.

- ♦ DUPEYROUX (Jean-Jacques), « Le rapport Minc, une nouvelle trahison des clercs », *Libération*, 17 janvier 1995.
- ♦ DWORKIN (Ronald), *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- ♦ EASTLAND (Terry), *Ending Affirmative Action. The Case for Colorblind Justice*, New York, BasicBooks, 1996.
- ♦ FARNEY (Dennis), « Minorities in US Help Democrats Prevail in Polls », *Wall Street Journal Europe*, 6 novembre 1998.
- ♦ FETZER (Philipp L.), « 'Reverse Discrimination' : the Political Use of Language », *National Black Law Journal*, vol. 12, n° 3, 1993, pp. 212-229.
- ♦ GLAZER (Nathan), *Affirmative discrimination. Ethnic inequality and public policy*, New York, BasicBooks, 1975.
- ♦ GLAZER (Nathan), *We Are All Multiculturalists Now*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- ♦ GUERLAIN (Pierre), « Une ruse de la déraison : l'action positive américaine », *L'Homme et la Société*, n° 125, 1997, pp. 5-16.
- ♦ HACKER (Andrew), *Two Nations. Black and White, Separate, Hostile, Unequal*, New York, Charles Scribener's Sons, 1992.
- ♦ HALIMI (Serge), « Allocations, équité, égalité », *Le Monde Diplomatique*, août 1997, p. 18.
- ♦ JELEN (Christian), « La régression multiculturaliste », *Le Débat*, n° 97, 1997, pp. 137-143.
- ♦ KAHLENBERG (Richard D.), *The Remedy : Class, Race and Affirmative Action*, New York, BasicBooks, 1996.
- ♦ KAPLAN (John), « Equal Justice in an Unequal World : Equality for the Negro - the Problem of Special Treatment », *Northwestern University Law Review*, vol. 61, 1966, pp. 363-410.
- ♦ KAUFFMANN (Sylvie), « Etats-Unis : le malaise de l'homme blanc' », *Le Monde*, 18 février 1995.
- ♦ LACORNE (Denis), « Pour un multiculturalisme modéré », *Le Débat*, n° 97, 1997, pp. 158-167.
- ♦ LACORNE (Denis), *La crise de l'identité américaine. Du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Fayard, 1997.
- ♦ LE POURHIET (Anne-Marie), « Discriminations positives ou injustices ? », *Revue française de droit administratif*, vol. 14, n° 3, 1998, pp. 519-525.
- ♦ LIPSET (Martin Seymour), *American Exceptionalism. A Double-Edged Sword*, New York, W. W. Norton, 1996.
- ♦ LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, n° 11, novembre 1987, pp. 778- 790.
- ♦ LYNCH (Frederick R.), *Invisible Victims : White Males and the Crisis of Affirmative Action*, New York, Greenwood, 1989.
- ♦ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *Revue française de droit administratif*, vol. 13, n° 5, 1997, pp. 906-925.
- ♦ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.
- ♦ MINC (Alain), *La France de l'an 2000*, Paris, Odile Jacob, 1994.
- ♦ MISHKIND (Charles S.), « Reverse Discrimination/Affirmative Action Litigation Update : Where is it Going ? », *Employee Relations Law Journal*, vol. 22, n° 3, 1996, pp. 107-123.
- ♦ MYRDAL (Gunnar) (avec Richard Sterner et Arnold Rose), *An American Dilemma : The Negro Problem and Modern Democracy*, New York, Harper Brothers, 1944.
- ♦ NOBLET (Pascal), *L'Amérique des minorités. Les politiques d'intégration*, Paris, L'Harmattan, 1993.
- ♦ PETERSON (Paul E.) (dir.), *Classifying by Race*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

- ♦ QUADAYNO (Jill), *The Color of Welfare*, New York, Oxford University Press, 1995.
- ♦ REYNOLDS (WM. Bradford), « Affirmative Action and Its Negative Repercussions », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n° 523, septembre 1992, pp. 39-62.
- ♦ ROBERTS (Paul Craig), *The New Color Line : How Quotas and Privilege Destroy Democracy*, Washington, Regnery, 1995.
- ♦ ROSENFELD (Michel), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- ♦ SHIPLER (David K.), *A Country of Strangers : Blacks and Whites in America*, New York, Knopf, 1997.
- ♦ SKRENTNY (John D.), *The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture and Justice in America*, Chicago, Chicago University Press, 1996.
- ♦ SOWELL (Thomas), *Preferential Policies : An International Perspective*, New York, William Morrow, 1990.
- ♦ STASSE (François), « Egalité et discriminations positives », *Regards sur l'actualité*, juin 1997, n° 282, pp. 19-25.
- ♦ STEEH (Charlotte), « Affirmative Action and the Public », *Public Opinion Quarterly*, vol. 60, n° 1, 1996, pp. 128-158.
- ♦ STEIN (Nancy), « Affirmative Action and the Persistence of Racism », *Social Justice*, vol. 22, n° 3, 1995, pp. 28-44.
- ♦ STRATTIN, (Lawrence M.) *The New Color Line : How Quotas and Privilege Destroy Democracy*, Washington, Regnery, 1995.
- ♦ SUEUR (Jean-Pierre), *Demain, la ville*, Paris, La Documentation française, 1998 (2 tomes).
- ♦ TAGUIEFF (Pierre-André), *Le Racisme*, Paris, Flammarion, coll. « Dominos », 1997.
- ♦ THERMES (Jules), *Essor et déclin de l'Affirmative Action. Les étudiants noirs à Harvard, Yale et Princeton*, Paris, CNRS Editions, 2000.
- ♦ THERNSTROM (Stephan), THERNSTROM (Abigail), *America in Black and White. One Nation, Indivisible*, New York, Simon & Schuster, 1997.
- ♦ UROFSKY (Melvin I.), *A Conflict of rights. The Supreme Court and Affirmative Action*, New York, Charles Scribner's sons, 1991.
- ♦ VOLOVITCH (Pierre) « Faut-il cibler la protection sociale sur 'ceux qui en ont réellement besoin' ? », *Droit Social*, n° 9-10, 1995, pp. 739-743.
- ♦ VROOM (Cynthia), « Principe d'égalité et 'Affirmative Action' aux Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 24, 1995, pp. 805-822.
- ♦ WILSON (William Julius), *The Bridge over the Racial Divide. Rising Inequality and Coalition Politics*, Berkeley, University of California Press, 1999.
- ♦ WILSON (William Julius), *The Declining Significance of Race. Blacks and Changing American Institutions*, Chicago, Chicago University Press, 1978.
- ♦ WILSON (William Julius), *The Truly Disadvantaged*, Chicago, Chicago University Press, 1987.
- ♦ WILSON (William Julius), *When Work Disappears. The World of the New Urban Poor*, New York, Knopf, 1996.

