

**VIIe congrès de l'Association française
de science politique**

Lille, 18,19, 20 et 21 septembre 2002

Table ronde n°3

« Pour une science politique de l'administration »

**Sous la direction de
Françoise Dreyfus et Jean-Michel Eyméri**

**La genèse administrative des politiques d'*affirmative action* et ses effets
secondaires**

Daniel Sabbagh
CNRS – CERI

L'*affirmative action* (en français, « discrimination positive ») désigne l'ensemble des dispositions qui octroient aux membres de divers groupes définis suite à un processus d'*assignation identitaire* - et 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 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 (Nagel, 1977)¹. C'est donc bien l'*identification raciale* qui, pour les acteurs en présence, constitue le facteur déterminant de l'obtention ou de la non-obtention d'un bien valorisé².

¹ On entend par « qualifications » l'ensemble des indicateurs de compétence communément perçus comme 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 concurrence.

² A l'heure actuelle, la définition qui précède correspond à l'usage dominant de l'expression *affirmative action* dans le débat public américain. Toutefois, il existe une distinction importante entre cet usage et l'acception originelle de la formule en question. En effet, jusqu'à la fin des années soixante, celle-ci désignait essentiellement l'ensemble des dispositions spécifiquement destinées à susciter une augmentation du nombre de

Ainsi le dispositif se caractérise-t-il par l'écart qu'il manifeste par rapport et à une éventuelle norme de non-prise en compte des catégories raciales (*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* (emploi et admission à l'université), demeure perçu comme intrinsèquement juste par une nette majorité de la population américaine (Miller, 1991-1992, Sniderman, Carmines, 1997)³.

De manière générale – et dans le domaine de l'emploi en particulier –, la genèse de la discrimination positive mise en œuvre au bénéfice des femmes et des minorités ethno-raciales⁴ à partir de la fin des années soixante est d'autant plus intrigante qu'avait été votée, en juillet 1964, une législation antidiscriminatoire d'application universelle (*Civil Rights Act*) qui paraissait bien devoir exclure d'emblée toute évolution de ce type (I). Or, contrairement à certaines interprétations superficielles ou excessivement schématiques (II), c'est paradoxalement sous l'impulsion des organes administratifs (*executive agencies*) chargés de superviser l'application de cette loi que l'*affirmative action* et la norme plus ou moins explicite d'égalité de résultats entre les différents groupes raciaux qui la sous-tend se sont imposées en l'espace de quelques années, suivant une logique de *rationalisation bureaucratique* de l'action antidiscriminatoire (III).

1- L'obstacle législatif

Aux États-Unis, le principe même de l'adoption par le législateur *fédéral* d'une norme antidiscriminatoire applicable aux acteurs privés – et dont la portée serait nationale – est longtemps demeuré des plus controversés. En effet, il allait à l'encontre de la valorisation traditionnelle de l'autonomie locale – et, plus généralement, de la conception restrictive du domaine de compétence des pouvoirs publics alors dominante dans la culture politique

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...), la prise en considération du facteur racial par l'instance allocatrice intervenant uniquement, de manière ponctuelle et localisée, à l'étape antérieure à celle de la sélection proprement dite. A cet agencement fondé sur un strict découplage entre une phase préliminaire d'élargissement délibéré (*outreach*) de l'ensemble dont seraient extraits *in fine* les candidats choisis – où les considérations raciales auraient libre cours – et l'étape finale du processus de recrutement – elle-même rigoureusement *color-blind* – s'oppose néanmoins, à partir du début des années soixante-dix, le cas de figure, 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 vigueur en fonction de l'identité raciale des postulants – laquelle est alors prise en compte dans la phase décisionnelle. C'est à cette seconde forme d'*affirmative action* que l'on fera ici référence, puisque c'est elle qui constitue le principal objet de controverse.

³ On laissera ici de côté les cas assez peu fréquents où l'identité raciale d'un candidat pourrait se voir assimiler à une « qualification objective », et ce en raison d'un souci de vraisemblance dans la représentation d'une situation fictionnelle faisant elle-même référence aux clivages raciaux (la préférence accordée à un acteur noir pour interpréter le rôle d'Othello), ou du fait de la dimension *relationnelle* inhérente à la fonction considérée, comme dans le cas de l'agent secret appelé à infiltrer un gang de malfaiteurs qui serait caractérisé par son homogénéité raciale.

⁴ Il est ici fait référence au mode de catégorisation de la population américaine en vigueur dans le cadre du recensement, qui, à une première classification distinguant plusieurs groupes « raciaux » (Blancs, Noirs, Asiatiques, *Native Americans*...), adjoint la catégorie d'« Hispanique », au statut spécifique et apparemment plus proche de celui d'un groupe « ethnique » dans l'acception que l'administration fédérale et la tradition sociologique américaine donnent à ce dernier terme – qui se rapporte alors à l'origine nationale – que de celui des différentes « races » préalablement énumérées. Suivant en cela l'historien David Hollinger, on emploiera l'expression minorités « *ethno-raciales* » pour évoquer les groupes qui, aux côtés des femmes, se trouvent être les principaux bénéficiaires des programmes d'*affirmative action* – soit les Noirs, les Asiatiques, les Amérindiens et les Hispaniques (Hollinger, 1995).

américaine⁵ -, et ce alors même que l'exclusion de fait des Noirs du Sud du corps électoral ôtait pourtant toute crédibilité à l'idée selon laquelle ces derniers seraient en mesure de faire valoir leurs intérêts auprès des assemblées législatives des États fédérés sans qu'une intervention spécifique du Congrès ne s'avère nécessaire. Ainsi, c'est surtout grâce au jeu des circonstances et à l'habileté manœuvrière du président Johnson - qui parvient à exploiter le choc provoqué par l'assassinat de son prédécesseur, John Fitzgerald Kennedy, en présentant l'adoption de cette loi antidiscriminatoire comme le plus bel hommage qui puisse être rendu au défunt (Dallek, 1998) - que sera finalement voté le *Civil Rights Act* du 2 juillet 1964, au terme d'un débat parlementaire particulièrement âpre et d'une durée inégale (Whalen, Whalen, 1985).

De manière générale, la loi délimite l'ensemble des motifs ne pouvant légitimement être invoqués par des acteurs privés pour justifier leur refus d'engager une transaction avec d'autres acteurs privés - ou l'adoption d'une décision qui leur porterait préjudice - dans certains domaines d'activité. Dans le domaine de l'emploi en particulier, le « Titre VII » de la législation interdit aux entreprises « de refuser d'embaucher un individu [*any individual*], de le licencier, ou d'exercer à son encontre une forme de discrimination qui affecterait les termes et les conditions d'exercice de son emploi - ou les indemnités et les avantages qui lui seraient associés -, en raison de la race, de la couleur de peau, de la religion, du sexe ou de l'origine nationale de la personne en question »⁶.

Comme on peut le voir, le texte est évidemment formulé d'une manière qui, *a priori*, ne laisse aucun doute quant à l'universalité de sa portée. Si l'objectif de mettre un terme à la discrimination raciale subie par les Noirs est indiscutablement à l'origine de la *mise sur agenda* du projet de législation antidiscriminatoire, la protection accordée par la loi s'étend en principe à *l'ensemble* des individus (*any individual*) - ce qui inclut évidemment les Blancs.

De plus, contrairement à une idée reçue particulièrement tenace -, les débats parlementaires remarquablement fournis (plus de 13 000 pages) qui ont précédé l'adoption du Titre VII du *Civil Rights Act* portaient bel et bien, entre autres, sur la question de savoir si les Noirs pourraient se voir accorder une forme de traitement préférentiel dans l'emploi afin de corriger leur sous-représentation dans la main d'œuvre des entreprises - comme les élus des États du Sud affectaient alors de le croire⁷. Or les partisans de la législation avaient multiplié les assurances quant au fait qu'il n'en serait rien : « Le Titre VII n'exige pas de l'employeur le maintien d'un certain équilibre racial au sein de sa main d'œuvre. Au contraire - et quel que soit l'« équilibre » en question -, toute tentative en ce sens constituerait nécessairement une violation de [ce] Titre [...], puisqu'elle obligerait l'employeur à embaucher - ou à ne pas embaucher - des postulants en fonction de leur race »⁸. Et un peu plus loin : « Prenons le cas d'une entreprise qui, dans le passé, se serait rendue coupable de discrimination, et dont la main-d'œuvre, par conséquent, serait composée de Blancs exclusivement. Lorsque la loi prendrait effet, la seule obligation de l'employeur consisterait à pourvoir les nouveaux postes vacants en fonction de considérations non-discriminatoires. Il ne serait pas contraint - *ni, du reste, autorisé* - à renvoyer des Blancs pour les remplacer par des Noirs, ni à accorder une préférence à ces derniers dans les recrutements à venir... »⁹.

De même le vice-président Humbert Humphrey allait-il s'efforcer de dissiper une fois pour toutes ces craintes exprimées par les adversaires du projet de loi, qui paraissaient alors

⁵ Pour reprendre les termes de Samuel Huntington, aux États-Unis, « le formidable accroissement des pouvoirs et des fonctions du gouvernement que l'on observe au vingtième siècle ne s'est pas accompagné d'une modification comparable des représentations de l'autorité gouvernementale... ». (Huntington, 1981, p. 36).

⁶ *Civil Rights Act* (1964). 42 U.S. Section 2003, § 703 (a) (1).

⁷ Cf. U.S. Congress, *Congressional Record*, vol. 110, 1964, p. 1 619, 2 571, 2 576, 2 605, 5 611-5 616, 5 999-6000, 7 012-7 013, 8 500, 9 599-9 600.

⁸ U.S. Congress, *Congressional Record*, vol. 110, 1964, p. 7 213.

⁹ *Ibid.* (souigné par nous).

dénuées de fondement : « Contrairement aux allégations de certains [...], le Titre [VII] ne contient rien qui autoriserait la Commission [pour l'égalité des chances dans l'emploi]¹⁰ ou un tribunal quelconque à exiger que l'embauche, la promotion ou le licenciement des employés [d'une entreprise] soient ajustés de manière à satisfaire un "quota" racial ou à obtenir un certain équilibre [dans ce domaine]. Cet épouvantail a beau avoir été brandi des dizaines de fois, il ne correspond à aucune réalité. En vérité, c'est même tout le contraire : le Titre VII interdit la discrimination, et il indique [explicitement] que la race, la religion et l'origine nationale ne doivent pas être utilisées comme critère d'embauche ou de licenciement »¹¹.

On peut difficilement être plus clair quant à l'incompatibilité de l'*affirmative action* - au sens contemporain du terme - avec la législation ainsi présentée¹².

Enfin, le texte même de la loi en question prenait soin de dissiper toute incertitude à cet égard. En effet, afin d'obtenir le soutien des élus républicains modérés indispensable à l'adoption du projet de loi (Eskridge, 1994), il avait finalement été ajouté au Titre VII une section supplémentaire spécifiquement destinée à les rassurer sur ce point, la section 703 (j) : « Aucune des dispositions comprises dans ce Titre ne saurait être interprétée comme exigeant [*require*] d'un employeur [...] qu'il accorde un traitement préférentiel à un individu ou à un groupe [...] en fonction de la race de ce(s) dernier(s), au motif que l'on pourrait constater un déséquilibre entre le nombre ou la proportion de personnes du groupe au sein de sa main d'œuvre et le nombre ou la proportion de membres de ce groupe [...] qui résideraient dans le périmètre [de référence] [...] ou feraient partie de la population active inemployée à l'intérieur de ce périmètre... »¹³.

Bien entendu, les partisans de la discrimination positive n'allaient pas manquer de faire valoir l'ambiguïté de la formulation, en soulignant que, s'il n'était pas « exigé » d'octroyer aux Noirs une forme de traitement préférentiel, l'emploi du verbe « *require* » - au

¹⁰ Voir *infra*, p. 11.

¹¹ *Ibid.* Exaspéré par l'insistance des élus sudistes à monter en épingle le risque que s'instaure une situation dans laquelle les employeurs se verraient contraints d'embaucher des Noirs contre leur gré - en dépit de ses démentis répétés -, Humphrey en était réduit à proférer les promesses les plus farfelues : « Si [quiconque] parvient à démontrer que le Titre VII recèle la moindre formulation indiquant l'existence d'une obligation de la part de l'employeur à recruter [ses employés] en fonction d'un quota [racial] [...], je m'engage [solennellement] à avaler les pages [du projet de loi] les unes après les autres... » (U.S. Congress, *Congressional Record*, vol. 110, 1964, p. 2 144).

¹² Encore ne s'agit-il là que de quelques illustrations parmi beaucoup d'autres : voir aussi U.S. Congress, *Congressional Record*, vol. 110, 1964, p. 6 549, 6 564, 7 207, 11 848, 12 721-12 722, ainsi que *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), p. 226-252 (opinion dissidente du juge Rehnquist). Il est vrai que ces propos sont ceux des partisans du projet de loi. Ses adversaires, eux, persistaient à agiter le spectre de l'édification d'un système de préférences raciales dans l'emploi au bénéfice des Noirs. Mais est-il pour autant justifié, comme le suggère Ronald Dworkin, de tirer argument de ces déclarations contradictoires quant aux conséquences du Titre VII pour renvoyer dos à dos les protagonistes de la controverse et conclure au caractère fondamentalement indéterminé de l'« intention du législateur » à cet égard (Dworkin, 1985, p. 321) ? En effet, lesdites déclarations ne situent pas sur le même plan : il ne fait guère de doute que celles des élus sudistes suivant lesquelles le *Civil Rights Act* entraînerait la mise en œuvre de politiques de discrimination positive n'avaient pas réellement une visée *descriptive*, mais étaient de nature essentiellement polémique. Interpréter comme un véritable jugement *prédictif* - qui se serait révélé exact - ce qui n'était alors manifestement qu'une *tactique* - finalement infructueuse -, dont le seul objet était d'empêcher le vote de la législation, relève de l'illusion rétrospective - ou d'une déformation délibérée. En tous les cas, d'après les éléments dont on dispose, il est exclu qu'une majorité des membres du Congrès de 1964 ait eu l'« intention » de permettre la mise en place de programmes d'*affirmative action* dans l'emploi.

¹³ U.S. Congress, *Civil Rights Act of 1964*, Titre VII, section 703 (j) ; 42 U.S.C. § 2000e-2 (a) (1982)). La formulation choisie (« Aucune des dispositions comprises dans ce Titre ne saurait être interprétée comme exigeant... ») indique clairement que, à la différence de ce qui était le cas dans les autres sections, les destinataires de la règle ici énoncée n'étaient pas les employeurs, mais les responsables des agences administratives et les juges chargés de superviser la mise en œuvre de la législation.

lieu de « *permit* » - indiquerait néanmoins que cela n'était pas non plus interdit. Ainsi devrait-on conclure à la légalité des programmes d'*affirmative action* adoptés par les employeurs à titre « volontaire »¹⁴. Toutefois, dès lors que l'on considère la loi comme un tout et que l'on interprète le passage susvisé en tenant compte de la structure globale du texte dans lequel il s'inscrit - comme il est d'usage dans les cas où subsiste une incertitude de ce genre¹⁵ -, l'argument apparaît fallacieux. En effet, alors que les sections 703 (a) à 703 (d) énoncent, entre autres, une règle de non-discrimination raciale - et en définissent positivement le champ d'application -, les sections 703 (e) à 703 (i), qui avaient été ajoutées dans le but de vaincre les réticences initialement formulées par les représentants du patronat et des organisations syndicales, identifient successivement les domaines dans lesquels ladite règle serait appelée à n'avoir aucune incidence, sans que soit mentionné parmi ces clauses d'exemption le cas de figure qui verrait l'employeur mettre en œuvre de son plein gré une politique de discrimination positive¹⁶. Or il est généralement admis qu'une énumération par le législateur des exceptions prévues à la règle par lui établie implique *ipso facto* le refus d'en autoriser d'autres, excluant ainsi toutes celles qui n'auraient pas été expressément signalées¹⁷. En rompant avec cette convention interprétative, la lecture de la section 703 (j) privilégiée par les partisans de la discrimination positive présente donc un caractère particulièrement arbitraire.

2- Les interprétations alternatives

Si l'on admet que le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 excluait *a priori* la discrimination positive, comment expliquer que celle-ci ait néanmoins fait son apparition quelques années plus tard ?

L'une des hypothèses parfois formulées à cet égard croit déceler la marque d'un revirement précoce des autorités *politiques* en matière d'action antidiscriminatoire dans l'emploi répété par le président Johnson de l'expression « *affirmative action* » dans un discours prononcé à Howard University en juin 1965¹⁸, puis dans l'*Executive Order* 11246 du 24 septembre 1965¹⁹. Toutefois, cette proposition ne résiste pas réellement à l'examen.

En effet, si l'on revient un peu en arrière, on constate que la première apparition de la formule « *affirmative action* » dans un texte législatif est antérieure aux années soixante et intervient dans un contexte où le problème racial n'est pas au premier plan : elle remonte à la période du New Deal et, plus précisément, au *National Labor Relations Act* de 1935, qui imposait aux employeurs l'obligation de réintégrer dans leurs fonctions les salariés qui auraient été licenciés du fait de leur appartenance à un syndicat, de leur accorder

¹⁴ Cf. *United Steelworkers v. Weber*, déc. cit., p. 205 (opinion majoritaire du juge Brennan).

¹⁵ Voir, par exemple, *United Savings Association v. Timbers of Inwood Forests*, 484 U.S. 365 (1988), p. 370.

¹⁶ L'ensemble du texte de loi est repris in Epstein, 1992, p. 508-512.

¹⁷ C'est là la règle dite « *expressio unus est exclusio alterius* » (Eskridge, 1994, p. 42-43).

¹⁸ « Imaginons un 100 mètres dans lequel l'un des deux coureurs aurait les jambes attachées. Durant le temps qu'il lui faut pour faire 10 mètres, l'autre en a déjà fait 50. Comment rectifier la situation ? Doit-on simplement délivrer le premier coureur de ses liens et laisser la course se poursuivre, en considérant qu'il y a désormais "égalité des chances" (*equality of opportunity*) [les guillemets figurent dans le texte original] ? Pourtant, l'un des coureurs a toujours 40 mètres d'avance sur l'autre. Est-ce que la solution la plus juste ne consisterait pas plutôt à permettre au coureur qui était attaché de rattraper son retard de 40 mètres ? [...] Ce serait là agir concrètement dans le sens de l'égalité (*That would be affirmative action towards equality*). [...] En vérité, on ne peut pas considérer avoir été parfaitement équitable envers une personne enchaînée si l'on se contente de la débarrasser de ses chaînes et de lui faire prendre place sur la ligne de départ [...] en lui disant : « Voilà. Tu es libre de rivaliser avec tous les autres » (Lyndon Johnson, « Commencement Address at Howard University : "To Fulfill These Rights", 4 juin 1965 », in *Public Papers of the Presidents of the United States : Lyndon B. Johnson ; 1965*, Washington, DC, Government Printing Office, 1966, livre 2 ; reproduit dans l'anthologie *Eyes on the Prize : A Civil Rights Reader*, New York, Penguin Books, 1991, p. 612-613).

¹⁹ Voir, par exemple, Clary, 1999, p. 28.

éventuellement une indemnité et de « prendre les autres mesures concrètes » (*take other affirmative action*) nécessaires à la compensation du dommage par eux subi²⁰. A l'origine, l'expression ne renvoie donc à aucun référent déterminé : elle évoque seulement une démarche volontariste, une intervention dont l'effectivité serait avérée, par opposition aux initiatives d'ordre strictement déclaratoire ou à la passivité pure et simple²¹. Ceci est encore le cas lors de sa première occurrence en relation avec la question raciale, dans le cadre d'un projet de loi voté en 1950 par la Chambre des Représentants mais rejeté par le Sénat, qui prévoyait l'extension aux Noirs de la protection accordée aux syndicalistes par les dispositions antidiscriminatoires du *National Labor Relations Act*, et notamment l'adoption de « mesures concrètes » (*affirmative action*) destinées à indemniser ceux d'entre eux qui auraient été victimes de discrimination dans le passé (Burstein, 1985).

En dépit des apparences, la reprise de l'expression dans le discours de Johnson « To Fulfill These Rights » ainsi que dans les textes des décrets (*Executive Orders*) 10925 et 11246 - signés respectivement par Kennedy le 6 mars 1961 et par Johnson le 24 septembre 1965 - ne marque aucune rupture significative à cet égard. Loin d'inaugurer un quelconque bouleversement dans l'approche de l'action antidiscriminatoire qui est celle des pouvoirs publics, le terme s'apparente, là encore, à un simple ornement oratoire, à un marqueur suggérant l'intensité de l'engagement du locuteur mais dépourvu de valeur conceptuelle propre. Dans l'*Executive Order* 10925, on le rencontre ainsi au milieu de plusieurs autres formules similaires associant l'adjectif *affirmative* - ou un synonyme comme *positive* - à des substantifs comme *steps* ou *measures*, sans que lui-même soit particulièrement mis en valeur. Ceci suggère à tout le moins que l'expression *affirmative action* n'avait alors nullement vocation à devenir l'appellation consacrée d'une nouvelle stratégie gouvernementale en matière d'intégration raciale qui prendrait ses distances par rapport au principe de *color-blindness* apparemment inscrit dans le *Civil Rights Act* de 1964 : à cette date, la stratégie en question demeure purement et simplement inexistante²².

En effet, dans les décrets 10925 et 11246, le terme apparaît dans le contexte d'une injonction adressée aux entreprises ayant obtenu des marchés publics et exigeant de ces dernières un effort supplémentaire précisément destiné à vérifier que la norme de non-prise en compte des caractéristiques raciales des salariés et des postulants à l'embauche se trouve bel et bien respectée. L'*Executive Order* 11246 prévoit ainsi que le cocontractant devra « prendre

²⁰ *National Labor Relations Act*, 29 U.S.C. §§ 151-158.

²¹ En témoigne également l'usage qui en est fait dans un discours prononcé en 1938 par le président Franklin D. Roosevelt, dans lequel ce dernier esquisse une analyse rétrospective de la notion de *New Deal* : celle-ci « signifiait que le gouvernement allait prendre des mesures concrètes pour atteindre ses objectifs déclarés [*was going to use affirmative action to bring about its avowed objectives*]. [...]. Nous n'allions pas simplement nous contenter d'espérer que [nos] idéaux se réalisent. Il s'agissait au contraire de les promouvoir activement en utilisant les pouvoirs du gouvernement comme un instrument de combat » ; cité in Sunstein, 1993, p. 57.

²² Le décret 10925 est reproduit in United States Congress, House of Representatives. Committee on Education and Labor, Subcommittee on Employment Opportunities, *Report on Affirmative Action and the Federal Enforcement of Equal Opportunity Laws*, Washington, DC, Government Printing Office, 1982, p. 5. On notera que dans un rapport que l'*Attorney General* Ramsey Clark fait parvenir en 1966 à l'un des conseillers de Johnson, Joseph Califano, et qui présente les résultats des réflexions d'un groupe de prospective censé indiquer de nouvelles pistes à explorer par les pouvoirs publics en vue de perfectionner l'action antidiscriminatoire dans le domaine de l'emploi, aucune des 15 recommandations formulées n'évoque l'instauration de quotas, ni la définition d'« objectifs quantifiés » destinée à accroître la représentation de certains groupes raciaux dans la main d'œuvre des entreprises (Skrentny, 1996). Par ailleurs, le fait que l'expression lexicalisée *to take affirmative action* (au sens de « prendre des mesures concrètes ») puisse encore figurer dans l'opinion majoritaire d'un arrêt rendu par la Cour suprême en 1967 et ayant précisément pour objet la discrimination raciale (*Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967)) sans que le moindre risque d'ambiguïté ne soit apparemment perçu atteste indirectement que l'infléchissement sémantique qui conduira à l'emploi de cette formule pour désigner les pratiques préférentielles mises en oeuvre au bénéfice des Noirs est en tout cas postérieur à cette date ; cf. *Reitman v. Mulkey*, in Gunther, 1991, p. 891.

des mesures concrètes [*take affirmative action*] pour s'assurer que les employés [...] et les candidats à l'embauche sont traités *sans considération de leur race, de leur couleur de peau, de leur religion ou de leur origine nationale* »²³. Il est donc erroné de faire *a posteriori* de ce décret le texte fondateur des politiques de discrimination positive, puisque les « mesures concrètes » qu'il prévoit sont censées, au contraire, garantir que les procédures de recrutement employées ne comportent effectivement aucune dimension discriminatoire. L'origine de l'*affirmative action* - au sens contemporain du terme - doit être recherchée ailleurs.

A cet égard, il est clair que les émeutes raciales intervenues dans la seconde moitié des années soixante ont joué un rôle significatif. Ainsi, un an après une première vague d'incidents survenus dans une dizaine de villes américaines au cours des semaines suivant le vote du *Civil Rights Act* de juillet 1964, c'est suite au déclenchement, à plus grande échelle, de troubles du même type à Watts - ghetto noir de Los Angeles - le 11 août 1965, que le gouvernement fédéral va véritablement prendre conscience du risque que la marginalité socio-économique persistante d'une partie de la jeunesse noire constitue pour l'ordre public, risque qui le conduit désormais à considérer comme nécessaire l'adoption d'initiatives spécifiquement destinées à remédier à cette situation. En effet, cette explosion de violence, d'envergure inédite²⁴, s'avère n'être que le premier épisode d'une longue série d'événements similaires : sur la période 1966-1968, on dénombre au total 290 incidents, dont le bilan s'élève à 169 morts, 7 000 blessés et 40 000 arrestations (McAdam, 1982). Devant ce qui apparaît donc comme une crise politique majeure, des mesures radicales paraissent s'imposer.

Cependant, si l'importance des émeutes dans le déclenchement du processus aboutissant à la mise en place des programmes de discrimination positive est largement admise, la nature précise de l'enchaînement causal reliant les unes aux autres a aussi fait l'objet d'analyses tout à fait discutables.

En effet, certains auteurs d'inspiration néo-marxiste tendent à interpréter l'*affirmative action* comme participant d'une entreprise de préservation de l'ordre libéral menacé, qui se donnerait pour but de diluer le potentiel révolutionnaire dont la dynamique de contestation des dispositifs de subordination raciale aurait été porteuse, et ce par le biais d'une stratégie de cooptation des élites noires. Dans cette perspective, celles-ci se seraient vues accorder des concessions sans grande portée, en échange de leur concours quant à la canalisation d'éventuels débordements populaires semblables à ceux dont de nombreuses villes américaines ont fait l'expérience entre 1964 et 1968. Ainsi, la mise en place des politiques de discrimination positive apparaîtrait comme l'un des termes d'une « transaction collusive » (Dobry, 1986) effectuée entre les détenteurs des positions les plus élevées au sein des deux principaux groupes raciaux, transaction qui aurait permis d'étouffer les impulsions transformatrices à l'œuvre dans la mobilisation pour l'égalité des droits et relèverait fondamentalement d'une logique de contrôle social. En définitive, les revendications d'ordre structurel relatives à la répartition globale des ressources entre Noirs et Blancs et au rapport de domination qu'elle engendre n'auraient donné lieu qu'à une série d'ajustements marginaux opérés au niveau de la distribution finale de certains biens, dont l'*affirmative action* constituerait sans doute l'exemple le plus frappant. Cette dernière n'aurait d'autre fonction que de satisfaire à bon compte la frange de la population noire susceptible de jouer un rôle d'encadrement, contribuant ainsi à renforcer la légitimité défaillante de l'ordre politique existant (Young, 1990)²⁵.

²³ 30 Federal Register. 12319 (1965). 3 C.F.R. 339, 340 (souligné par nous).

²⁴ Le bilan définitif est de 34 morts, 1 072 blessés et plus de 400 arrestations ; selon certaines estimations, plus de 30 000 personnes auraient participé aux troubles (Matusow, 1984).

²⁵ D'après Iris Young, « dans la mesure où le problème de l'*affirmative action* incite l'opinion publique à ne concentrer son attention que sur l'enjeu étroitement défini - et, tout compte fait, assez superficiel - que constitue

Telle est à peu près la grille d'analyse adoptée par Michael Omi et Howard Winant pour rendre compte de la ligne directrice suivie par le gouvernement américain en matière de gestion des conflits « raciaux » dans les années qui suivent le vote du *Civil Rights Act*, ainsi qu'à d'autres périodes antérieures de l'histoire des Etats-Unis (Omi, Winant, 1994)²⁶. Pour les deux auteurs, celle-ci serait en effet scandée par la récurrence - à intervalles plus ou moins réguliers - d'un même schéma d'interaction, qui verrait les pouvoirs publics s'efforcer de neutraliser les mouvements de protestation constitués sur une base raciale en procédant à la clientélisation de la fraction de la communauté noire qui se trouve à leur tête. L'*affirmative action* viendrait alors s'inscrire dans le cadre d'une tactique néo-corporatiste²⁷ consistant à absorber dans l'appareil d'État le sous-ensemble de la minorité en question dont l'insatisfaction prolongée serait la plus dangereuse pour l'ordre établi. Les élites noires se verraient confier l'administration des programmes adoptés à cette fin - résultats des minces réformes que les élites blanches auraient jugé préférable de leur concéder afin de préserver leur position dominante. La mise en place d'un dispositif préférentiel bénéficiant au premier chef à la classe moyenne noire en voie de formation devrait ainsi être interprétée comme une tentative des pouvoirs publics de transformer un mouvement noir à forte teneur protestataire - et dont l'action s'est révélée propice à un inquiétant déploiement d'énergie sociale - en un groupe d'intérêt assimilable aux autres composantes du système de compétition « pluraliste » caractéristique de la démocratie américaine²⁸. Un argument voisin, et qui se veut plus radical encore, dénonce dans l'*affirmative action* un instrument destiné à susciter « la création d'un nombre suffisant d'exceptions à la domination [globale] exercée par les Blancs pour conférer à la mythologie de l'égalité des chances une plausibilité minimale » et atténuer ainsi les aspirations à une refonte globale du modèle de répartition des ressources économiques existant - dont le mouvement pour l'égalité raciale aurait pu être le vecteur (Crenshaw, 1995, p. xxix).

Enfin, dans un ouvrage décapant qui propose une ambitieuse relecture de l'ensemble de la trajectoire historique de la nation américaine, Michael Lind met lui aussi l'accent sur la dimension conservatrice de la discrimination positive, qui serait le fruit d'un « compromis » tacite passé entre les élites politico-économiques blanches (*the white overclass*) et les dirigeants des principales organisations noires et hispaniques. En vertu de ce compromis, les membres de la classe moyenne appartenant à ces deux minorités se seraient vus octroyer certaines prébendes - parmi lesquelles figurent les privilèges que leur confère l'*affirmative action* -, et ce en contrepartie de leur renoncement aux tactiques de mobilisation de masse désormais discréditées par leur contribution supposée au déclenchement des émeutes de la seconde moitié des années soixante, dont le souvenir est resté vivace. Dans cette perspective, ils se seraient également résolus à abandonner les revendications trans-raciales visant à obtenir l'adoption de mesures redistributives de grande ampleur qui bénéficieraient à l'ensemble des individus défavorisés, mesures dont le coût serait devenu prohibitif à partir du moment où les contraintes budgétaires induites par le financement de la guerre du Vietnam auraient considérablement réduit la marge de manœuvre des pouvoirs publics à cet égard.

la redistribution de certaines positions à l'intérieur d'un cadre préétabli, du point de vue de la structure sociale dans son ensemble, elle ne sert qu'à entretenir le *statu quo* » (Young, 1990, p. 200).

²⁶ Pour un point de vue analogue, voir également Mills, 1997.

²⁷ Ce terme renvoie à la définition du corporatisme formulée par Philippe Schmitter, soit « un système de représentation des intérêts dont les unités constituantes se répartissent en un nombre limité de groupements distincts, non dépendants d'affiliations volontaires, non concurrents, hiérarchiquement ordonnés et remplissant des fonctions différenciées, groupements qui sont reconnus ou autorisés par l'État - lorsqu'ils ne sont pas créés par lui - et se voient délibérément accorder le monopole de la représentation à l'intérieur de leurs domaines respectifs en échange du respect de certaines limites quant à la sélection de leurs dirigeants, l'expression de leurs revendications et les formes prises par leurs mobilisations ». (Schmitter, 1974, p. 93-94 (souligné par nous)).

²⁸ Sur l'acception du terme « pluralisme » à laquelle il est fait allusion ici, voir Dahl, 1978.

Dans ce contexte, la discrimination positive ferait figure de palliatif, en même temps qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une tactique de diversion destinée à prévenir le développement de revendications centrées sur un objectif général d'égalisation des ressources socio-économiques, par le biais d'une réactivation délibérée des rivalités entre groupes raciaux - moins périlleuses pour la classe dominante. En somme, l'*affirmative action* ne ferait que signaler la mise en œuvre par la classe dirigeante d'une recette éprouvée : *diviser pour régner* (Lind, 1995).

En dépit de l'attrait superficiel qu'est susceptible d'exercer tout argumentaire à prétention démystificatrice (Hirschman, 1990, p. 36), ce type d'interprétations se heurte néanmoins à une difficulté fondamentale, de nature strictement factuelle. En effet, si les émeutes ont d'abord pu sembler renforcer la position des dirigeants des principales organisations noires vis-à-vis des instances gouvernementales, qui, prises au dépourvu par l'ampleur de la crise, engagent effectivement des consultations avec l'ensemble des acteurs supposés représentatifs à partir de l'été 1965, il apparaît bientôt que les interlocuteurs traditionnels des pouvoirs publics dans ce domaine ne détiennent en fait aucune influence sur les fauteurs de troubles (Fogelson, 1971), et ne sont donc nullement en mesure de monnayer leur capacité de contrôle des perturbateurs - manifestement inexistante - dans le cadre d'un marché qui prévoirait, en contrepartie, la mise en place de programmes de discrimination positive. Les émeutes ont précisément pour conséquence de révéler, en un laps de temps relativement bref, le déclin de l'autorité exercée par les leaders de mouvements modérés comme Martin Luther King (*Southern Christian Leadership Conference* - SCLC) et Roy Wilkins (*National Association for the Advancement of Colored People* - NAACP), ce qui vient rapidement dissiper toute tentation du gouvernement Johnson de s'en remettre à eux pour assurer la préservation de l'ordre public - et *a fortiori* de conclure avec les personnalités en question un quelconque « pacte » à cette fin.

De plus, quand bien même on pourrait observer une attitude plus conciliante du pouvoir exécutif envers les revendications formulées par ces associations, dont le radicalisme anciennement perçu tend à s'estomper en comparaison avec les déprédations des émeutiers - parfois habilement présentées par les représentants de la NAACP comme la conséquence inéluctable de la non-satisfaction de leurs exigences antérieures -, 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 soixante-dix (Skrentny, 1996, p. 75-78). Autrement dit, il n'y a jamais eu de mobilisation soutenue des organisations noires en faveur de la discrimination positive antérieurement à son instauration, ce qui rend éminemment improbable l'hypothèse du « compromis » entre les élites des deux groupes raciaux - même si l'on a la prudence d'attribuer à ce dernier un caractère « tacite » (Lind, 1995, p. 162)²⁹. Lors des débats au Congrès au sujet du « Plan de Philadelphie » (*Philadelphia Plan*), première étape dans la mise en œuvre de l'*affirmative action* (Kotlowski, 2001, p. 97-156), on assiste même à la situation

²⁹ A cet égard, il est assez révélateur que les quelques prises de position qui font exception à la règle aient été presque aussitôt suivies de rétractations embarrassées. Ainsi, Whitney Young, l'un des principaux dirigeants de la *National Urban League*, après s'être prononcé en 1963 en faveur de la prise en considération du facteur racial au bénéfice des Noirs dans le domaine de l'emploi, fera rapidement machine arrière devant les réserves suscitées par cette proposition au sein même de son organisation - proposition dont il livrera l'année suivante, dans son livre *To Be Equal*, une version passablement édulcorée. De même, le directeur national du *Congress of Racial Equality*, James Farmer, allait opérer un revirement analogue lors de sa participation aux auditions parlementaires relatives au Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964. A cette occasion, confronté à un auditoire alors *unaniment* opposé au principe de la discrimination positive et pressé de questions par le Représentant Peter Rodino, élu démocrate du New Jersey connu pour son engagement de longue date dans la lutte contre les discriminations raciales, Farmer niera à plusieurs reprises être favorable à l'instauration de quotas raciaux, solution qu'il avait pourtant préconisée en janvier 1963 ; voir Graham, 1990, p. 104-113.

quelque peu paradoxale qui voit le gouvernement républicain de Richard Nixon devoir entreprendre de convaincre les dirigeants de la NAACP et des autres composantes du lobby noir, initialement réticents, d'apporter leur soutien à cette initiative³⁰. Ce n'est qu'à partir du moment où Nixon, par calcul électoral, sera finalement conduit à se présenter comme un fervent adversaire du dispositif, 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 autorités politiques à des groupes d'intérêt en échange d'une prestation quelconque se heurte au fait que les groupes en question n'ont commencé à émettre des revendications ayant l'*affirmative action* pour objet qu'après sa mise en place par le gouvernement. S'il semble bien que la mobilisation ultérieure du lobby noir ait joué un rôle déterminant dans la *pérennisation* du dispositif, on aurait tort de lui attribuer un pouvoir générateur. Les facteurs qui contribueront à la stabilité de la politique publique qu'est la discrimination positive ne sont pas ceux qui ont présidé à son avènement.

3- La rationalisation bureaucratique de l'action antidiscriminatoire et ses effets dérivés

Beaucoup plus décisif à cet égard est le rôle joué par les deux agences que sont la Commission pour l'égalité des chances dans l'emploi (*Equal Employment Opportunity Commission* - EEOC) et le Bureau de contrôle des contrats fédéraux (*Office of Federal Contract Compliance* - OFCC), conformément à un réaménagement plus général de l'ordonnancement du pouvoir au bénéfice de la présidence - et, par extension, de l'ensemble des services administratifs qui lui sont plus ou moins directement rattachés -, dont l'origine demeure relativement récente. En effet, si l'article II de la Constitution de 1787, qui définit les attributions du pouvoir exécutif, confie au président le soin de mettre en œuvre les lois votées par le Congrès en prenant des décrets d'application - et a été par la suite interprété par la Cour suprême comme autorisant également la délégation de ce pouvoir réglementaire à certains organes spécialisés -, ce n'est qu'à partir du New Deal que l'autonomisation des agences par rapport au Congrès va prendre toute son ampleur. Ainsi, à partir de la seconde présidence de Franklin Delano Roosevelt, et au nom d'un objectif d'amélioration de la performance publique, leur contrôle allait être assuré quasi-exclusivement par le chef de l'exécutif, ce qui, en fait, devait se traduire par un accroissement sensible de leur marge de manœuvre (Wilson, 1989). A cet égard, les agences responsables de la lutte contre les discriminations raciales ne feront pas exception à la règle³¹.

La première, l'EEOC, avait pour mission spécifique 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. Quant à l'OFCC, subdivision du Ministère du Travail, il était censé vérifier que les entreprises signataires d'un contrat avec le gouvernement fédéral - et leurs sous-contractants éventuels - se conforment à l'obligation de mettre en œuvre des mesures d'« *affirmative action* » qui leur était plus spécifiquement imposée en vertu des décrets 10925 et 11246, obligation dont il lui incombait par ailleurs de spécifier la teneur. Or c'est d'un effort d'harmonisation des procédures employées 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

³⁰ Cf. « Memo from John Campbell to John Price, 22 décembre 1969 » ; in Hugh Davis Graham, ed., *Civil Rights during the Nixon Administration, 1969-1974*, Bethesda, University Publications of America, 1989, première partie, bobine n°2, 0832.

³¹ Sur le renforcement des capacités administratives de l'État fédéral au vingtième siècle, voir plus généralement Skowronek, 1982.

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 entre elles 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 de faciliter la collecte d'informations jugées nécessaires au repérage des infractions à la législation de 1964 d'une part, du non-respect par les employeurs soumis à la supervision de l'OFCC de leurs obligations contractuelles d'autre part. Or parmi ces informations figure pour la première fois la « race » des employés de l'établissement en question. Dorénavant, les entreprises de plus de 50 salariés sous contrat avec le gouvernement fédéral ainsi que l'ensemble des entreprises de plus de 100 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-group*) qui rassemblent les titulaires d'emplois exigeant un niveau de qualifications 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 les Eskimos et les Aléoutes, de par les aléas de la simplification bureaucratique) ; les « Orientaux » ; enfin, les personnes « portant un nom à consonance hispanique » (*Spanish-surnamed*).

Sous une forme quelque peu modifiée, ce « pentagone ethno-racial » (Hollinger, 1995, p. 19-50), 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 actuelle³². L'institutionnalisation bienveillante de l'identité raciale par les pouvoirs publics se trouve donc amorcée dès la seconde moitié des années soixante³³.

Un autre épisode décisif dans la construction administrative des politiques de discrimination positive a pour origine la marge de manœuvre considérable dont disposait le Bureau de contrôle des contrats fédéraux en raison de la formulation particulièrement évasive du décret 11246, qui, après avoir prescrit l'adoption de mesures « concrètes » mais non spécifiées de la part des entreprises sous contrat avec le gouvernement fédéral (*affirmative action*), se bornait à indiquer que le contractant [...] devrait « se conformer à l'ensemble des règles, réglementations et directives [...] édictées par le Ministère du Travail »³⁴. L'indétermination même de l'expression « *affirmative action* » laissait donc le champ libre

³² Par la suite, aux « Orientaux » (*Oriental*) ont succédé les « Asiatiques et personnes originaires des îles du Pacifique » (*Asian and Pacific Islander*), tandis qu'à la catégorie des individus « portant un nom à consonance hispanique » se substituait l'appellation plus elliptique d'« Hispanique » (*Hispanic*). Depuis le 30 octobre 1997, le pentagone est devenu un hexagone suite à la dissociation entre les « Asiatiques » et les « Hawaïens de naissance et autres personnes originaires des îles du Pacifique » (*Native Hawaiian or Other Pacific Islander*) : cf. Office of Management and Budget, « Revisions to the Standards for the Classification of Federal Data on Race and Ethnicity », à consulter sur le site <http://www.whitehouse.gov/WH/EOP/OMB/html/fedreg/Ombdir15.html>.

³³ Et ce en dépit des réticences de l'un des cinq membres du comité directeur de l'EEOC, l'avocat noir Samuel Jackson, demeuré fidèle aux prises de position de son ancien employeur – la *National Association for the Advancement of Colored People* – quant au caractère fondamentalement néfaste de tout fichage racial des individus par les autorités administratives ; cf. Graham, 1990, p. 199.

³⁴ 30 Federal Register 12 319 (1965).

audit Ministère - et, par extension, à l'OFCC -, et ce d'autant plus que les tribunaux allaient faire preuve de la plus grande prudence dans ce domaine jusqu'à la fin des années soixante-dix, conformément au principe suivant lequel le juge serait tenu de manifester « une déférence particulière à l'égard de l'interprétation adoptée par une agence administrative d'un décret ou d'une réglementation dont la mise en œuvre lui aurait été confiée »³⁵.

Ainsi, dans l'exercice des attributions étendues que lui conférait l'*Executive Order* 11246, l'OFCC, en novembre 1969, allait entreprendre de subordonner l'octroi de marchés publics à l'accomplissement par l'entreprise cocontractante d'un « effort sincère » pour que, à l'expiration d'un délai fixé, la proportion de membres des minorités ethno-raciales au sein de sa main d'œuvre se situe au-delà d'un certain seuil. En vertu de la directive *Order n°4*, toute entreprise détenant un contrat fédéral d'un montant supérieur à 50 000 dollars et employant plus de 50 salariés était désormais tenue de prendre des mesures afin de remédier à sa « sous-utilisation » éventuelle de l'offre de travail des membres des groupes en question qui résidaient dans le bassin d'emploi correspondant à son lieu d'implantation. Certes, la non-obtention du pourcentage visé ne constituait pas en elle-même un manquement de l'entreprise à ses obligations contractuelles : la détermination d'un objectif quantifié à valeur indicative, baptisé *goal* ou *target*, se distinguait en théorie d'un quota impératif. Le nouveau dispositif imposait toutefois à l'employeur de convaincre l'administration de sa bonne volonté à cet égard, ouvrant ainsi la voie à un processus aléatoire susceptible d'aboutir à l'annulation du contrat dans l'hypothèse où il échouerait dans cette entreprise. En outre, l'association initiale entre *affirmative action* et *color-blindness* était désormais rompue. En effet, l'*affirmative action* était alors définie pour la première fois comme « un ensemble de procédures spécifiques et conçues en vue des résultats à atteindre » (*a set of specific and result-oriented procedures*) (Graham, 1990, p. 342-343, souligné par nous). Dans la mesure où les « résultats » en question désignaient à l'évidence l'augmentation attendue de la proportion des Noirs dans la main d'œuvre de l'entreprise, cette formule laissait entendre assez clairement que la prise en compte des catégories raciales par l'instance décisionnaire ne devait plus être cantonnée à la phase antérieure à la sélection des postulants proprement dite. Le texte de 1969 marquait donc une rupture décisive dans la conception de l'action antidiscriminatoire des pouvoirs publics, en ce qu'il suggérait de manière beaucoup plus nette que précédemment l'adoption implicite d'une norme de proportionnalité raciale - vraisemblablement appelée à entrer en conflit avec le principe méritocratique. En effet, il était pour la première fois imposé aux employeurs de définir préalablement à la sélection des candidats à l'embauche « des objectifs [chiffrés] assortis d'un échéancier » (*goals and timetables*) en vue de réduire la « sous-utilisation » (*underutilization*) des membres des minorités. Or cette « sous-utilisation » ne désignait pas la différence entre la proportion que représenteraient ces derniers dans la main d'œuvre de l'entreprise et leur pourcentage au sein de la population des travailleurs qualifiés. C'est la *totalité* de la population active du bassin d'emploi local qui constituait ici la base de référence, ce qui reflétait le choix de l'agence de ne pas prendre en compte l'écart global éventuellement observable entre les niveaux de qualification moyens des différents groupes raciaux pour ce qui est de la définition même du déséquilibre appelé à faire l'objet d'une intervention correctrice³⁶. A cet égard, l'emploi du terme « sous-utilisation » contribue

³⁵ *Contractors Association of Eastern Pennsylvania v. Secretary of Labor*, 442 F. 2d 153 (3^e Circuit 1971), p. 175. Sur l'expansion du contentieux administratif que l'on observera à partir du début des années quatre-vingts, voir Shapiro, 1994, p. 106.

³⁶ *Revised Order n°4*. 41 C.F.R. 60-2.10 ; 60-2.11 (b) ; 60-2.11 (g) ; voir également Fullinwider, 1980, p. 162-163. Pour délimiter la zone géographique au sein de laquelle on procéderait à la comparaison entre l'offre de travail des résidents noirs et leur représentation dans la main d'œuvre de l'unité de production considérée, on prenait généralement comme point de repère le lieu d'habitation des candidats à l'embauche ou celui des personnes déjà employées par l'entreprise. Pour les emplois les plus rémunérateurs qui exigent des qualifications particulièrement élevées, l'espace correspondant peut être le territoire national dans son entier, alors que les

à obscurcir la nature du glissement ainsi opéré, dans la mesure où il évoque le registre de la *rentabilité* et suggère l'existence d'un défaut d'*optimisation* de la part de l'entrepreneur au regard de sa finalité propre, alors qu'absolument rien ne le justifie. Cet euphémisme fait simplement référence à une situation de « sous-représentation » des membres de certains groupes-cibles, laquelle tend à être intégralement attribuée à la discrimination exercée antérieurement à leur rencontre. En témoigne, parmi beaucoup d'autres exemples, cet extrait d'un document officiel de l'OFCC, qui date du début des années quatre-vingts : « On peut raisonnablement supposer que si la discrimination passée n'avait pas eu lieu, la proportion des femmes et des minorités dans chaque catégorie professionnelle serait approximativement identique à celle qui est la leur dans la population active... »³⁷.

Or, dans la mesure où l'on constate, suite à cette « discrimination passée », la persistance d'un écart entre les niveaux de qualification des membres des différents groupes raciaux, la cessation des pratiques discriminatoires à l'égard des Noirs ne saurait manifestement suffire pour permettre leur représentation proportionnelle ou quasi-proportionnelle dans l'ensemble des professions, notamment pour celles qui exigent des compétences particulièrement élevées. Cet objectif ne peut être atteint à brève échéance qu'au moyen d'un dispositif volontariste surimposé à la logique concurrentielle qui préside à la répartition des emplois dans une économie de marché : la discrimination positive est alors en gestation.

Par ailleurs, l'EEOC allait elle aussi jouer un rôle décisif, en opérant un élargissement radical de la notion de « discrimination » dans une directive de 1966 – dont le contenu sera ensuite avalisé par la Cour suprême dans un arrêt de 1971, *Griggs v. Duke Power Company*³⁸. Dans cette perspective, loin de prohiber uniquement la « discrimination ostensible », le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 frapperait également les dispositifs « formellement impartiaux mais discriminatoires dans leur fonctionnement » (*fair in form but discriminatory in operation*), soit « les procédures et les tests neutres en apparence et quant à l'intention qui les anime [...], mais qui auraient pour effet de “geler” le *statu quo* engendré par la discrimination antérieure »³⁹. Ainsi la notion de « discrimination » en vient-elle à englober ce que l'on appelle la *discrimination indirecte*. Celle-ci fait référence à l'ensemble des modalités de sélection intrinsèquement irréprochables au regard d'une lecture littérale du Titre VII - et ne faisant donc intervenir aucune des caractéristiques dont la prise en compte est explicitement prohibée (race, couleur de peau, religion, sexe ou origine nationale) -, mais dont l'usage se révèle porteur d'un *impact négatif disproportionné*⁴⁰ sur les membres de certains groupes ayant été - ou demeurant encore - victimes de discrimination au sens premier du terme. Sera désormais qualifiée de « discriminatoire » *au sens élargi* - et donc frappée d'une présomption d'illégalité - toute pratique qui, de fait, contribuerait à pérenniser l'exclusion des individus appartenant aux différents groupes-cibles de certains emplois, exclusion elle-même initialement engendrée par la discrimination *au sens restreint*. Plus précisément, un critère de

emplois non ou peu qualifiés se distribuent à l'intérieur d'un périmètre beaucoup plus restreint ; cf. Finis Welch, 1989, p. 158.

³⁷ U.S. Department of Labor, Office of Federal Contract Compliance (OFCC), *Federal Contract Compliance Manual*, Washington, DC, Government Printing Office, 1981, p. 28-29.

³⁸ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

³⁹ *Ibid.*, p. 431, 430 (les guillemets figurent dans le texte d'origine). Une telle évolution semblait pourtant avoir été explicitement exclue par le texte même de la législation, qui indiquait que « ... le fait pour un employeur [...] de recourir à un test d'aptitude élaboré conformément aux normes professionnelles en vigueur [...] ne constitue pas une pratique illégale, à condition que ce test [...] ne soit pas conçu dans l'intention de - ou utilisé de manière à - exercer une discrimination fondée sur la race, la couleur de peau, la religion, le sexe ou l'origine nationale » (U.S. Congress, *Civil Rights Act of 1964*, Titre VII, section 703 (h) ; 42 U.S. C. § 20002-2 (h) (1982)).

⁴⁰ Cette formulation condense les deux expressions américaines consacrées que l'on emploie habituellement pour désigner cette forme spécifique de discrimination : *adverse impact* et *disparate impact*.

sélection devra être abandonné si son utilisation a un impact négatif disproportionné sur les membres d'un groupe précédemment soumis à des pratiques discriminatoires intentionnelles et s'il n'existe pas de relation suffisamment nette entre ledit critère et la performance ultérieure du candidat dans son activité professionnelle⁴¹.

Cette initiative de l'EEOC – ultérieurement sanctionnée par la Cour suprême – marque bien une rupture fondamentale par rapport à la conception classique de l'action antidiscriminatoire comme participant d'une entreprise de « purification du processus décisionnel » (Fiss, 1974, p. 764) de l'employeur. Alors que, dans cette perspective, le constat de la sous-représentation statistique des Noirs parmi les détenteurs de certains emplois pouvait tout au plus être envisagé comme le *symptôme* d'une anomalie localisée *en amont* - qui inciterait les autorités administratives et judiciaires à entreprendre un examen plus approfondi du processus de sélection afin d'y déceler les traces d'un manquement au Titre VII du *Civil Rights Act* consistant en l'immixtion déterminante du facteur racial parmi l'ensemble des éléments pris en considération -, en vertu de la directive de 1966 et de la jurisprudence *Griggs*, le caractère « discriminatoire » d'une procédure peut désormais être inféré *immédiatement* et *exclusivement* des résultats objectifs qu'elle produit. Une investigation qui se donnerait pour objet de dégager les motifs de l'employeur apparaît désormais superflue. En un mot, l'existence d'un déséquilibre statistique dans la composition raciale de la main d'œuvre d'une entreprise résultant des modalités de sélection retenues n'est plus simplement envisagée comme *l'indice* d'une infraction possible à la législation antidiscriminatoire, infraction qui résiderait elle-même dans une décision *ayant pour objectif* de pénaliser les membres d'un groupe racial donné - et dont l'existence devrait être indépendamment établie : elle *constitue* à elle seule cette infraction, laquelle appelle évidemment une action correctrice. Certes, dans un premier temps, cette dernière demeure indéfinie, mais la discrimination positive est en germe.

Or l'obligation de se fonder sur l'existence d'une « discrimination » pour justifier une intervention engagée afin de promouvoir l'emploi des Noirs est fonction d'un impératif de *légitimité institutionnelle* pour les organes administratifs (*Equal Employment Opportunity Commission* et *Office of Federal Contract Compliance*) qui, en pratique, se trouvent amenés à prendre en charge le règlement des questions relatives à la réduction des inégalités raciales. En effet, leur domaine d'action est théoriquement limité à la détection et à la sanction des violations du droit en vigueur. Par conséquent, pour que ces organes puissent paraître habilités à prescrire *eux-mêmes* des mesures destinées à améliorer la situation économique des Noirs sans que l'initiative en question puisse être dénoncée comme la marque d'une immixtion illégitime dans le domaine de compétence du législateur, il est indispensable de présenter ces mesures comme relevant de la correction d'une infraction à une loi existante. Or

⁴¹ Cf. *Griggs v. Duke Power Co.*, déc. cit., p. 431. Bien entendu, restait à déterminer concrètement l'écart par rapport à une norme implicite de proportionnalité ethno-raciale au-delà duquel la pratique d'embauche qui en serait à l'origine serait réputée avoir un « impact négatif *disproportionné* » sur les membres des groupes sous-représentés. A cet égard, l'étape décisive est la publication, en août 1978, de « Directives harmonisées sur les procédures de sélection dans l'emploi » (*Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures*), censées guider à la fois l'EEOC dans la supervision de l'application du Titre VII du *Civil Rights Act* et l'OFCC dans l'élaboration de prescriptions spécifiques dérivées du décret 11246. Celles-ci disposent que, pour chacun des tests d'embauche auxquels l'entreprise serait amenée à recourir, « L'obtention par n'importe quel groupe défini en fonction d'un critère racial, ethnique ou sexuel d'un taux de succès inférieur [...] à 80% de celui du groupe ayant obtenu le taux le plus élevé sera [...] considérée comme une preuve que le test en question a sur ce groupe un impact négatif (*adverse impact*) » (28 CFR § 50. 14 (1978), 1^{ère} partie, §4). A ce titre, il encourt une présomption d'illégalité. D'après cette « règle des quatre cinquièmes », si, par exemple, 50% des candidats blancs et moins de 40% des candidats noirs réussissent un examen donné, ce dernier devra être écarté et remplacé par une épreuve alternative dépourvue d'« impact négatif » sur les membres de la minorité raciale - à moins qu'il ne s'avère « indispensable à la bonne marche de l'entreprise » (*Griggs v. Duke Power Co.*, déc. cit., p. 431).

l'unique référent normatif qu'il leur soit possible d'invoquer dans ce contexte est bien la législation antidiscriminatoire de 1964. La seule solution consistait donc à caractériser l'état de fait que l'on entend modifier - soit la sous-représentation des Noirs au sein de la main d'œuvre de l'entreprise considérée - comme le produit d'une « discrimination ». Dans la mesure où, dans un nombre de cas croissant, cette sous-représentation n'était plus le résultat direct d'une discrimination intentionnelle de la part de l'employeur - mais dépendait en dernier ressort de facteurs structurels échappant assez largement à l'emprise des agences comme des tribunaux, tels l'inégalité des établissements d'enseignement secondaire fréquentés par les membres des différents groupes raciaux, la persistance informelle de la ségrégation résidentielle, voire la déstructuration de la famille noire -, il devenait alors nécessaire de procéder à une redéfinition radicale de la notion de « discrimination ». Ainsi, pour reprendre les termes d'un ancien haut responsable de l'EEOC chargé de la liaison entre les niveaux d'intervention fédéral, étatique et municipal, Alfred Blumrosen, à partir du moment où est déclarée « constitutive d'une discrimination toute décision à caractère institutionnel qui exerce un effet néfaste sur les membres des minorités et intervient dans un domaine sujet à réglementation [...], la solution se trouve immédiatement à notre portée [*the solution lies within our immediate grasp*]. C'est à cette seule condition que nous parviendrons à prendre le contrôle de notre propre destinée » (Blumrosen, 1971, p. vii (souligné par nous)).

Dès lors, les dirigeants des agences censées superviser l'application du *Civil Rights Act* n'étant pas « particulièrement désireux de proclamer leur impuissance » (Fiss, 1979, p. 55), l'extension de la notion de « discrimination » à la discrimination indirecte s'impose à eux dans la mesure où elle apparaît comme le seul moyen d'intervention efficace. Mais c'est bien parce que, de fait, c'est à ces acteurs institutionnels qu'est laissé le soin d'entreprendre éventuellement une telle intervention que les contraintes spécifiques auxquelles ils sont soumis induisent des effets d'une pareille ampleur. Ainsi la transformation radicale du concept de « discrimination » intervenue dès 1966 et confirmée en 1971 apparaît-elle comme le produit dérivé d'une bureaucratisation du système politique américain particulièrement étendue - à défaut d'être parfaitement assumée.

Au-delà même de cette étape préliminaire, on voudrait ici suggérer que l'émergence de l'*affirmative action* en tant que politique publique, loin d'être la conséquence directe de pressions exercées sur l'appareil d'État par des groupes d'intérêt extérieurs à la sphère administrative, doit plutôt être interprétée comme le résultat de l'adaptation des responsables de l'EEOC et de l'OFCC à certaines *contraintes sectorielles*, qui les ont conduit à privilégier l'objectif consistant à préserver d'abord la *légitimité* de leur organisation de rattachement. Dans cette perspective, la naissance de la discrimination positive 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 - dont celle-ci n'était en mesure de traiter qu'une infime partie⁴² -, ainsi que des difficultés quasi-inextricables que soulevait l'administration de la preuve d'une intention discriminatoire 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

⁴² Parmi les quelque 15 000 plaintes qui lui étaient parvenues dès 1964, l'EEOC n'avait pu en traiter qu'une centaine lors de sa première année de fonctionnement ; en 1968, elle avait sur les bras 30 000 affaires non résolues, la durée moyenne de résolution de l'une d'entre elles s'élevant désormais à dix-huit mois. Du coup, afin d'obtenir une augmentation des ressources de l'agence, certains de ses responsables n'hésiteront pas à inciter les avocats de la NAACP et des autres organisations noires à multiplier les plaintes de manière à renforcer encore la crédibilité de leurs propres revendications budgétaires (voir Skrentny, 1996, p. 118-119 ; Graham, 1990, p. 422, 236).

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 soixante-dix, 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*)⁴³. Plutôt que de disperser ses maigres ressources (5, 2 millions de dollars de budget et 314 employés en 1967) 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 été ou non personnellement victimes de cette discrimination antérieure⁴⁴. Cette solution, problématique à bien des égards, permettait cependant d'accroître l'efficacité apparente de l'action de l'EEOC.

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 individu-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* (Belz, 1991, Detlefsen, 1991), 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 objectif⁴⁵. L'évolution considérée relève davantage de *la logique sectorielle du pragmatisme administratif*⁴⁶, logique elle-même inséparable d'une quête de légitimité institutionnelle de la part de la direction des agences.

⁴³ A ce propos, voir, plus généralement, Fiss, 1996, ainsi que De Schutter, 1999, p. 903-942. Comme l'explique ce dernier, la *class action* constitue « une technique particulière de jonction de causes connexes », qui opère une « collectivisation des demandes individuelles » et « permet d'étendre l'autorité de la chose jugée de la décision de justice rendue à l'égard de l'un d'entre eux à l'ensemble des membres de la classe, qui se trouvent dans un même rapport de droit avec l'adversaire » (*ibid.*, p. 903, 907). Outre le gain d'efficacité induit par la possibilité ainsi offerte à l'appareil judiciaire de traiter ensemble « une multiplicité de litiges individuels dont l'objet ou la cause sont identiques », la *class action*, « par les économies d'échelles qu'elle rend possible », permet notamment « à ceux pour qui l'introduction d'un litige individuel ne se justifierait pas en raison de la faible importance de l'enjeu [par rapport au coût de la procédure judiciaire] (...) d'intenter une action en justice malgré cet obstacle », obligeant ainsi « l'adversaire de la classe à internaliser la totalité des coûts que son comportement impose à la collectivité, et non seulement ceux dont il serait économiquement justifié de rechercher réparation en justice » (*ibid.*, p. 936-937, 940).

⁴⁴ En 1973, l'agence allait engager une série de procès à l'encontre d'entreprises comme AT&T, General Electric, General Motors et Sears Roebuck - et finalement obtenir gain de cause ; voir Plant, Thompson, 1986, p. 157. Outre l'intérêt de maximiser l'impact de la décision judiciaire anticipée, la focalisation de l'EEOC sur des entreprises de cette taille s'explique également par le fait que le raisonnement consistant à inférer du constat de la sous-représentation statistique des Noirs parmi les salariés l'exercice d'une discrimination à leur encontre est d'autant plus solide que l'échantillon considéré est plus large.

⁴⁵ La première de ces deux hypothèses est d'autant moins vraisemblable que la loi de 1964 s'efforçait précisément de garantir que les conditions d'une telle radicalisation ne puissent pas être réunies, en prévoyant que la composition du comité directeur de l'EEOC devrait être la plus équilibrée possible en termes d'affiliation partisane (trois démocrates et deux républicains, ou vice-versa).

⁴⁶ L'expression est issue de la juxtaposition de deux formules empruntées respectivement à Michel Dobry et à John David Skrentny ; cf. Dobry, 1986, p. 99-101 ; Skrentny, 1996, p. 111-144.

En effet, si, d'après Tocqueville, « tendre au résultat sans se laisser enchaîner au moyen, et viser au fond à travers la forme » constitue bien, de manière générale, l'un des principaux traits distinctifs de l'esprit américain (Tocqueville, 1981, p. 9), 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 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, aient pour raison d'être leur contribution 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. Les agences ne pouvant procéder de leur propre chef à des réformes structurelles qui exigeraient 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 ethno-raciales, 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*⁴⁷. 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 (Weber, 1995, p. 410-416).

Jusqu'à sa validation jurisprudentielle intervenue au cours des années soixante-dix⁴⁸, la politique en question n'en demeurerait pas moins contraire à la législation que l'EEOC et l'OFCC avaient *a priori* pour mission de faire appliquer. Par conséquent, dès le moment où ces agences amenées seront amenées à réorienter leur action en fonction d'un objectif d'égalité de résultats, leurs responsables allaient se montrer particulièrement réticents à donner à cette évolution un caractère officiel. Ainsi, en 1966, les nouvelles directives de l'EEOC qui redéfinissent les conditions de validité des tests d'embauche en anticipant sur la jurisprudence *Griggs* ne feront pas l'objet d'une publication dans les formes prévues par l'*Administrative Procedure Act* de 1946, sous le prétexte fallacieux que ces directives porteraient uniquement sur des détails techniques relatifs à la mise en application du Titre VII du *Civil Rights Act* - sans qu'il soit besoin pour l'agence de se livrer à une véritable interprétation du contenu de la loi (Belz, 1991, p. 282)⁴⁹.

Cependant, dans la plupart des cas, la dissimulation exercée par les responsables de l'EEOC et l'OFCC avait moins pour objet l'existence même de ces textes administratifs que, paradoxalement, la nature exacte des obligations qu'ils imposaient, l'incertitude qui prévalait à cet égard ayant pour effet de conserver une marge de manœuvre substantielle à l'agence appelée à déterminer si ces obligations avaient bien été satisfaites. Ainsi, en janvier 1967, pressé de définir plus précisément les conditions qu'un programme d'*affirmative action* se devait de remplir pour que l'entreprise examinée puisse se voir attribuer un marché public, le

⁴⁷ Du reste, L'EEOC allait elle-même donner l'exemple sur ce plan. Ainsi, en 1971, les Noirs représentaient 11% de la population américaine, 12% de la population active, 15% des employés de l'administration (civile) fédérale, mais 49% du personnel de l'agence ; cf. Graham, 1990, p. 459.

⁴⁸ Cf. *Griggs v. Duke Power Co.*, déc. cit.; *United Steelworkers v. Weber*, déc. cit.

⁴⁹ Pour un exemple analogue, concernant cette fois les politiques de déségrégation scolaire, cf. Rabkin, 1989, p. 152.

directeur de l'OFCC, Edward Sylvester, rétorquait que le dispositif « ne saurait faire l'objet d'une définition qui serait valable en toutes circonstances ». « De manière générale », ajoutait-il, « je dirais que *l'affirmative action*, c'est tout ce qu'il est nécessaire de faire pour obtenir des résultats. Ceci n'inclut pas nécessairement l'octroi d'une préférence »⁵⁰. Et un peu plus loin : « En fait, *l'affirmative action* a simplement pour but d'amener les employeurs à faire preuve, dans le domaine qui nous concerne, de la même imagination et de la même ingéniosité que celles qu'ils déploient [spontanément] dans tous les autres aspects de leur activité. Lorsqu'il y a une panne, ou lorsqu'un incident quelconque vient perturber la production, on s'en avise assez rapidement, et l'on s'efforce d'y remédier au plus vite. Nous demandons simplement que les problèmes relatifs à l'égalité des chances dans l'emploi soient considérés avec la même attention... »⁵¹.

L'ambiguïté est ici à son point maximal, et présente un avantage déterminant : en proclamant une obligation de résultats tout en donnant de *l'affirmative action* une définition on ne peut plus élastique qui revient à laisser à l'employeur le soin d'identifier lui-même les mesures nécessaires, l'agence se prémunit contre les accusations éventuelles d'infraction au Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, texte qui, rappelons-le, protégeait contre toute discrimination dans l'emploi aussi bien les Blancs que les Noirs. Si cette posture commode a dû être abandonnée à l'extrême fin des années soixante, elle ne l'a été que suite au rejet par le *General Accounting Office* d'une première mouture de la directive Order n°4 qui laissait encore dans l'ombre les critères de validité des programmes d'*affirmative action* que les entreprises cocontractantes seraient tenues de mettre en œuvre⁵². Ce n'est donc qu'en réaction à l'exigence de clarification à laquelle avait donné lieu une première controverse suscitée par le caractère initialement *implicite* des prescriptions adressées à ces employeurs que des « objectifs quantifiés » quant à la représentation des membres des minorités ethno-raciales au sein de la main d'œuvre ont fini par être adoptés. Et il ne s'agit là que d'un exemple parmi beaucoup d'autres de l'opacité qui, encore aujourd'hui, entoure les politiques de discrimination positive – opacité qui doit être mise en relation avec le caractère pour le moins discutable de leur légitimité démocratique initiale⁵³.

Comme on l'a vu, *l'affirmative action*, loin de s'inscrire d'emblée dans le cadre d'un projet général reflétant l'adhésion nouvelle des pouvoirs publics à une conception alternative de la répartition des positions sociales, est progressivement apparue aux instances administratives responsables de la mise en œuvre du *Civil Rights Act* comme le seul instrument susceptible de produire à brève échéance des résultats démontrables au regard de l'objectif fondamental alors largement attribué à la législation : promouvoir l'intégration économique des Noirs dans le *mainstream* de la société américaine. Ainsi, c'est le souci d'efficacité manifeste caractéristique de la logique sectorielle du pragmatisme administratif qui a sans doute joué le rôle le plus déterminant dans la genèse du dispositif. Toutefois, dans la mesure où cette rationalisation bureaucratique de l'action antidiscriminatoire devait finalement conduire à modifier radicalement la notion de « discrimination » telle qu'elle avait été implicitement définie par le législateur – et ce de manière à effacer toute distinction substantielle entre l'action « antidiscriminatoire » (présumée consensuelle) et la discrimination positive⁵⁴ –, la rupture en question ne pouvait être reconnue comme telle.

⁵⁰ Cité in Skrentny, 1996, p. 135. La première expression soulignée par nous (« Affirmative action is anything that you have to do to get results ») sera reprise telle quelle par Sylvester lors des auditions à la Chambre des Représentants préalables à l'adoption du Plan de Philadelphie ; cf. House Committee on Appropriation, Hearings, 90^e Congrès, 2^e session, 1968, première partie, p. 896-897.

⁵¹ Cité in Skrentny, 1996, p. 135.

⁵² *Ibid.*, p. 138.

⁵³ Voir plus généralement Sabbagh, 2002 (quatrième partie).

⁵⁴ En effet, la prohibition de la discrimination indirecte implique nécessairement de procéder à la sélection d'un nombre restreint de *groupes de référence*, appelés dès lors à bénéficier d'une forme de protection spécifique.

Précisément parce qu'elle était le fait des organes administratifs théoriquement censés veiller au respect de la loi en question, sa légitimation ne pouvait s'effectuer que par occultation. En définitive, aussi bien l'émergence de l'*affirmative action* que la dissimulation systématique de ses traits distinctifs que l'on allait observer par la suite (Sabbagh, 2002, Sabbagh, 2003) apparaissent donc comme des effets dérivés d'une *bureaucratization de la décision politique* particulièrement prononcée dans l'Amérique contemporaine

Bibliographie :

- Belz (Herman), 1991, *Equality Transformed*, Londres, New Brunswick, Transaction Publishers.
- Blumrosen (Alfred), 1971, *Black Employment and the Law*, Rutgers, Rutgers University Press.
- Burstein (Paul), 1985, *Discrimination, Jobs, and Politics*, Chicago, Londres, The University of Chicago Press.
- Clary (Françoise), 1999, « Discrimination positive : la controverse intellectuelle », *Revue française d'études américaines*, 81, p. 25-45.
- Kimberlé Crenshaw, 1995, « Preface », in Kimberlé Crenshaw, ed., *Critical Race Theory*, New York, The Free Press.
- Dahl (Robert), 1978, « Pluralism Revisited », *Comparative Politics*, 10, p. 191-203.
- Dallek (Robert), 1998, *Flawed Giant : Lyndon Johnson and His Times. 1961-1973*, Oxford, New York, Oxford University Press.
- Detlefsen (Robert), 1991, *Civil Rights Under Reagan*, San Francisco, ISC Press.
- De Schutter (Olivier), 1999, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant.
- Dobry (Michel), 1986, *Sociologie des crises politiques : la dynamique des mobilisations multisectorielles*, Paris, Presses de la FNSP.
- Dworkin (Ronald), 1985, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Epstein (Richard), 1992, *Forbidden Grounds : The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Eskridge (William), Jr., 1994, *Dynamics of Statutory Interpretation*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Fiss (Owen), 1974, « The Fate of an Idea Whose Time Has Come : Antidiscrimination Law in the Second Decade after "Brown v. Board of Education" », *University of Chicago Law Review*, 41 (2), p. 742-773.
- Fiss (Owen), 1979, « The Supreme Court, 1978 Term. Foreword : The Forms of Justice », *Harvard Law Review*, 93 (1), 1979, p. 1-58.
- Fiss (Owen), 1996, « The Political Theory of the Class Action », *Washington and Lee Law Review*, 53 (1), p. 21-31.
- Fogelson (Robert), 1971, *Violence and Protest*, Garden City, Doubleday.
- Robert (Fullinwider), 1980, *The Reverse Discrimination Controversy : A Moral and Legal Analysis*, Totowa, Rowman and Littlefield.
- Graham (Hugh Davis), 1990, *The Civil Rights Era : Origins and Development of National Policy, 1960-1972*, New York, Oxford University Press.
- Gunther (Gerald), 1991 [12^e éd], *Constitutional Law : Cases and Materials*, Westbury (New York), Foundation Press.
- Hirschman (Albert), 1991, *The Rhetorics of Reaction : Perversity, Futility, Jeopardy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Hollinger (David), 1995, *Postethnic America : Beyond Multiculturalism*, New York, Basic Books.
- Huntington (Samuel), 1981, *American Politics : The Promise of Disharmony*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Étant donné le nombre potentiellement infini des collectivités susceptibles d'aspirer à ce statut, il faut bien pouvoir disposer d'un *critère de délimitation* du sous-ensemble de celles qui se verraient ainsi préserver des dommages relatifs que seraient en mesure de leur infliger les modalités de recrutement en vigueur. Or, et c'est là le point capital, il s'agit très précisément des groupes qui, dans le passé, ont été victimes des formes de discrimination *intentionnelle* les plus systématiques. Mais dès lors, la distinction entre « action antidiscriminatoire » et « discrimination positive » ne devient-elle pas des plus ténues ? En effet, dans la mesure où les directives de 1966 - reprises par la jurisprudence *Griggs* - équivalent, en pratique, à soustraire certaines catégories de personnes aux conséquences des modalités de sélection en usage qui leur seraient préjudiciables, on a bien affaire, dans les deux cas, à une *différence de traitement établie au profit d'un nombre limité de groupes antérieurement soumis à des formes de discrimination légalement établies*.

- Kotlowski (Dean), 2001, *Nixon's Civil Rights*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.
- Lind (Michael), 1995, *The Next American Nation*, New York, The Free Press.
- Matusow (Allen), 1984, *The Unraveling of America : A History of Liberalism in the 1960s*, New York, Harper & Row.
- McAdam (Douglas), 1982, *Political Process and the Development of Black Insurgency, 1930-1970*, Chicago, Londres, The University of Chicago Press.
- Miller (David), 1992, « Distributive Justice : What the People Think », *Ethics*, 102, p. 555-593.
- Mills (Charles), 1997, *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press.
- Nagel (Thomas), 1977, « Equal Treatment and Compensatory Discrimination », in Marshall Cohen, Thomas Nagel, Thomas Scanlon (dir.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, Princeton University Press, p. 3-18.
- Omi (Michael), Winant (Howard), 1994, *Racial Formation in the United States from the 1960s to the 1990s*, New York, Routledge.
- Plant (Jeremy), Thompson (Frank), 1986, « Deregulation, the Bureaucracy, and Employment Discrimination : The Case of the EEOC », in Michael Combs, John Gruhl (eds.), *Affirmative Action : Theory, Analysis and Prospects*, Jefferson, McFarland, p. 145-164.
- Rabkin (Jeremy), 1989, *Judicial Compulsions : How Public Law Distorts Public Policy*, New York, Basic Books.
- Sabbagh (Daniel), 2002, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Economica (à paraître).
- Sabbagh (Daniel), 2003, « The Judicial Uses of Subterfuge : On Affirmative Action in the United States », *Political Science Quarterly* (à paraître).
- Schmitter (Philippe), 1974, « Still the Century of Corporatism ? », *Review of Politics*, 36, p. 85-131.
- Shapiro (Martin), 1994, « The Juridicialization of Politics », *International Political Science Review*, 15 (2), p. 101-112.
- Skowronek (Stephen), 1982, *Building a New American State*, New York, Cambridge University Press.
- Skrentny (John David), 1996, *The Ironies of Affirmative Action : Culture, Politics, and Justice in America*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Sniderman (Paul), Carmines (Edward), 1997, *Reaching Beyond Race*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Sunstein (Cass), 1993, *The Partial Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Tocqueville (Alexis de), 1981 [1835-1840], *De la démocratie en Amérique*, Paris, Garnier Flammarion, tome 2.
- Weber (Max), 1995 [1956], *Économie et société*, Paris, Plon.
- Welch (Finis), 1989, « Affirmative Action and Discrimination », in Steven Shulman, William Darity, Jr. (eds.), *The Question of Discrimination*, Middletown, Wesleyan University Press, p. 153-189.
- Whalen (Charles), Whalen (Barbara), 1985, *The Longest Debate : A Legislative History of the 1964 Civil Rights Act*, Washington, DC, Seven Locks Press.
- Wilson (James Q.), 1989, *Bureaucracy : What Government Agencies Do and Why They Do It*, New York, Basic Books.
- Young (Iris Marion), 1990, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press.