

# L'ÉGALITÉ PAR LE DROIT : LES PARADOXES DE LA DISCRIMINATION POSITIVE AUX ÉTATS-UNIS

Daniel SABBAGH, directeur de recherche au Centre d'études et de recherches internationales (CERI-FNSP) et enseignant à l'Institut d'études politiques de Paris. Auteur de *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, paru aux éditions Economica dans la collection « Études politiques » en juin 2003.

**Texte communiqué à partir de la rencontre-débat du 28 juin 2006, organisée par le Centre de Ressources Politique de la Ville en Essonne.**

## Qu'est-ce que la discrimination positive ?

### Dissocier discrimination positive et multiculturalisme

En 1995 – année durant laquelle nous avons entrepris la recherche qui allait déboucher sur la rédaction de l'ouvrage *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis* –, la question de la discrimination positive n'intéressait pas grand monde en France. Elle n'avait pas encore été constituée en objet spécifique d'investigation scientifique. Elle n'avait pas non plus été intégrée au débat public en tant que sujet analytiquement distinct des controverses émergentes sur le « multiculturalisme », controverses alors caractérisées par un degré d'abstraction et de généralité particulièrement élevé. Quelles que soient les positions adoptées à son endroit, la discrimination positive apparaissait à ce moment-là aux yeux des commentateurs français comme l'une des facettes d'un communautarisme centrifuge, au même titre que l'idéologie multiculturaliste et que l'entreprise de codification des comportements à laquelle faisait référence la notion de « politiquement correct » (*political correctness*), sans analyse plus fine des différentes composantes de ce communautarisme américain. De ce dernier n'était disponible qu'une représentation globalisante, entièrement déterminée par le contraste qu'elle était appelée à offrir par rapport à un modèle français tout aussi stylisé, dont elle constituait en quelque sorte la figure inversée. Le débat tendait alors à s'enliser dans une opposition stérile entre des abstractions présentées sous la forme d'une série de binômes (républicanisme/communautarisme, droits des individus/droits des groupes, égalité/équité), lesquels ne permettaient pas de saisir la spécificité des enjeux soulevés par les politiques de discrimination positive. En un mot, il nous semblait que la conception républicaine dominante qui érigait en contre-modèle le communautarisme américain, dont l'*affirmative action* (que nous traduirons ici par « discrimination positive ») était présentée comme l'une des manifestations, et la position adverse défendue par des sociologues comme Alain Touraine ou Michel Wieviorka – qui se réclamaient d'un multiculturalisme modéré – relevaient l'un comme l'autre d'une perspective homogénéisante, englobant abusivement sous une même dénomination

des objets analytiquement distincts. Notre objectif était donc de dissocier discrimination positive et multiculturalisme pour dissiper la confusion alors de plus en plus systématiquement opérée entre, d'une part, la problématique de la réduction des inégalités entre groupes définis sur une base sexuelle ou ethnoraciale – dont relevait initialement *l'affirmative action* – et, d'autre part, les enjeux relatifs à la gestion de la diversité culturelle au sein d'un État démocratique, et ce justement afin d'identifier les facteurs spécifiques ayant contribué à la superposition, voire à l'imbrication de ces deux problématiques que l'on a pu observer aux États-Unis depuis la fin des années 1970 et que, dans une certaine mesure, on observe aujourd'hui en France.

### Définition du concept d'*affirmative action*

De manière générale, nous appelons *affirmative action* l'ensemble des dispositions, de nature publique ou privée, adoptées pour la plupart à partir de la fin des années 1960 à l'initiative de différents organes de l'appareil administratif fédéral américain, octroyant aux membres de certains groupes ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire d'ampleur variable un traitement préférentiel dans la répartition de certaines ressources rares, génératrices de gratifications matérielles et symboliques. Les groupes en question sont les Noirs, les « Hispaniques », les femmes, les descendants des populations autochtones (*Native Americans*) et parfois les Asiatiques. Les trois domaines d'application du dispositif sont l'emploi, l'attribution de marchés publics et l'admission dans les universités. Dans tous les cas, l'objectif est de remédier à la sous-représentation statistique des membres de ces groupes dans la population de référence.

Plus précisément, l'expression « traitement préférentiel », employée ici sans aucune intention polémique, se rapporte à une situation dans laquelle (si l'on s'en tient au cas de figure simplifié de l'opposition binaire entre deux groupes raciaux préalablement délimités) un candidat noir N1 se trouve sélectionné pour occuper une position donnée alors qu'il existait au moins un candidat blanc B dont le niveau de qualification était supérieur, c'est-à-dire tel que si un autre candidat noir, N2, avait présenté ce même niveau de qualification, c'est sa candidature qui aurait été retenue de préférence à celle de N1<sup>1</sup>.

En d'autres termes, c'est l'identification raciale qui, pour les acteurs en présence, constitue le facteur déterminant de l'obtention ou de la non-obtention d'un bien valorisé. Ce dispositif constitue une entorse, et à une éventuelle norme de non-prise en compte des catégories raciales par les pouvoirs publics (*color-blindness*), et au principe méritocratique, alors même que ce dernier, censé être en vigueur dans deux des trois secteurs concernés par *l'affirmative action* (l'emploi et l'admission à l'université), demeure perçu comme intrinsèquement juste par la grande majorité de la population américaine.

La définition qui précède correspond à l'usage dominant de l'expression *affirmative action* dans le débat public américain à l'heure actuelle. Il existe tou-

1. On entend par « qualifications » l'ensemble des indicateurs de compétence communément perçus comme étant susceptibles d'alimenter un jugement probabiliste légitime quant à la performance ultérieure du candidat. On notera que la définition du « traitement préférentiel » ici adoptée ne préjuge en rien de la validité objective des modalités concrètes de détermination du niveau de qualification des individus en compétition.

tefois une distinction importante entre cet usage et l'acception originelle de la formule en question. En effet, jusqu'à la fin des années 1960, celle-ci désignait essentiellement l'ensemble des dispositions spécifiquement destinées à susciter une augmentation du nombre de candidats noirs à une position donnée : diffusion des offres d'emploi dans les organes de presse dont les Noirs constituaient la majorité du lectorat, mise en place de programmes de formation professionnelle à leur intention, effort de recrutement accru dans les zones géographiques où ils se trouvaient concentrés, etc. La prise en considération du facteur racial par l'instance allocatrice intervenait uniquement, de manière ponctuelle et localisée, à l'étape précédant la sélection proprement dite. Cet agencement est fondé sur un strict découplage entre, d'une part, une phase préliminaire d'élargissement délibéré de l'ensemble dont sont extraits *in fine* les candidats choisis (*outreach*) et à laquelle la prise en compte de la couleur de peau (*color-consciousness*) est circonscrite, et, d'autre part, l'étape finale du processus de recrutement. S'y oppose, à partir du début des années 1970, un mécanisme également qualifié par extension d'*affirmative action*, qui se caractérise au contraire par une différenciation plus ou moins marquée et plus ou moins explicite des modalités de sélection en fonction de l'identité raciale des postulants à toutes les étapes du recrutement, y compris dans la phase décisionnelle. C'est à cette seconde forme d'*affirmative action* que notre analyse sera exclusivement consacrée, puisque c'est elle qui constitue le principal objet de controverse.

### Comment traduire le concept

Quelques précisions également concernant le problème de la traduction. Nous avons ici fait le choix de traduire l'expression d'*affirmative action* par « discrimination positive », choix qui suscite souvent des objections de la part de certains défenseurs du dispositif. Ces derniers considèrent en effet que l'adjectif qualificatif (positif) est en réalité impuissant à contrebalancer la connotation péjorative associée au substantif (discrimination) et que cette option terminologique contribuerait donc à discréditer d'emblée le dispositif en soulignant l'homologie formelle qui existerait entre lui et les formes de discrimination « négatives ». À cela il est possible de répondre que :

- d'une part, cette homologie formelle existe bel et bien : il existe indiscutablement des individus qui subissent un coût non négligeable du fait de la mise en œuvre de la discrimination positive, et il ne nous appartient pas, dans le cadre d'un travail à vocation scientifique, de le dissimuler, quand bien même cette dissimulation contribuerait de manière plus ou moins efficace à sa légitimation au plan politique ;
- d'autre part, il est possible au locuteur d'explicitier le fait que cette homologie formelle n'implique pas nécessairement à ses yeux une condamnation du dispositif ;
- enfin, en dépit du problème soulevé, la traduction d'*affirmative action* par « discrimination positive » est encore la moins gênante des différentes options envisageables dans le cadre de cette recherche et de ces enjeux.

En effet, si « action positive », dans sa quasi-vacuité, est sans doute la solution qui se rapproche le plus de la formulation américaine *affirmative action*, elle

contribue à entretenir la confusion entre des pratiques distinctes et perçues comme telles par les acteurs concernés (*outreach* et traitement préférentiel), qu'il est donc préférable de dissocier.

L'expression « action antidiscriminatoire », quant à elle, présente un inconvénient majeur : elle occulte la portée de la rupture entre la simple application de la législation antidiscriminatoire mise en place aux États-Unis avec le *Civil Rights Act* de 1964 et, à partir du début des années 1970, l'adoption plus ou moins explicite d'une norme de quasi-proportionnalité raciale. Or cette rupture et ses modalités de dissimulation constituent justement l'un de nos principaux objets d'analyse.


Enfin, la formule « action compensatoire » apparaît elle aussi inadaptée, dans la mesure où la référence à la notion de compensation ne constitue que l'une des justifications de l'*affirmative action* que l'on peut concevoir – justification qui se révèle, de surcroît, profondément inadéquate. L'expression « discrimination positive » présente au contraire l'avantage d'être en relative cohérence avec les orientations générales de notre recherche. Elle indique, par son premier terme, l'homologie formelle fréquemment observable entre le fonctionnement effectif de l'*affirmative action* et les pratiques que la législation antidiscriminatoire des années 1960 avait initialement pour objet d'éradiquer, quelle que soit l'identité raciale des individus en présence. Elle suggère aussi, par l'adjectif épithète accolé au substantif, l'existence d'une différence qualitative moralement pertinente entre ces deux types de discrimination.

## Genèse et institutionnalisation de l'*affirmative action* aux États-Unis

Si la discrimination positive est en vigueur depuis suffisamment longtemps pour apparaître désormais, aux yeux des observateurs français, comme l'une des principales caractéristiques du « modèle » américain d'intégration, son instauration au tournant des années 1970 constitue néanmoins une rupture paradoxale au regard de la législation antidiscriminatoire adoptée quelques années plus tôt.

En effet, le *Civil Rights Act* du 2 juillet 1964, qui énumère l'ensemble des facteurs ne pouvant légitimement être invoqués par des acteurs privés pour motiver l'adoption d'une décision portant préjudice à d'autres acteurs privés dans un certain nombre de situations d'échange potentiel, interdit notamment aux entreprises de plus de vingt-cinq salariés d'exercer à l'encontre d'aucun individu (*any individual*) une forme quelconque de discrimination à l'emploi qui serait fondée sur « la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale de l'individu en question ».

Si l'objectif de mettre un terme à la discrimination raciale subie plus spécifiquement par les Noirs est indiscutablement à l'origine du projet de législation antidiscriminatoire, la protection accordée par la loi s'étend en principe à l'ensemble des individus et donc, par implication, aux Blancs eux-mêmes. Cette universalité dans la formulation, nécessaire à la reconnaissance par le pouvoir judiciaire de la validité de la norme législative ainsi promulguée, n'a



cependant pas empêché la mise en place de politiques d'*affirmative action* dans les années suivantes. L'analyse de la genèse du dispositif, qui a fréquemment donné lieu à des simplifications hâtives, mérite donc un examen quelque peu détaillé.

### Contre les idées reçues

Un an après la vague d'incidents survenus dans une dizaine de villes américaines au cours des semaines qui suivirent le vote du *Civil Rights Act* en juillet 1964, le déclenchement à plus grande échelle de troubles du même type à Watts, ghetto noir de Los Angeles, le 11 août 1965, va faire prendre conscience au gouvernement fédéral du danger que la marginalité socio-économique persistante d'une partie de la jeunesse noire constitue pour l'ordre public. En effet, cette explosion de violence inaugure une longue série d'événements similaires : dans les années 1966-1968, on dénombre au total 290 incidents divers, dont le bilan s'élève à 169 morts, 7 000 blessés et 40 000 arrestations. Face à une situation désormais perçue comme une crise politique majeure, des initiatives radicales paraissent s'imposer, d'autant plus que l'enjeu est alors la préservation de l'ordre public et non plus simplement la réalisation d'une forme de justice compensatoire au bénéfice de la communauté noire.

Reste toutefois à identifier les déterminants de la forme spécifique d'action publique qui s'est finalement imposée. Contrairement à ce que l'on entend parfois, celle-ci n'est pas le produit des pressions qu'auraient exercées en ce sens les associations noires. S'il est exact que les émeutes ont un temps contribué à accroître l'audience dont disposaient les dirigeants des principaux mouvements noirs auprès des instances gouvernementales (qui, prises au dépourvu par l'ampleur de la crise, engagent effectivement de nombreuses consultations à partir de l'été 1965 avec l'ensemble des acteurs supposés représentatifs), il apparaît bientôt que les interlocuteurs traditionnels des pouvoirs publics en matière raciale ne détiennent en fait aucune influence sur les auteurs de troubles et ne sont par conséquent nullement en mesure de monnayer leur capacité de contrôle des perturbateurs, manifestation inexistante, dans le cadre d'un marché qui prévoirait en contrepartie la mise en place d'une politique de discrimination positive.

Les émeutes ont précisément pour conséquence de révéler, en un laps de temps relativement bref, le déclin de l'autorité d'organisations modérées comme la Southern Christian Leadership Conference de Martin Luther King et la National Association for the Advancement of Colored People de Roy Wilkins, ce qui vient rapidement dissiper toute tentation du gouvernement Johnson de s'en remettre à elles pour assurer la préservation de l'ordre public, et *a fortiori* de conclure avec leurs dirigeants un quelconque « pacte » à cette fin. De plus, à supposer même que l'on puisse observer une attitude plus conciliante du pouvoir exécutif envers les revendications formulées par ces associations, le point crucial est qu'à aucun moment ne figure parmi ces revendications la mise en place d'un dispositif d'*affirmative action* au sens contemporain du terme, et ce tout au moins jusqu'au début des années 1970. Autrement dit, il n'y a pas eu de mobilisation soutenue des organisations noires en faveur de la discrimination positive antérieurement à son institution,

ce qui rend éminemment improbable l'hypothèse du compromis entre les élites des deux groupes raciaux, quand bien même on aurait la prudence d'attribuer à ce dernier un caractère tacite.

### La vraie genèse de l'*affirmative action*

La discrimination positive est, au contraire, une politique dont l'initiative est venue d'en haut. Lors des débats menés au Congrès au sujet du « plan de Philadelphie » (*Philadelphia Plan*), qui marque la première étape de la mise en œuvre de l'*affirmative action*, c'est paradoxalement le gouvernement républicain de Richard Nixon qui doit entreprendre de convaincre les dirigeants de la NAACP et des autres composantes du lobby noir, initialement réticents, d'apporter leur soutien à ce programme<sup>2</sup>. Ce n'est qu'à partir du moment où Nixon, en raison de calculs électoraux, sera amené à se présenter comme un fervent adversaire du dispositif dont il aura pourtant été l'un des instigateurs, que les principales organisations noires feront de la défense de l'*affirmative action* l'un de leurs chevaux de bataille.

En résumé, tout schéma interprétatif qui tendrait à présenter la discrimination positive comme une concession délibérément accordée par les pouvoirs publics à des groupes d'intérêt en échange d'une prestation quelconque est invalidé par le fait que ces derniers n'ont en réalité commencé à émettre des revendications ayant l'*affirmative action* pour objet qu'après sa mise en place par le gouvernement. S'il semble que la mobilisation ultérieure du lobby noir ait joué un rôle déterminant dans la pérennisation du dispositif, il serait en revanche erroné de lui attribuer un pouvoir générateur. Les facteurs qui contribuent à la stabilité de la politique publique qu'est la discrimination positive ne sont pas ceux qui ont contribué à son avènement.

Si les émeutes raciales des années 1965-1968 constituent l'arrière-plan qui va faire apparaître comme nécessaire une intervention supplémentaire de la part des pouvoirs publics afin de faire reculer le chômage des Noirs, les déterminants immédiats de la forme spécifique prise par l'action du gouvernement, en réalité, sont autres.

Dans le domaine de l'emploi, les deux organismes principaux sont l'EEOC (Equal Employment Opportunity Commission) et l'OFCC (Office of Federal Contract Compliance). Le premier a pour mission de détecter les infractions au Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 et d'engager le cas échéant des poursuites judiciaires à l'encontre des employeurs fautifs<sup>3</sup>. Quant au second, c'est une subdivision du ministère du Travail censée vérifier que les entreprises signataires d'un contrat avec le gouvernement fédéral – et leurs sous-contratants éventuels – se conforment à l'obligation de mettre en œuvre une politique d'*affirmative action* qui leur est spécifiquement imposée en vertu des décrets 10.925 et 11.246, obligation dont il lui incombe par ailleurs de spécifier la teneur. C'est d'un effort d'harmonisation des procédures mises en

2. Adopté le 27 juin 1969, le « plan de Philadelphie » visait à imposer aux entreprises contractant avec l'État le recrutement prioritaire de membres des minorités jusqu'à ce que ces derniers représentent un certain pourcentage du personnel.

3. Le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 proscrit à l'embauche et dans l'évolution de la carrière les traitements différenciés qui seraient fondés sur « la race, la couleur, le sexe, la religion ou l'origine nationale ».

œuvre par les deux agences qu'est issue, dès mars 1966 – soit moins de deux ans après le vote du *Civil Rights Act* –, la mesure qui apparaît rétrospectivement comme la première étape décisive dans la mise en place des politiques de discrimination positive.

En effet, à cette date, la commission mixte (*Joint Reporting Committee*), chargée de mettre au point un outil statistique qui permettrait de comparer les données recueillies par l'EEOC et l'OFCC, dévoile le résultat de ses travaux. Les deux organismes sont désormais invités à faire usage d'un même formulaire normalisé – le *Standard Form 100* (parfois appelé également *Employer Information Report EEO-1*) – qui a pour but, d'une part, de faciliter la collecte des informations jugées nécessaires au repérage des infractions à la législation de 1964, d'autre part, d'établir les cas de non-respect de leurs obligations contractuelles par les employeurs soumis à la supervision de l'OFCC. Or, parmi les informations recueillies figure pour la première fois la « race » des employés des établissements concernés. Dorénavant, les entreprises de plus de cinquante salariés sous contrat avec le gouvernement fédéral ainsi que l'ensemble des entreprises de plus de cent salariés seront tenues de fournir chaque année un document actualisé faisant état de la composition de leur main-d'œuvre, en fonction d'un schéma classificatoire issu de la superposition des trois modes de catégorisation suivants :

- le clivage sexuel (hommes/femmes) ;
- l'appartenance à l'un des neuf groupes professionnels (*job-groups*) qui rassemblent les titulaires d'emplois exigeant un niveau de qualification comparable et considérés comme similaires quant à la nature des tâches à accomplir, la position correspondante dans l'échelle des salaires et les perspectives de promotion qui leur sont associées ;
- l'identification à l'une des cinq catégories suivantes : les Blancs, les Noirs, les Indiens d'Amérique (groupe auquel sont rattachées d'autres populations autochtones telles que les Eskimos et les Aléoutes, de par les aléas de la simplification bureaucratique), les Orientaux et enfin les personnes « portant un nom à consonance hispanique » (*Spanish-surnamed*).

Sous une forme quelque peu modifiée, ce « pentagone ethnoracial » – qui constitue l'infrastructure sur laquelle repose le fonctionnement de l'*affirmative action* et, au-delà, celui de l'ensemble de l'action antidiscriminatoire – est toujours en vigueur à l'heure actuelle. L'institutionnalisation bienveillante de l'identité raciale par les pouvoirs publics se trouve donc amorcée dès la seconde moitié des années 1960.

Quant à la discrimination positive elle-même, elle apparaît avant tout comme le résultat d'un processus de rationalisation bureaucratique de l'action antidiscriminatoire.

En effet, l'approche individualisée (qui, à l'origine, conduisait l'EEOC à examiner chaque plainte séparément) allait se révéler inadaptée au regard du nombre considérable de requêtes adressées à l'agence – qui était en mesure de n'en traiter qu'une infime partie<sup>4</sup> –, sans compter les difficultés quasi inextricables que soulevait l'administration de la preuve d'une intention discrimi-

4. Soit à peine plus d'une centaine parmi les quelque quinze mille plaintes qui lui étaient parvenues dès l'année de sa création.

natoire devant les tribunaux. Par ailleurs, les conditions d'activation des mécanismes de contrôle, et notamment le fait que l'enclenchement d'une procédure judiciaire soit subordonné au dépôt d'une plainte par un individu estimant avoir été victime de discrimination, permettait paradoxalement aux entreprises dont les pratiques discriminatoires étaient notoires (au point de dissuader les Noirs à la recherche d'un emploi de simplement présenter leur candidature) de passer entre les mailles du filet.

Pour résoudre le premier de ces deux problèmes, l'EEOC allait être amenée dans les années 1970, sous l'impulsion du juriste Alfred Blumrosen puis, à partir de 1977, de sa présidente Eleanor Holmes Norton, à adopter une approche sélective caractérisée par l'utilisation de la technique des « recours collectifs » (*class action suits*). Plutôt que de disperser ses maigres ressources en entreprenant une multitude d'enquêtes dont l'impact demeurerait étroitement circonscrit – puisque chacune d'entre elles, en définitive, n'affectait que le sort d'un individu isolé –, l'agence allait désormais concentrer son activité sur certaines grandes entreprises et exiger, en cas de discrimination avérée, la mise en place de quotas destinés à garantir à brève échéance l'intégration effective d'un certain nombre de Noirs au sein de la main-d'œuvre, que les individus ainsi avantagés aient ou non été personnellement victimes de cette discrimination antérieure. Cette solution, problématique à bien des égards, permettait cependant d'accroître l'efficacité apparente de l'action de l'EEOC.

### Le pragmatisme administratif

Ce dernier point est particulièrement important. En effet, pour expliquer la substitution progressive d'une norme de quasi-proportionnalité raciale dans la distribution des emplois, au niveau de chaque unité de production, à la conception procédurale et individuo-centrée de l'égalité inscrite dans le titre VII du *Civil Rights Act*, il n'est nul besoin de supposer, comme le font certains auteurs hostiles à l'*affirmative action*, l'adhésion réflexive des responsables de l'EEOC et de l'OFCC à une nouvelle « idéologie », qui se caractériserait par la valorisation explicite de l'égalité de résultats entre les différentes collectivités raciales – ou l'instrumentalisation achevée de ces deux organismes par des groupes d'intérêt extérieurs à la bureaucratie fédérale et acquis à cet objectif. L'évolution considérée relève davantage de la logique sectorielle du pragmatisme administratif, analysée par le sociologue américain John David Skrentny, logique elle-même inséparable d'une quête de légitimité institutionnelle de la part de la direction des agences.

En effet, la spécificité des instances administratives tient en partie à ce que leur légitimité même dépend dans une large mesure de leur efficacité – ou, plus précisément, de leur efficacité démontrable au regard de l'objectif prioritaire qui leur est assigné. L'action d'organismes tels que l'EEOC et l'OFCC sera ainsi évaluée en fonction de ses résultats manifestes. Or, dans la mesure où l'on pouvait concevoir que ces agences, en définitive, avaient pour raison d'être de contribuer à une amélioration concrète de la situation économique des Noirs américains – et notamment à la réduction de leur taux de chômage particulièrement élevé – au moyen de l'éradication de la discrimination raciale dans l'emploi, il était raisonnable de s'attendre à ce que le jugement porté sur leur



performance soit déterminé, en dernier ressort, par l'évolution des statistiques relatives à la place occupée par les Noirs dans la main-d'œuvre des entreprises.

Étant donné que les réformes structurelles préconisées dans le rapport de la commission Kerner<sup>5</sup> auraient exigé une augmentation significative des dépenses publiques nécessitant elle-même une hausse de la pression fiscale dont la décision incombait au législateur, l'imposition aux employeurs d'« objectifs numériques » en matière de représentation des femmes et des minorités ethnoraciales, en dernier ressort, apparaissait comme le seul instrument dont disposaient les organes administratifs que sont l'EEOC et l'OFCC pour donner à leur action un semblant d'efficacité immédiate et mesurable. En un mot, dans la mesure où la pérennité de ces instances dans l'espace institutionnel dépendait de leur capacité à produire des effets tangibles, c'est-à-dire quantifiables au regard de l'évolution de certains indicateurs statistiques, la discrimination positive permettait justement de satisfaire cette exigence de calculabilité des résultats, caractéristique, selon Max Weber, de la dynamique de « rationalisation » consubstantielle à la modernité.

## Les différents discours de justification de l'affirmative action

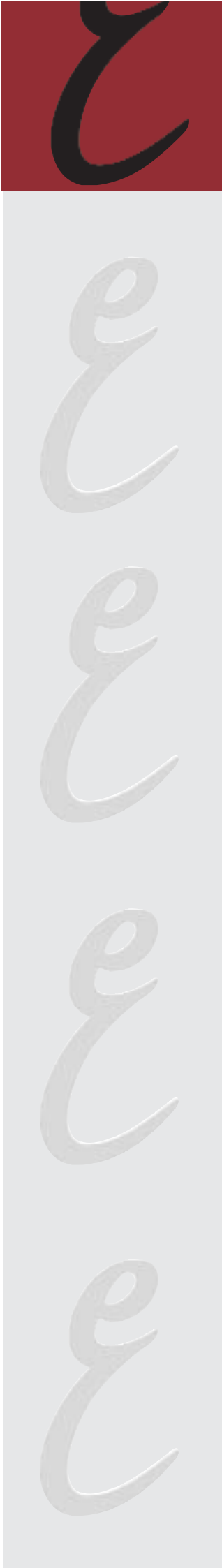
### Le paradigme de la compensation

La première justification dominante de la discrimination positive correspond à ce que l'on peut appeler le « paradigme de la compensation ». Ce dernier est cependant inadéquat.

En principe, l'usage rigoureux de la notion de compensation, importée du droit privé et également désignée dans le monde anglophone par l'expression *corrective justice*, exige que soient réunies un certain nombre de conditions : il faut pouvoir juridiquement constater l'existence d'un dommage mesurable subi par un individu déterminé (la victime), dommage consécutif à un acte précisément isolable et commis par un perpéteur clairement identifiable, lequel perpéteur se verra alors contraint, à partir des ressources qui lui appartiennent, de fournir à la personne à laquelle il a causé tort une forme de « réparation » proportionnelle au dommage qu'il lui a infligé, et ce dans le cadre d'une relation essentiellement bilatérale.

Dans cette perspective, seuls les individus personnellement affectés par le dommage en question pourraient légitimement prétendre recevoir un bénéfice compensatoire et, symétriquement, le coût de l'intervention correctrice ne devrait être imposé qu'aux individus personnellement responsables dudit dommage. Or, à cet égard, l'exigence de symétrie et l'exigence de proportionnalité qui sont associées à la notion de compensation ne sont pas satisfaites.

5. Mise en place en 1967, la commission Kerner avait été appelée à se pencher sur les causes des émeutes urbaines qui s'étaient multipliées depuis 1965.

- 
- D'une part, les individus qui subissent le coût de la discrimination positive (ceux dont la candidature a été écartée alors qu'elle aurait été retenue s'ils avaient présenté les caractéristiques raciales recherchées) ne sont généralement pas les perpétrateurs de l'injustice que l'on s'efforce de compenser, et il n'y a pas non plus de congruence entre l'ensemble des victimes de pratiques discriminatoires précisément identifiées et l'ensemble des bénéficiaires potentiels de l'*affirmative action* : l'octroi du bénéfice en question n'est pas subordonné à une investigation préalable qui viserait à s'assurer de ce que ceux qui en tirent avantage auraient effectivement été les victimes d'une discrimination juridiquement constatée. L'ensemble des bénéficiaires potentiels du dispositif est donc délimité de manière insuffisamment restrictive au regard de la logique inhérente à l'argument de la compensation, puisqu'il englobe la totalité des membres des minorités raciales – au lieu du sous-ensemble composé exclusivement des victimes d'une discrimination attestée. Par ailleurs, quand bien même on considérerait que les Noirs auraient tous été indirectement lésés par la stigmatisation héritée de l'esclavage et la ségrégation institutionnalisée qui lui a succédé, il est problématique que le bénéfice compensatoire conféré par la discrimination positive ne puisse pas être modulé en fonction du degré de gravité des dommages subis, en supposant que ce dernier soit décelable. Plus généralement, dans cette perspective où l'on transposerait le principe de justice compensatoire au domaine des relations entre collectivités raciales – dès lors envisagées comme des entités solidairement porteuses de responsabilités et de créances –, l'*affirmative action* demeure inéquitable dans la mesure où la redistribution qu'elle effectue n'intervient dans la plupart des cas qu'au-delà d'un certain seuil de « qualifications » et concentre donc les bénéfices impartis – ainsi que les coûts correspondants – sur des sous-ensembles des deux groupes raciaux, sous-ensembles délimités en fonction de considérations extrinsèques à la logique propre du paradigme de la compensation.
  - D'autre part, le coût du dispositif n'est absolument pas réparti en fonction du degré de culpabilité ou de responsabilité des individus blancs quant à l'injustice antérieurement commise envers les membres de la minorité noire. En particulier, il paraît difficile de ne pas tenir compte du fait que les individus pénalisés par la discrimination positive peuvent fort bien s'identifier subjectivement non pas au groupe dominant mais à une autre minorité, définie en fonction de la religion ou de l'origine nationale – Juifs, Italiens, Polonais, etc. –, minorité qui aurait elle-même été victime de discriminations dans le passé. De ce point de vue, on peut se demander si la précision minimale exigée dans l'application du principe de justice compensatoire ne devrait pas conduire à prendre en compte non seulement les différences de degré dans l'injustice subie par chacun des groupes qui bénéficient à l'heure actuelle de l'*affirmative action*, mais également les différences dans l'ampleur des gains que les diverses composantes du groupe des Blancs auraient retirés du système officiel de subordination raciale autrefois en vigueur, ces différences étant déterminées notamment par la date de la vague d'immigration à l'origine de leur présence sur le sol des

États-Unis. Or, à cet égard, la discrimination positive présente, là encore, un caractère paradoxal. Comme le souligne le juge Antonin Scalia dans une critique acerbe du dispositif (rédigée avant son accession à la Cour suprême) dans les années 1970, c'étaient précisément les groupes « ethniques » d'origine européenne dont l'arrivée sur le territoire américain était comparativement récente – comme les Italiens, les Juifs ou les Polonais – « qui, dans les grandes villes, étaient souvent les premiers à se trouver en situation de concurrence avec les Noirs et les Hispaniques en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à l'éducation, au logement – et à [toutes ces] autres ressources qui permettent de se hisser péniblement au sommet de la pyramide sociale, sommet d'où l'on pourra ensuite faire assaut d'éloquence pour évoquer, en toute tranquillité, les exigences de la justice réparatrice ».

Cet argument, formulé par Scalia avec tout le tranchant qu'on lui connaît, a en tout cas le mérite d'attirer plus généralement l'attention sur un aspect problématique des politiques d'*affirmative action*, dont la justification en termes de compensation collective n'est pas en mesure de rendre compte : la répartition manifestement inéquitable de leur coût au sein même du groupe dont la totalité des membres, en théorie, seraient pourtant supposés pouvoir être mis à contribution. En effet, dans la mesure où une part essentielle de l'injustice censée constituer le fondement de l'entreprise réparatrice réside dans la discrimination raciale officiellement exercée par les pouvoirs publics, on peut penser que, étant donné le caractère démocratique du régime politique américain, il faudrait s'efforcer de faire en sorte que l'obligation d'acquitter la dette correspondante soit effectivement partagée entre l'ensemble des citoyens au nom desquels ont été commis les actes en question. En somme, quand bien même on admettrait le principe d'un bénéfice compensatoire qui serait collectivement octroyé à la communauté des Noirs par la communauté des Blancs, il n'en demeure pas moins que le coût du dispositif mis en œuvre à cette fin se trouve en pratique concentré sur une fraction de la population blanche, suivant un découpage largement aléatoire.

### Le paradigme de la diversité

La seconde de ces justifications correspond à ce que l'on peut appeler le « paradigme de la diversité », dont l'origine remonte à un arrêt rendu par la Cour suprême en 1978, *Regents of the University of California v. Bakke*. C'est dans cet arrêt que le juge Lewis Powell formule pour la première fois l'argument selon lequel l'*affirmative action* serait constitutionnellement valide en tant qu'instrument de promotion d'une diversité culturelle présumée être intrinsèquement bénéfique dans le contexte universitaire. La multiplicité des points de vue et l'interaction entre des étudiants dotés d'« expériences, de perspectives et d'idées » différentes (*experiences, outlooks and ideas*) sont ainsi envisagées, dans une optique proche de celle d'un John Stuart Mill, comme un ingrédient contribuant à l'enrichissement du processus d'apprentissage et à la formation d'une « atmosphère de spéculation, d'expérimentation et de création » favorable à la production et à la diffusion du savoir, qui demeurerait la vocation première de l'institution universitaire.

Par ailleurs, dans la mesure où les idées ne sont pas exclusivement le produit de l'intelligence spéculative mais apparaissent également comme des prises de position en rapport avec les pratiques sociales, l'expérience spécifique que constitue l'appartenance à une minorité raciale est alors envisagée comme une dimension du vécu structurant l'appréhension du monde des individus en question.

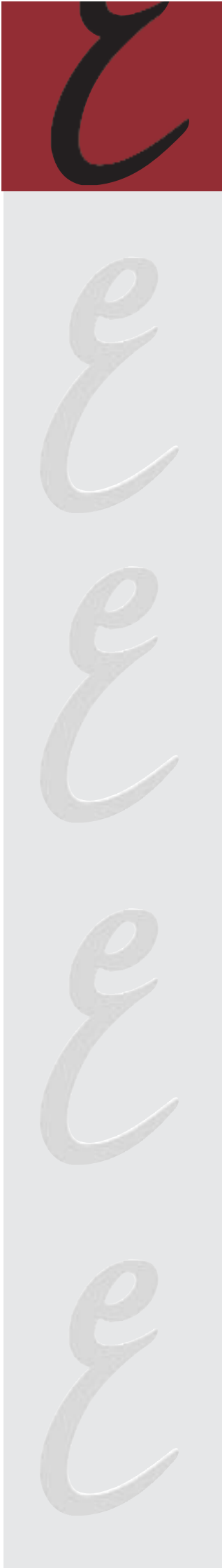
En somme, le raisonnement se décompose de la manière suivante : d'une part, la diversité intellectuelle est une valeur à promouvoir ; d'autre part, la diversité intellectuelle est corrélée à la diversité raciale. Plus précisément, l'hétérogénéité raciale est présentée comme n'étant – au même titre que la diversité des origines géographiques des candidats ou celle de leurs centres d'intérêt (dont la prise en considération dans les décisions d'admission est une pratique anciennement établie) – que l'une des composantes de la diversité globale, qui serait la variable à maximiser<sup>6</sup>. L'identité raciale peut donc entrer en jeu dans le processus de sélection, mais en situation de concurrence avec d'autres vecteurs de diversification potentiels, par rapport auxquels elle n'occuperait pas une position privilégiée.

Dans la mesure où l'unité de référence à l'intérieur de laquelle le degré de diversité devrait être le plus élevé possible est la totalité de la population étudiante de l'université concernée, le caractère plus ou moins désirable de tel ou tel attribut au niveau micro-décisionnel serait ainsi appelé à varier constamment en fonction de sa rareté relative et de la « valeur sociale ajoutée » dont il est supposé porteur. L'inclusion du facteur racial dans un ensemble de traits différenciateurs présumés comparables, dont aucun n'est censé détenir à lui seul une valeur décisive dans le processus d'admission, pourrait alors avoir pour effet de le banaliser et d'en réduire la saillance. En somme, la légitimation de l'*affirmative action* s'opère dans l'arrêt Bakke à travers la réinscription de cette politique dans une tradition préexistante d'exercice, par les autorités universitaires, d'un pouvoir discrétionnaire dans la sélection des candidats à des fins de promotion de la diversité. Cette dernière voit simplement son acception s'élargir, de manière à incorporer l'identité raciale parmi ses dimensions constitutives.

### Le rapport coût/bénéfice

L'argument qui fait de la discrimination positive un instrument de promotion de la diversité présente certains avantages comparatifs. Il est notamment moins vulnérable à l'objection visant l'iniquité de la répartition de ses avantages et de ses coûts. Le découplage explicite qu'il opère entre l'*affirmative action*, à laquelle est assignée une finalité prospective et utilitariste plutôt que rétributive, et la question de l'identification des responsables et des victimes de l'injustice passée a pour effet de désamorcer les critiques relatives au défaut de symétrie souligné plus haut. Dans cette perspective, que les bénéficiaires de la

6. Notons que la valorisation de la « diversité géographique » était à l'origine un subterfuge employé par les universités de l'Ivy League pour restreindre la proportion des étudiants juifs, dont la grande majorité se trouvait concentrée dans les agglomérations urbaines du Nord-Est, tout en préservant une apparence de neutralité. On voit là un exemple de ces « stratégies de substitution » consistant à sélectionner une procédure nominale impartielle parce qu'elle se révèle être, à travers ses effets secondaires, l'équivalent fonctionnel approximatif d'une pratique discriminatoire non médiatisée (et présumée illégitime aux yeux de l'opinion publique).

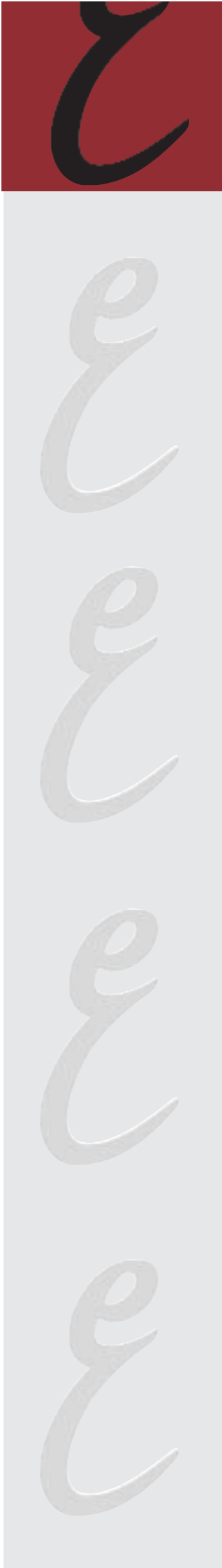


discrimination positive aient ou non subi personnellement une injustice quelconque importe peu ; par conséquent, l'inclusion parmi ces derniers d'immigrants venus aux États-Unis durant la période postérieure à l'adoption des lois antidiscriminatoires et ne pouvant donc se prévaloir d'aucun dommage que le gouvernement américain leur aurait infligé cesse d'apparaître comme une anomalie préjudiciable à la cohérence du dispositif : la notion syncrétique de diversité permet d'englober sous une même dénomination les enjeux relatifs à l'intégration des Noirs et des nouveaux arrivants. De même, les protestations d'innocence des individus qui voient leurs espérances déçues du fait de l'*affirmative action* paraissent tout simplement déplacées : nul ne songe à les accuser de quoi que ce soit. La présentation de la diversité comme un bien collectif banalise le sacrifice qui leur est imposé, le réduit à une obligation de citoyenneté parmi d'autres et pourrait ainsi être en mesure de diminuer leur hostilité à la discrimination positive, puisque celle-ci n'aurait plus la prétention abusive de sanctionner une injustice commise par eux (présumée inexistante), mais semblerait plutôt participer de la poursuite d'un intérêt commun de long terme.

La dimension normative d'une défense de l'*affirmative action* orientée vers la réalisation d'un idéal moral (l'avènement d'une société plus juste) tend ainsi à s'effacer au profit d'une approche prétendument « réaliste », qui conçoit apparemment la promotion de l'hétérogénéité ethnoraciale comme un moyen d'élargir le répertoire des ressources culturelles disponibles dans la perspective d'une adaptation optimale du corps social à un environnement évolutif.

La substitution du registre de la diversité à celui de la compensation permet également de ne plus se préoccuper de l'incertitude qui affecte la mesure de l'étendue des dommages jadis subis par les bénéficiaires de la discrimination positive, et d'esquiver du même coup les difficultés méthodologiques que soulèverait le repérage du moment éventuel de restauration de l'équilibre, à partir duquel la politique en question, ayant accompli sa finalité correctrice, se trouverait désormais dépourvue de justification. En cette matière, la détermination des critères de jugement est en effet problématique : sur quels éléments empiriques devrait-on se fonder pour décréter que l'*affirmative action* aurait atteint son objectif d'élimination des « distorsions » dues à l'injustice passée ? Peut-on légitimement présupposer que l'indice qui marquerait l'achèvement de l'entreprise compensatoire est la représentation proportionnelle approximative des membres des groupes autrefois exclus dans certaines professions prestigieuses, laquelle constituerait à cet égard un « point focal » d'apparence logique ?

La réponse à cette question est en réalité indissociable d'une évaluation implicite, et inévitablement controversée, de la part imputable à la discrimination dont ces derniers ont été antérieurement victimes dans l'enchaînement causal qui a conduit à leur sous-représentation dans les secteurs concernés. L'argument de la diversité, en retirant toute pertinence à des interrogations de cet ordre, opère une simplification opportune : la question de l'échéance ne se pose plus avec la même acuité. La discrimination positive cesse ainsi d'apparaître comme un dispositif temporaire, dont la levée comporterait néanmoins un élément d'arbitraire irréductible. Inversement, son maintien n'est plus tributaire d'un jugement attribuant toute disproportion résiduelle dans la



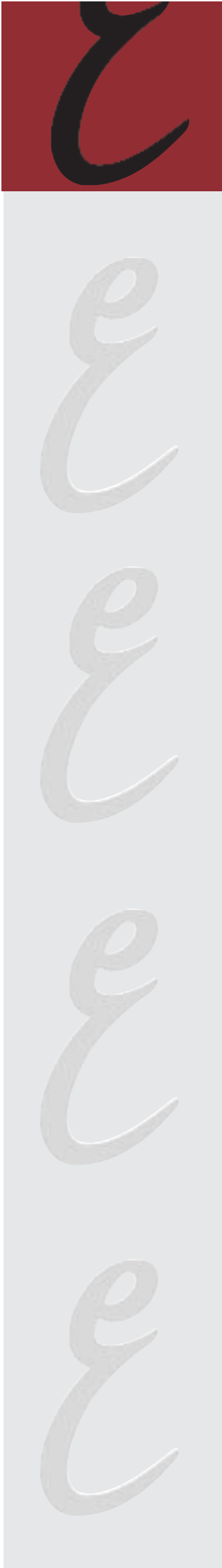
répartition des positions sociales valorisées entre les différents groupes raciaux à l'occurrence d'une injustice antérieure dont les effets devraient être annihilés dans leur intégralité. Tant que subsiste l'écart statistique en question et quelles qu'en soient les causes, l'*affirmative action* peut légitimement être prolongée pour une durée indéfinie.

### Égalité versus équité ?

Néanmoins, l'argument de la diversité soulève de très nombreuses difficultés. Tout d'abord, même dans l'hypothèse où une investigation empirique ferait effectivement apparaître une corrélation statistique entre diversité raciale et diversité des opinions exprimées dans le cadre universitaire, cette dernière ne présente manifestement pas un intérêt équivalent pour l'ensemble des matières enseignées. En effet, dans certaines d'entre elles (mathématiques, comptabilité, etc.), l'interprétation subjective, susceptible d'être partiellement déterminée par l'inscription dans un contexte socioculturel spécifique, ne joue à l'évidence qu'un rôle réduit, et l'existence parmi les étudiants d'une pluralité de visions du monde peut donc être tenue pour négligeable : le principe constitutif des disciplines de ce type exclut que cette forme de diversité elle-même puisse être décrite de manière plausible comme un facteur d'excellence, ce qui restreint d'emblée le domaine de pertinence de l'argument développé par le juge Powell.

De manière plus fondamentale, il existe une antinomie latente entre la promotion de la diversité comme justification de la discrimination positive et la norme implicite de représentation proportionnelle de l'ensemble des groupes raciaux dans la population universitaire qui sous-tend le dispositif. En effet, cette norme présuppose une uniformité globale des motivations et des choix effectués par les membres de ces différents groupes dans le domaine de l'éducation. Or ceci équivaut à circonscrire arbitrairement le champ de manifestation de la diversité, dont les vertus se trouvent simultanément proclamées ; si l'on prend cette notion au sérieux, il n'y a aucune raison *a priori* la possibilité que les traits culturels spécifiques – attitudes, systèmes de valeurs, etc. – dont les bénéficiaires de l'*affirmative action* sont, depuis l'arrêt Bakke, présumés porteurs, exercent également une influence sur la distribution de leurs préférences qui se traduirait, indépendamment de toute action discriminatoire concomitante, par un profil distinct en matière de performances universitaires : en clair, si les résultats des Noirs et des Hispaniques dans ce domaine sont en moyenne inférieurs à ceux des Blancs et des Asiatiques, on peut être tenté de n'y voir, tout compte fait, que la confirmation de l'existence de différences culturelles profondes entre les groupes en question.

Dans cette perspective, le caractère néfaste de l'un ou l'autre de ces profils singuliers n'apparaît comme tel qu'à condition de disposer d'un critère de jugement référé à une valeur ultime autre que la seule diversité. À l'inverse, lorsque la diversité fait l'objet d'une célébration sans nuances, elle tend, par ses implications, à entrer en conflit avec l'idéal de proportionnalité qui oriente de manière sous-jacente les programmes de discrimination positive. En somme, on ne peut concilier la valorisation des différences d'ordre stylistique entre les groupes définis sur une base ethn raciale avec le rejet de ces



autres différences qui, parce qu'elles auraient des répercussions négatives sur les possibilités d'ascension sociale de certains d'entre eux, demeureraient conçues comme le produit de l'oppression antérieure, qu'à condition de faire à nouveau intervenir, de manière subreptice, un objectif d'égalité considéré comme valable en lui-même.

### Vers une relégitimation des stéréotypes raciaux ?

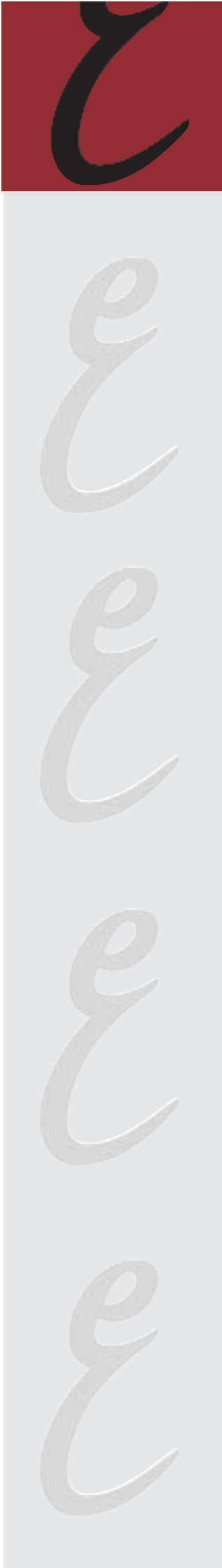
Par ailleurs, dans l'arrêt *Bakke*, Powell justifie la prise en compte de la « race » en tant qu'indicateur de l'existence d'un attribut jugé immédiatement pertinent pour la sélection des candidats – le potentiel de contribution à la diversité globale que représente une « perspective » distincte. Toutefois, à partir du moment où la « race » n'est envisagée que comme une catégorie intermédiaire n'ayant d'autre valeur que celle que lui confère sa corrélation statistique avec un ensemble de « qualités et [d']expériences individuelles non strictement déterminées par [l'identité raciale] » mais qui lui seraient simplement « associées »<sup>7</sup> – « [le] statut de membre d'une minorité » apparaissant comme « un indicateur utile, quoique non parfaitement fiable, de l'existence d'un certain type de profil social, économique ou culturel »<sup>8</sup> –, comme le dit Powell dans l'arrêt *Bakke*, il reste en principe non seulement à identifier avec un minimum de précision le trait différenciateur dont on suppose la pertinence dans le domaine éducatif, mais aussi à prendre en compte l'espace résiduel d'inadéquation entre ce dernier et l'« indicateur » racial.

En effet, dans la mesure où, dans cette perspective, il demeure théoriquement concevable de viser directement l'attribut recherché, la référence à cet indicateur pourra toujours être dénoncée comme une forme de discrimination exercée à l'encontre des individus qui présenteraient les caractéristiques tenues pour désirables mais qui appartiendraient à une « race » autre que celle présumée leur correspondre dans la plupart des cas.

En outre, l'insertion du paradigme de la diversité dans l'ensemble de l'appareil juridique qui détermine le statut légal de l'appartenance à une catégorie raciale est pour le moins problématique. En effet, alors que l'arrêt *Bakke* légitime la prise en considération de la « race » en tant qu'indicateur pertinent pour la sélection des candidats, l'examen du restant de la jurisprudence dérivée de la législation antidiscriminatoire (*Civil Rights Act* de 1964, *Voting Rights Act* de 1965) permet de dégager un principe radicalement opposé : en règle générale, la prise en compte de l'identité raciale des acteurs en présence dans une décision portant sur l'allocation de ressources rares fait l'objet, tout au moins en dehors de la sphère privée, d'une présomption d'invalidité. Ainsi, la « discrimination probabiliste » (*statistical discrimination*), qui consiste en l'adoption d'une décision préjudiciable à un individu de race X en raison de l'existence d'une corrélation avérée entre la caractéristique X et une propriété objectivement indésirable dans le contexte en question, est déclarée illégale, et ce quel que soit le niveau de cette corrélation. Cette prescription, qui isole de manière volontariste le facteur racial de l'ensemble des informations que

7. *Regents of the University of California v. Bakke*, déc. cit., p. 324 (annexe à l'opinion du juge Powell).

8. « *Brief of Harvard University as Amicus Curiae* », *DeFunis v. Odegaard*, p. 28.



les acteurs sociaux peuvent légitimement intégrer dans leurs calculs décisionnels, s'applique à un très grand nombre de domaines, notamment la sélection des postulants à un emploi et les procédures régissant la composition des jurys en droit pénal comme en droit civil. Sa suspension dans le contexte universitaire opérée par l'arrêt Bakke constitue donc une anomalie, non reconnue comme telle, qui porte atteinte à la cohérence du dispositif juridique en vigueur, principalement fondé sur le maintien d'une norme de *color-blindness*, soit d'insensibilité à la couleur de peau, même dans les cas où l'abandon de celle-ci s'avérerait localement efficient.

Enfin – et surtout –, même si dans la grande majorité des cas la « race » des candidats est censée n'être qu'une variable parmi d'autres dans l'ensemble des caractéristiques susceptibles de contribuer à la diversité recherchée, en réalité elle est la seule qui fasse l'objet d'une supervision systématique dans le processus d'admission. En effet, à mesure que progresse le traitement des candidatures, les comités de sélection procèdent à des extrapolations, à des projections statistiques censées fournir une estimation de la distribution finale de la population étudiante entre Blancs, Asiatiques, Noirs et Hispaniques, et ils n'hésitent pas à procéder éventuellement à des réajustements *ex post* si la proportion anticipée des Noirs et des Hispaniques est jugée insuffisante par rapport non pas à un quota au sens strict, mais à un ordre de grandeur préalablement défini.

En somme, pour reprendre un exemple évoqué par Powell lui-même, le pourcentage des étudiants de Harvard qui sont « violonistes, peintres ou joueurs de football » (ou même originaires d'un État dont les résidents seraient peu nombreux sur le campus) peut connaître des fluctuations considérables sans que personne ne s'en soucie : ce n'est pas le cas en ce qui concerne les Noirs et les Hispaniques. La vigilance des autorités universitaires quant au niveau de représentation des membres de ces deux minorités offre donc un contraste frappant avec leur indifférence de fait à l'égard d'autres formes de diversité qui, pourtant, paraîtraient également susceptibles de contribuer, au sein de la population étudiante, à cet échange fructueux d'« expériences, de perspectives et d'idées » différentes que le juge Powell appelle de ses vœux. C'est le cas, par exemple, de la diversité religieuse, ainsi que de la diversité des opinions politiques, alors même que cette dernière forme de diversité serait sans doute le plus directement à même d'élargir l'éventail des points de vue exprimés dans le cadre universitaire. On pourrait en dire autant pour ce qui est de la diversité des origines nationales des étudiants. Le peu d'attention qui lui est accordé est particulièrement difficile à justifier au regard de la conception de la diversité « ouverte » et centrée sur l'individu qui, en théorie, est celle de Powell, dans la mesure où la plupart d'entre eux – et notamment les étudiants hispaniques et asiatiques – tendent précisément à se définir eux-mêmes en référence à ce critère de l'origine nationale plutôt que par l'identification à un groupe racial.

En définitive, il existe une multitude d'axes de différenciation possibles qui possèdent tous une certaine valeur prédictive pour ce qui est des opinions exprimées par la personne qui se situe à leur intersection – identité raciale, mais aussi appartenance religieuse, orientation politique, lieu de résidence, etc. –, et la notion de diversité n'offre à elle seule aucune indication qui permette de spécifier lequel de ces axes de différenciation devrait être privilégié.



Le fait de se focaliser concrètement sur le facteur ethnoracial, au détriment d'autres critères de division possibles de la population étudiante, apparaît ainsi comme une restriction arbitraire, comme une sélection proprement discriminatoire, dont la défense nécessite d'avoir recours à un argument extrinsèque au paradigme de la diversité, ou à un jugement d'ordre ouvertement politique.

### Le paradigme de la déracialisation

Est-ce à dire qu'il n'existe aucune justification véritablement convaincante de la discrimination positive ? Dans la dernière section du troisième chapitre du livre, nous tentons de montrer le contraire en défendant l'*affirmative action*, dans une perspective conséquentialiste et stratégique, comme un moyen plus ou moins judicieux d'atteindre un objectif prédéfini – et conçu comme un bien public –, le jugement porté sur le dispositif dépendant alors uniquement de sa contribution effective à la promotion de cet objectif. Quant à l'objectif en question, ce serait la déracialisation de la société américaine (par opposition à la déracialisation du seul système juridique américain). L'idée est ici que, dans la mesure où la pertinence des catégories raciales, leur valeur informative proviennent pour une large part de la corrélation persistante entre la « race » et la position occupée dans la hiérarchie socioprofessionnelle, l'amélioration de la position relative des Noirs sur ce dernier plan devrait contribuer à remettre en question la fiabilité de la couleur de peau comme « indicateur de statut ». On peut donc effectuer le calcul stratégique consistant à parier sur le fait que l'augmentation du nombre de Noirs exerçant des fonctions génératrices de richesse et de prestige – qui est le but immédiat du dispositif – aura globalement pour effet, à terme, de réduire le « degré d'identification raciale » aux États-Unis, en réduisant la corrélation que nous évoquions à l'instant.

La discrimination positive s'inscrirait donc dans le cadre d'une entreprise de décatégorisation raciale, de désinstitutionnalisation des catégories raciales visant à faire en sorte, par un accroissement planifié de la diversité socio-économique interne au groupe des Noirs, que ce dernier cesse d'apparaître comme « un bloc homogène séparé » (Talcott Parsons).

En résumé, l'*affirmative action* aurait pour finalité l'éradication du désavantage spécifique encore induit par l'identification raciale dans la société américaine contemporaine, désavantage qui résulte d'un ensemble d'anticipations négatives largement fondées sur l'existence d'une corrélation objective entre la « race » et la position occupée dans la stratification socio-économique, et qui affecte, à des degrés divers, l'ensemble des individus noirs. L'*affirmative action*, en venant atténuer la corrélation entre l'appartenance raciale et la position occupée dans la hiérarchie professionnelle, viserait avant tout à réduire la fonctionnalité des stéréotypes raciaux. Son but pourrait être défini comme la diminution du nombre de cas où le facteur racial constituerait effectivement un indice susceptible d'être avantageusement intégré aux calculs d'intérêt des acteurs sociaux – dans le cadre d'un processus d'optimisation qui opérerait de manière systématique au détriment des Noirs américains. Ainsi pourrait-on espérer promouvoir l'avènement d'une société véritablement « aveugle à la couleur » (*color-blind*).

## Un but inaccessible ?

Le problème est que la *color-blindness*, cette absence de conscience des distinctions raciales, appartient à une catégorie d'états mentaux dont la réalisation est soumise à une contrainte tout à fait particulière.

Pour le montrer, nous nous appuyons notamment sur l'analyse que le philosophe et politiste Jon Elster a consacrée aux états en question, analyse qui – bien qu'elle ne traite pas directement des problèmes qui nous intéressent ici – suggère qu'il est impossible d'énoncer publiquement la justification de l'*affirmative action* esquissée plus haut sans compromettre du même coup l'efficacité instrumentale du dispositif.

En effet, d'après Elster, il existe des états, comme la spontanéité ou l'inattention à l'égard d'un objet donné « que l'on ne peut jamais atteindre par l'intelligence ou la volonté, car le fait même de s'y essayer interdit d'y réussir » : ces états « ne saurai[ent] se produire qu'à notre insu ». En d'autres termes, ces états « sont essentiellement des états dérivés » : ils ne peuvent advenir qu'au terme d'un processus non intentionnel, toute tentative délibérée pour susciter leur présence ayant nécessairement pour effet de les mettre hors de portée. D'après l'auteur, ils comprendraient notamment « le sommeil [...], l'oubli, [...] l'innocence, [...] la gratitude [...], l'amour d'autrui », ou encore « l'estime de soi ».

Dans tous les cas, les états en question se caractérisent – de manière plus ou moins évidente – par une absence d'intentionnalité, qui est intrinsèquement incompatible avec l'intentionnalité du désir de les faire advenir. Plus précisément, lorsque ce désir a pour cible « un état de privation [qui consiste en] l'absence d'une forme particulière de conscience » – relative à un objet défini –, cette absence de conscience ne peut pas être elle-même le produit d'un acte de conscience. Le projet consistant pour un individu à s'extirper délibérément de l'esprit une pensée ou une représentation déterminée semble être voué à l'échec, « puisqu'il exige une concentration qui est incompatible avec l'absence de concentration que l'on essaye d'obtenir ». Or c'est précisément à une telle « absence de concentration » que fait référence la notion de *color-blindness* – conçue en tant que finalité sociale. Ce terme désigne en effet la non-perception des distinctions raciales, ou plutôt une forme d'indifférence naturelle à leur endroit, qui, si elle peut former matière à un souhait sans que son avènement ne s'en trouve compromis, ne saurait, en revanche, faire l'objet d'une intention efficace. Comme l'écrit Elster : « Que l'on joue à l'indifférence au premier ou au énième degré, on ne deviendra jamais indifférent à la façon dont, selon Pascal, on peut devenir croyant en faisant semblant. » Ainsi, la *color-blindness* paraît bien faire partie de ces états mentaux « qui ont pour propriété de ne pouvoir se réaliser qu'en tant qu'effets secondaires d'actions entreprises à d'autres fins ».

Cependant, contrairement à ce que l'on pourrait croire, rien de ce que l'on vient de voir n'invalide fondamentalement la justification de l'*affirmative action*, qui conçoit le dispositif comme un instrument de déracialisation progressive de la société américaine.

## Contourner les effets pervers de la discrimination positive : la nécessaire dissimulation des intentions et des dispositifs mis en œuvre

Le raisonnement d'Elster, qui se situe jusqu'ici dans le cadre d'une phénoménologie de la conscience individuelle, ne dispense pas d'examiner plus précisément les conditions d'avènement de la *color-blindness* en tant qu'« état social ».

Or sur ce point, l'auteur nous livre à nouveau quelques précieuses indications. S'il constate une tendance malheureuse à « ériger en objectifs de l'action politique » ces « effets essentiellement secondaires », Elster suggère la possibilité de recourir à des « stratégies indirectes ». En effet, à la différence de l'individu qui entreprendrait « [d'] induire en lui-même un état qui, en fait, résiste à toute induction délibérée », celui qui « s'efforce d'établir chez quelqu'un d'autre un état qui est un effet essentiellement secondaire » ne s'engage pas nécessairement dans une voie sans issue. Et Elster de poursuivre : « Si l'intention d'obtenir X en faisant Y est incompatible avec X, on ne saurait réaliser X qu'en se cachant à soi-même qu'on fait Y avec ces intentions », ce qui exige une virtuosité dans la mauvaise foi pour le moins improbable ; en revanche, dit-il, « l'intention de tromper autrui n'a rien de si ouvertement paradoxal puisqu'on peut cacher ses intentions au monde sans se tromper soi-même ». En somme, à supposer que l'on se trouve dans un cas où l'état visé serait jugé suffisamment désirable pour justifier la mise en place « d'un mécanisme causal complexe » spécifiquement destiné à le faire advenir, il serait simplement nécessaire que la fonction véritable de ce mécanisme demeure dans l'ombre.

L'analyse d'Elster vient ainsi conforter l'hypothèse d'un impératif de dissimulation de la discrimination positive en tant que celle-ci participerait d'une entreprise délibérée de réduction du degré d'identification raciale aux États-Unis ; à la différence des exemples retenus par l'auteur – le sommeil, l'oubli, l'innocence, l'amour d'autrui, l'estime de soi –, ce n'est pas ici l'existence même d'une telle entreprise qui présente un caractère paradoxal ; ce qui est paradoxal, c'est l'énonciation explicite de son existence auprès des composantes de l'univers social qui vont faire l'objet de cette intervention transformatrice et sont alors nécessairement envisagées comme un auditoire distinct de l'élite qui aurait pris en charge ce projet de restructuration des représentations collectives. Comme le souligne l'auteur, la seule option qui serait « incohérente d'un point de vue pragmatique » consisterait à « défendre publiquement [l']adoption [d'une politique donnée] à cause de ses effets secondaires... », dans la mesure où le déclenchement éventuel de ces effets secondaires dépend précisément du fait que les acteurs en présence soient animés par d'autres motifs d'adhésion à la politique mise en œuvre. De ce point de vue, c'est l'un des enjeux des débats politico-juridiques relatifs à la discrimination positive que de définir les motifs qui pourront ainsi être mis à leur disposition.

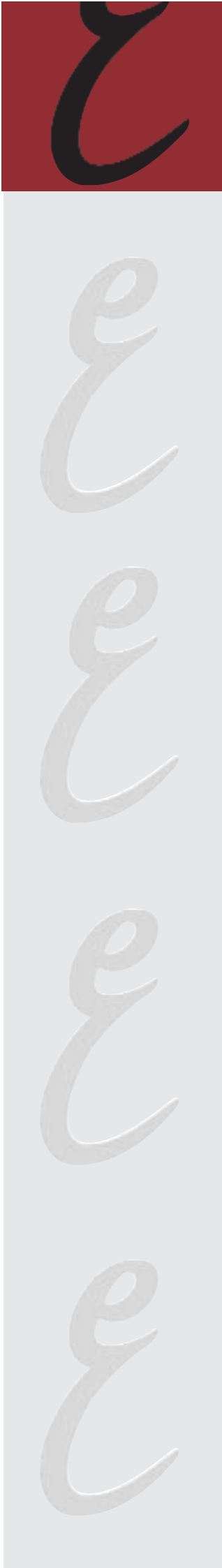
## L'impératif de dissimulation

Au regard de cet objectif de déracialisation, les politiques de discrimination positive sont susceptibles d'engendrer des effets pervers, en l'occurrence des effets non intentionnels et directement contraires au but poursuivi par l'auteur de l'action. Certains de ces effets pervers éventuels sont liés à l'existence même des programmes en question, mais d'autres sans doute sont simplement liés à leur degré de visibilité. Par conséquent, si l'on imagine un instant une situation dans laquelle les programmes de discrimination positive seraient en vigueur sans que nul n'en ait été informé, dans ce cas, par définition, on serait alors en mesure de se soustraire à ce second type d'effets pervers – à savoir ceux induits non par l'existence de ces politiques, mais par leur caractère ostensible.

La thèse soutenue dans le quatrième et dernier chapitre de notre livre est que certains des traits les plus frappants dans l'évolution du débat public sur l'*affirmative action* comme de la jurisprudence de la Cour suprême relative à ces politiques correspondent en réalité à des tentatives – plus ou moins conséquentes – d'obtenir une approximation de l'état hypothétique qui résulterait du fonctionnement occulte de la politique en question. Autrement dit, nous entreprenons de montrer que la dissimulation de la composante dérogatoire et antiméritocratique du dispositif constitue un atout déterminant pour la réussite du projet de déracialisation de la société américaine qui le sous-tend.

En effet, à partir du moment où ce que l'on vise est l'avènement d'une société déracialisée, la reconnaissance de l'existence même d'un dispositif spécifiquement institué au bénéfice des membres d'un nombre limité de groupes raciaux explicitement identifiés comporte des risques dont il faut bien tenir compte. Parce que l'*affirmative action* est susceptible d'engendrer des attitudes négatives à l'égard des membres des groupes qu'elle favorise en plus de celles dont l'existence est la raison même de sa mise en œuvre, il est tentant de dissimuler ses aspects les plus controversés. La visée essentielle de la discrimination positive qu'est la diminution de la saillance des catégories raciales dans la société américaine tend donc à faire apparaître comme instrumentalement rationnelle – sinon nécessairement justifiable – l'occultation de ses modalités concrètes : pour atteindre son objectif qui consiste à réduire les stéréotypes négatifs attachés à l'appartenance au groupe des Noirs en accélérant l'ascension sociale de ses membres, l'*affirmative action*, en tant que mécanisme dérogatoire à dimension antiméritocratique, devrait idéalement pouvoir passer inaperçue.

Par ailleurs, au-delà des effets pervers spécialement liés à cette dimension anti-méritocratique, la simple reconnaissance de l'existence d'un système d'allocation marqué par la prise en considération du facteur racial risque bien d'en compromettre l'efficacité au regard de l'objectif de déracialisation. En effet, il est concevable que l'intégration manifeste du facteur racial dans le circuit décisionnel, en confirmant que ce facteur demeure chargé de sens aux yeux de l'instance responsable de l'allocation des biens considérés (l'université,




l'employeur ou l'État fédéral) – et d'un sens dont la définition n'est pas nécessairement évidente –, contribue en réalité à relégitimer les distinctions dont on entendait justement atténuer la portée. Pour parer à cette difficulté supplémentaire, il pourrait alors s'avérer opportun de recourir à différentes formes de subterfuges.

En tout cas, c'est là ce que suggèrent un certain nombre d'études de psychologie sociale, lesquelles soulignent le caractère dysfonctionnel de tout ce qui pourrait contribuer à réaffirmer l'importance déterminante du critère racial dans le cours même de la procédure préalable à la mise en contact des membres des différents groupes raciaux, de tout ce qui indiquerait que le facteur racial aurait joué un rôle décisif dans l'inscription des individus dans le cadre de la situation d'interaction – que celle-ci soit universitaire, professionnelle, ou autre. Tant que l'intervention du critère racial demeurerait perceptible au niveau des règles qui président à la constitution même de la situation envisagée et à l'identification de ses participants, la décatégorisation raciale que l'on entend promouvoir ne pourrait sans doute pas avoir lieu. Par conséquent, pour éliminer cette source d'interférences malvenues et maximiser ainsi les chances de succès, il faudrait essayer de détourner l'attention des partenaires du rôle que conserve l'identité raciale à l'intérieur de l'enchaînement causal dont procède la situation d'interaction, dans la mesure où la connaissance de ce rôle risquerait d'accroître encore à la marge la propension commune à réduire les individus noirs au rang de spécimens de leur groupe d'appartenance. En somme, il se pourrait que l'on se trouve ici en présence de l'un de ces cas où l'efficacité de l'intervention engagée dépendrait en définitive de l'existence – pour reprendre à nouveau une formule d'Elster – d'un « processus d'auto-effacement synchronisé ». Un processus qui serait destiné à extraire de la conscience des acteurs sociaux dont cette intervention serait appelée à transformer les perceptions toute trace de son occurrence même. Dans une certaine mesure, la puissance de cette intervention serait donc proportionnelle à sa capacité de dissimuler ses propres mécanismes.

### **L'effet de stigmatisation potentiel**

Le plus dangereux des effets pervers éventuels que nous évoquions à l'instant est sans doute l'effet de stigmatisation supplémentaire des bénéficiaires présumés de l'*affirmative action*. En effet, dans la mesure où une politique de « traitement préférentiel » suppose d'admettre que les récipiendaires de la « préférence » en question ne seraient pas en mesure d'accéder à certaines positions en son absence, ne risque-t-on pas d'alimenter ainsi le soupçon de leur incompétence – alors même que ce soupçon constituait justement l'une des raisons de la mise en œuvre des programmes de discrimination positive ? Plus précisément, étant donné qu'il est généralement impossible de distinguer après coup, parmi l'ensemble des bénéficiaires potentiels du dispositif, ceux qui lui sont réellement redevables de l'accès à telle ou telle position de ceux dont le niveau de qualification initial était suffisamment élevé pour rendre toute préférence inutile, la discrimination positive, en pratique, ne



peut-elle pas contribuer à accroître encore la stigmatisation subie par tous les membres des groupes au profit desquels ce régime dérogatoire aurait été adopté ?

Bien entendu, la difficulté principale consiste à évaluer l'ampleur de cet effet de stigmatisation supplémentaire et spécifiquement lié à la visibilité de l'*affirmative action* par rapport au stigmaté qui, aux États-Unis, demeure plus généralement associé à l'identité noire en tant que telle – stigmaté que cette politique pourrait néanmoins contribuer à éliminer une fois que l'on aurait pris en compte l'ensemble de ses conséquences. Il existe toutefois de nombreux travaux de psychologie sociale, d'orientation théorique ou empirique, d'après lesquels l'effet en question demeurerait assez clairement perceptible. Le fait de désigner officiellement, à l'intérieur de l'ensemble des candidats à l'embauche ou à l'admission dans une université, une ou plusieurs catégories d'individus qui auraient le statut distinctif de « bénéficiaire potentiel de la discrimination positive » peut avoir un impact négatif sur leurs relations avec les autres membres de la population de référence, indépendamment même de leur appartenance à un groupe déjà victime d'une stigmatisation plus ou moins prononcée. Plus précisément, on a pu montrer qu'à partir du moment où la catégorie de perception à laquelle correspond le terme « Noir » aurait déjà été activée une première fois par une source d'information exogène (par exemple, par la proclamation de l'existence d'un programme d'*affirmative action* au bénéfice des Noirs), les protagonistes de la situation d'interaction étaient davantage enclins à interpréter des informations nouvelles en référence à cette catégorie. En d'autres termes, ce que les psychologues appellent le « seuil d'activation » de la catégorie « Noir » deviendrait encore plus faible qu'auparavant.

Il serait donc pour le moins imprudent de ne pas tenir compte du risque que la différenciation des candidats opérée par l'*affirmative action* soit interprétée par les acteurs concernés comme une confirmation du bien-fondé des préjugés relatifs aux capacités des bénéficiaires de la « préférence » ainsi accordée, préjugés qui sembleraient ainsi faire l'objet d'une validation implicite de la part des pouvoirs publics. Pour que l'ascension des membres des groupes bénéficiaires dans la hiérarchie socio-économique soit effectivement perçue comme la preuve concrète de l'inexactitude des stéréotypes négatifs qui leur sont communément associés, encore faut-il que cette progression ne puisse pas être immédiatement désignée comme le produit exclusif d'une manœuvre spécialement effectuée pour l'occasion – et contraire aux règles du jeu méritocratique. Le fait qu'il soit de notoriété publique que les Noirs aient bénéficié d'un traitement préférentiel et n'aient pas été sélectionnés en vertu de leurs seules qualifications risque de modifier le sens social que revêt leur accès à des positions valorisées, en modifiant les inférences qu'un observateur extérieur peut logiquement être tenté d'établir à cet égard. En termes plus concrets, un jugement comme « Il est diplômé de Harvard : ce doit être un individu brillant » risquerait de faire place à quelque chose comme « C'est un Noir diplômé de Harvard : il ne serait peut-être pas là où il est sans l'*affirmative action* ».

Or ce second type de jugement conduit logiquement à des anticipations négatives quant aux performances ultérieures des candidats – anticipations qui sont elles-mêmes susceptibles de donner lieu à des pratiques discriminatoires, comme le suggère le juge Antonin Scalia dans un article antérieur à son accession à la Cour suprême :

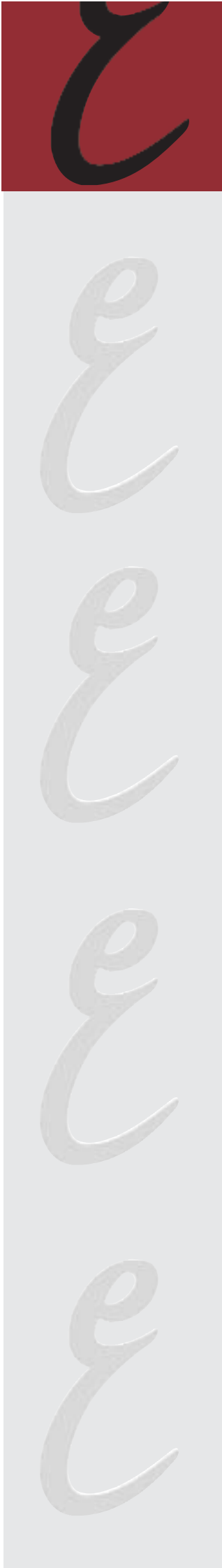
« *Considérons ici l'enjeu sous sa forme la plus brute. Imaginons que vous deviez subir une opération au cerveau et qu'il vous faille choisir un chirurgien parmi les récents diplômés de la faculté de médecine de Davis. Si vous ne disposiez pour cela d'aucune autre information que leurs noms et leurs photos d'identité, est-ce qu'il ne serait pas judicieux, compte tenu du risque encouru, d'éliminer purement et simplement tous les membres des groupes minoritaires ? En effet, il est bien connu que les meilleurs établissements d'enseignement supérieur, pour produire d'excellents diplômés, recourent pour l'essentiel à la technique remarquablement simple consistant à n'admettre que d'excellents candidats. [...] Dès lors, en termes d'image publique, l'affirmative action a pour effet immédiat [...] de dévaluer les diplômes des "minoritaires", en les faisant apparaître comme une moindre garantie de qualité.* »

En conclusion, nous indiquerons simplement que certains des derniers événements en date concernant l'*affirmative action* semblent bien corroborer l'hypothèse ici présentée. Ainsi, en 1998, l'assemblée législative du Texas, dans l'espoir de contrecarrer le déclin du nombre d'étudiants noirs et hispaniques provoqué par la suppression des programmes de discrimination positive dans les universités publiques de l'État depuis 1996, a imposé à ces universités l'obligation d'admettre indifféremment tous les diplômés de l'enseignement secondaire qui figureraient parmi les 10 % d'élèves les mieux classés à l'intérieur de leur établissement d'origine. D'autres États dans lesquels les programmes universitaires d'*affirmative action* ont été éliminés, comme la Californie et l'État du Washington ont pris également des mesures analogues<sup>9</sup>. Enfin, le même principe a été adopté en 2000 en Floride, à travers un décret du gouverneur Jeb Bush ordonnant l'élimination des politiques d'*affirmative action* mises en œuvre dans les procédures de passation des marchés publics ainsi que dans les universités d'État, tout en garantissant l'accès à l'une de ces universités d'État aux meilleurs lycéens – toutes « races » confondues<sup>10</sup>.

L'important est que ces nouvelles dispositions vont avoir pour effet d'accroître le pourcentage d'étudiants noirs et hispaniques, simplement parce qu'il existe un nombre non négligeable de lycées dont la quasi-totalité des élèves appartiennent à l'un ou l'autre de ces deux groupes. Paradoxalement,

9. À ceci près que, dans le cas californien, le pourcentage retenu n'est que de 4 %.

10. La proportion des élus est cette fois plus élevée : elle a été fixée à 20 %.



c'est donc le maintien à un niveau élevé d'une ségrégation raciale « objective » du système d'enseignement primaire et secondaire qui met à la disposition des autorités publiques ce qu'il faut bien considérer, une fois de plus, comme un équivalent fonctionnel approximatif de la discrimination positive.

Parce que personne n'est véritablement disposé à faire face aux conséquences prévisibles d'une politique d'admission qui serait strictement *color-blind* – à savoir la quasi-disparition des étudiants noirs de certaines des universités les plus sélectives –, on peut s'attendre à ce que l'abandon des programmes d'*affirmative action* s'accompagne d'une prolifération de subterfuges de ce genre, dont l'objectif premier est bien de minimiser la visibilité de la prise en compte du facteur racial.

Daniel SABBAGH,  
directeur de recherches au  
Centre d'études et de recherches internationales  
(CERI-FNSP) et enseignant à l'Institut d'études politiques de Paris