

Congrès AFSP Toulouse 2007

Table ronde 3

États démocratiques et reconnaissance de la « diversité » : analyse comparée du renouvellement du pluralisme politique

Session 2

SABBAGH Daniel (CERI-Sciences Po)
sabbagh@ceri-sciences-po.org

ÉLÉMENTS POUR UNE ANALYSE COMPARÉE DES FORMES ET DES STRATÉGIES DE PRESENTATION DE LA DISCRIMINATION POSITIVE
--

Dans son acception la plus large, la discrimination positive désigne l'ensemble des politiques de répartition des biens et autres ressources sociales – emplois, promotions internes, marchés publics, admissions dans les établissements d'enseignement supérieur sélectifs, prêts aux entreprises, droits de propriété foncière – effectuée sur la base de l'appartenance à un groupe désigné dans le but d'accroître la proportion des membres de ce groupe dans la population de référence. L'objectif est de remédier à leur sous-représentation, elle-même issue d'une discrimination passée et/ou présente. Que leur existence procède de dispositions constitutionnelles, de lois ordinaires, de règlements administratifs, de décisions de justice ou d'initiatives individuelles théoriquement indépendantes de l'action des pouvoirs publics, les mesures en question vont au-delà de la lutte contre les "discriminations" entendues au sens le plus strict (Calvès, 2006). Plus précisément, elles visent à contrecarrer des pratiques profondément ancrées dans le tissu social qui contribuent à reproduire des inégalités entre groupes même en l'absence d'une discrimination intentionnelle. Présentes dans un grand nombre de pays, elles peuvent être distinguées les unes des autres selon *l'identité de leurs bénéficiaires présumés*, leur *forme* – plus ou moins contraignante –, *la position dans la hiérarchie des normes des textes juridiques qui les fondent*, leur *domaine d'application*, enfin, leur *finalité* telle qu'inférée de l'observation de leurs modalités comme des justifications formulées à leur propos.

Si l'on considère le premier de ces cinq paramètres, une liste extensive des groupes ainsi aidés comprendrait des populations aborigènes, des collectivités définies par la conjonction – plus ou moins impérative – d'un critère ethnoracial, d'origine nationale, de religion ou de caste et d'un critère de relatif désavantage socio-économique, les femmes, mais aussi – moins fréquemment – les handicapés et les anciens combattants. Il est rare cependant que, à l'intérieur d'un même pays, le dispositif bénéficie à l'ensemble de ces catégories. Si les femmes constituent l'un des groupes-cibles aux États-Unis, ce n'est le cas en Inde que dans le domaine de la représentation politique à l'échelle locale (Ghosh et Tawa Lama-Rewal, 2005), et en Malaisie la question n'est même pas à l'ordre du jour. La religion est le principal critère d'identification des bénéficiaires – catholiques – en Irlande du Nord, alors qu'elle ne joue aucun rôle dans le reste du Royaume Uni. Surtout, l'appellation « discrimination positive » englobe aussi des cas où un groupe numériquement majoritaire et politiquement dominant institue à son avantage des mesures préférentielles destinées à améliorer la situation économique de ses membres par rapport à une minorité plus aisée, comme en Malaisie ou – plus récemment – en Afrique du Sud. Ceux qui reçoivent les bénéfices du dispositif

appartiennent alors à la même collectivité que ceux qui sont le plus directement à l'origine de son existence.

Le degré de rigidité des *instruments* (Lascoumes et Le Galès, 2004) mobilisés par ces politiques et leurs fondements juridiques diffèrent aussi sensiblement d'un pays à l'autre. Au premier abord, on pourrait ainsi être tenté d'opposer les quotas – ou « réservations » – autorisés et même imposés par la Constitution, que l'on trouve en Inde et en Malaisie, aux simples « objectifs assortis d'un échéancier » (*goals and timetable*) dépourvus de base constitutionnelle explicite, caractéristiques des régimes d'*affirmative action* nord-américains. Mais cette corrélation apparente entre les deuxième et troisième des cinq paramètres susmentionnés n'est pas uniformément observable : les programmes sud-africains, par exemple, sont prévus par la Constitution sans pour autant prendre la forme de quotas. En outre, à l'intérieur même de l'ensemble des pays dans lesquels la discrimination positive n'est pas rendue obligatoire par le texte constitutionnel – ensemble qui comprend les États-Unis, le Canada, mais aussi tous les États européens –, il existe d'importantes différences dans la distribution des responsabilités décisionnelles entre le législatif et l'exécutif. Pour ne prendre qu'un exemple, alors qu'aux États-Unis l'*affirmative action* en matière de marchés publics a été mise en place par des décrets présidentiels (*executive orders*) et ses limites ont été définies *a posteriori* par le juge, au Canada c'est par la voie législative que l'essentiel a été accompli.

De même, l'étendue du champ d'application du dispositif est éminemment variable. Alors qu'aux États-Unis, au Canada, en Afrique du Sud, en Australie et en Irlande du Nord la discrimination positive s'applique dans le secteur public comme dans le secteur privé, en Inde, à ce jour, les réservations n'interviennent que dans le secteur public. En revanche, outre les emplois et les places à l'université, les sièges au Parlement et dans les assemblées d'État font également l'objet de quotas au bénéfice des membres des « castes et tribus répertoriées » (*Scheduled Castes* et *Scheduled Tribes*)¹, système sans équivalent dans les autres pays précités. Au-delà de la distinction public/privé, on peut aussi noter que l'accès à l'enseignement supérieur – domaine privilégié de la discrimination positive aux États-Unis, en Inde et en Malaisie – n'est pas encore pleinement intégré aux dispositifs en vigueur en Europe.

Enfin, il est sans doute possible de distinguer les politiques d'*affirmative action* suivant la nature de leur finalité ultime, au delà de leur objectif immédiat. Plus précisément, il importe de se demander dans quelle mesure cet objectif – l'accroissement de la proportion des membres des groupes marginalisés dans l'ensemble des détenteurs de certaines ressources et positions sociales – constitue lui-même un moyen destiné à atteindre le but plus lointain que serait leur *intégration* achevée à la société plus globalement considérée. Là encore, la réponse semble varier suivant les pays. En Malaisie, par exemple, il est clair que les efforts entrepris afin d'égaliser la répartition de ces ressources entre les différents groupes en présence – Chinois et Malais en premier lieu – ne participent aucunement d'un projet stato-national plus utopique dont le terme serait l'abolition de la frontière entre lesdits groupes. L'organisation planifiée d'une allocation approximativement proportionnelle des biens les plus déterminants entre les différentes communautés constitutives de la population malaisienne n'est pas censée contribuer à brouiller leurs contours (Gomez, 2004). En revanche – et en dépit de la tendance française à concevoir la forme états-unienne de la discrimination positive comme un antimodèle, rituellement invoqué à l'appui de la dénonciation de telle ou telle « dérive » comme figurant son point d'aboutissement inéluctable –, aux États-Unis comme en France, le lien entre *redistribution* et *intégration* est sans doute plus étroit.

¹ La désignation « *Scheduled Castes* » renvoie aux intouchables. Quant aux *Scheduled Tribes*, il s'agit de populations aborigènes que distinguent leur isolement géographique ainsi que diverses particularités linguistiques et culturelles : voir, plus généralement, Jaffrelot, 2005.

Toutefois, certaines conditions spécifiques doivent être réunies pour que la politique produise à cet égard les effets escomptés. Plus précisément, en limitant l'analyse ici esquissée à quatre cas suffisamment contrastés pour que les hypothèses formulables sur la base de leur examen puissent plausiblement prétendre à une validité plus générale (États-Unis, France, Malaisie et Afrique du Sud)², l'on parvient peu ou prou au constat suivant. À l'opposé des cas malaisien et sud-africain où le caractère majoritaire des groupes ethnoraciaux qui en bénéficient confère aux programmes en question une légitimité maximale et ouvre la voie à la fois à leur radicalisation et à l'explicitation de leurs objectifs sous-jacents, aux États-Unis comme en France, en dépit de l'opposition tranchée entre les modèles politico-juridiques américain et français quant à la légitimité des classifications raciales éventuellement opérées par les pouvoirs publics, on observe une même tendance à l'euphémisation, voire à la dissimulation des modalités de la discrimination positive. Cette tendance ne peut donc être intégralement attribuée aux contraintes – dissemblables – de l'environnement normatif et relève bien pour partie de déterminants endogènes, propres à la logique même des dispositifs en question lorsque ces derniers visent des groupes minoritaires à la fois au sens numérique et sociologique du terme³.

La configuration malaisienne et sud-africaine : la discrimination positive en faveur du groupe majoritaire

Les programmes de discrimination positive en vigueur en Malaisie et en Afrique du Sud, outre le fait qu'ils bénéficient à des collectivités qui ne sont pas minoritaires au sens numérique du terme⁴, se caractérisent tout d'abord par l'inscription de leur existence dans la Constitution elle-même. Ainsi, en Malaisie, non seulement l'article 8 (5) de la Constitution de 1957 indique que le principe général d'égalité qu'il contient ne fait pas *a priori* obstacle à l'adoption de mesures destinées à remédier à la concentration de la population d'origine malaise aux échelons les plus bas de la hiérarchie socioprofessionnelle, mais l'article 153 consacre explicitement l'institution à cette fin de quotas dans l'accès à la fonction publique, aux établissements d'enseignement ainsi qu'aux licences d'exploitation délivrées par l'État au bénéfice de ses membres⁵. De même, l'article 89 prévoit la possibilité de réserver aux Bumiputras l'accès à la propriété foncière sur certaines portions du territoire national⁶. Ainsi constitutionnalisés, ces droits spéciaux reconnus aux Malais ne peuvent être restreints par la voie législative ordinaire ; en vertu de la *Sedition Ordinance* de 1948 – incorporée au texte

² Dans la perspective de travaux ultérieurs, à cette liste, il conviendrait sans doute d'ajouter en priorité les cas de l'Inde (voir Jaffrelot, 2002; Dirks, 1997 ; Galanter, 1984), du Royaume Uni (Teles, 2001) et du Brésil (Htun, 2004 ; Telles, 2004).

³ D'après la définition classique de Louis Wirth, constitue une minorité au sens sociologique du terme une communauté d'identification prenant forme par différenciation d'avec un groupe dominant, et dont les membres – victimes passées et/ou présentes d'une discrimination systématique fondée sur des préjugés d'ordre racial ou culturel – demeurent largement exclus de certains secteurs de l'espace social (voir Wirth, 1964 ; Van Amersfoort, 1978).

⁴ En Malaisie, les bénéficiaires que sont les *Bumiputras* – les autochtones malais – représentent un peu plus de 50% de la population, population dont 23,7% est d'origine chinoise et un peu plus de 7% indienne (chiffres de 2000 ; voir http://www.indexmundi.com/malaysia/ethnic_groups.html). En Afrique du Sud, le dispositif opère à l'avantage des femmes, mais surtout des Noirs (« Africains ») (79,5% de la population) et des métis (8,9% de la population) (les chiffres datent de 2006 ; voir <http://www.statssa.gov.za/publications/P0302/P03022006.pdf>).

⁵ Voir Lim, 1985, pp. 256-257.

⁶ Voir Nesiah, 1997, p. 201.

constitutionnel en 1971 –, leur remise en cause constitue même une infraction pénale...⁷. Quant à la Constitution sud-africaine de 1996, si elle ne comporte pas de disposition aussi radicale, la section 9 (2) du *Bill of Rights* qui y est incorporée précise que « dans un but de promotion de l'égalité, des mesures législatives et autres destinées à protéger ou à promouvoir des personnes ou des catégories de personnes désavantagées par une discrimination injuste pourront être adoptées ». À cet égard, l'action positive en matière d'emploi, d'admission dans les établissements d'enseignement supérieur et d'octroi de marchés publics est spécifiquement mentionnée⁸.

En outre, dans les deux pays, il semble bien que la constitutionnalisation de la discrimination positive ait ouvert la voie à sa radicalisation. En Malaisie, l'augmentation de la part de la population d'origine malaise consécutive à la sécession de Singapour en 1965 – territoire dont les habitants sont très majoritairement d'origine chinoise – et, surtout, les émeutes interethniques du 13 mai 1969⁹ ont en effet conduit les pouvoirs publics, à partir de 1971, à mettre en œuvre une « Nouvelle Politique Économique » (*New Economic Policy*) destinée à faire en sorte que la composition ethnique de la main d'œuvre dans chaque secteur soit similaire à celle de la population dans son ensemble. L'objectif explicite de cette extension généralisée de la discrimination positive du secteur public au secteur privé était de « restructurer la société malaisienne de manière à réduire, et finalement à éliminer l'identification entre ethnicité, fonction économique et localisation géographique »¹⁰. Le fait de mettre ainsi l'accent sur la prise en charge par l'État d'un projet de transformation sociale de grande ampleur est on ne peut plus inhabituel dans les autres pays ayant mis en œuvre des politiques de discrimination positive. Également inhabituelle est l'étendue du domaine d'application de ces programmes, puisqu'il inclut, par exemple, l'aide au crédit¹¹ et le développement de l'actionnariat. À cela s'ajoute encore la désignation du malais comme unique langue officielle à partir de 1967, qui a eu pour effet de faciliter et de légitimer à la fois la discrimination positive en faveur des Bumiputras dans l'accès à l'emploi public et de restreindre les possibilités d'ascension sociale que la maîtrise de l'anglais offrait auparavant

⁷ Voir Jain, Sloane et Horwitz, 2003, p. 184.

⁸ Voir, plus généralement, Cédiey, 2002. La section 9 (3) indique également que « l'État ne peut exercer une discrimination *injuste* (*may not unfairly discriminate*) à l'encontre de qui que ce soit en fonction de (...) critères incluant la race, le genre, le sexe, la grossesse, le statut au regard du mariage, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, la conscience (*sic*), la croyance, la culture, la langue et la naissance » (souligné par nous). La section 9 (5) confirme que, dans certains cas, la « discrimination » pourra être considérée comme n'étant pas « injuste ».

⁹ Le bilan officiel – vraisemblablement sous-évalué – est de 196 morts, 439 blessés et plus de 9 000 arrestations : voir Wyzan, 1990, p. 53.

¹⁰ Nesiiah, 1997, p. 203. De fait, la segmentation ethnique du marché du travail était particulièrement prononcée et voyait les Chinois se concentrer dans le commerce et l'exploitation des mines d'étain, les Indiens dans les plantations de caoutchouc et les Malais dans la riziculture (Brown, 1994, p. 218). Quant à la « localisation géographique » dont il est ici question, elle renvoie à la concentration des Bumiputras dans les zones rurales et des non-Bumiputras dans les zones urbaines et industrielles plus qu'à la distribution des différents groupes dans l'ensemble des États et provinces qui composent la fédération malaisienne.

¹¹ Depuis août 1974, les Bumiputras se sont vus réserver 12% du montant des prêts bancaires – et 20% à partir de novembre 1976 : voir Lim, 1985, p. 263.

aux membres des autres groupes¹². Bref, aussi bien la diversité des ressources dont la discrimination positive modifie la répartition que la légitimité apparente du dispositif – si l'on en juge d'après la radicalité de ses modalités et le degré d'explicitation de sa finalité ultime – sont ici remarquablement élevées.

Dans une moindre mesure, les formes de discrimination positive en vigueur en Afrique du Sud présentent, elles aussi, un caractère assez radical. En effet, non seulement l'*Employment Equity Act* de 1998 dispose que les employeurs « doivent (...) mettre en œuvre des mesures d'*affirmative action* en faveur des membres des groupes désignés (...) afin de garantir leur représentation équitable dans l'ensemble des catégories professionnelles, à tous les niveaux de la hiérarchie »¹³, mais il est précisé par ailleurs que ces mesures pourront prendre la forme d'un « traitement préférentiel » et impliquer la définition d'« objectifs quantifiés »¹⁴ – à défaut de quotas proprement dit. Si la pratique en elle-même n'est nullement exceptionnelle, il est rarissime qu'une telle précision figure dans un texte législatif. De même, dans sa section 20 (5), la loi précitée va jusqu'à interdire à l'employeur de fonder un refus d'embauche sur le seul critère du « manque d'expérience (...) de la personne considérée », seule sa « capacité à acquérir en un temps raisonnable les compétences nécessaires à l'accomplissement de la tâche » devant entrer en ligne de compte. En récusant ainsi ouvertement la norme méritocratique telle que conventionnellement définie par la prise en compte exclusive du niveau de qualification avéré au moment même de la candidature, le droit sud-africain pousse un cran plus loin la logique de l'*affirmative action*, pour finalement dénier à celle-ci son caractère d'*exception* au regard du principe de répartition en vigueur.

De ce bref examen des modalités de fonctionnement et de présentation de la discrimination positive en vigueur en Malaisie et en Afrique du Sud découle donc un premier constat : celui d'une association – sinon d'une corrélation – entre la nature numériquement majoritaire des groupes appelés à bénéficier du dispositif et le caractère à la fois explicite et relativement radical de ce dernier. Ce tableau offre un contraste frappant avec ce que l'on peut observer dans les cas – au demeurant très différents – de la France et des États-Unis, cas où, mis à part les femmes¹⁵, les groupes bénéficiaires sont statistiquement minoritaires et les politiques mises en œuvre systématiquement euphémisées, pour des raisons diverses mais aussi partiellement communes et assez largement inhérentes à leur logique même.

La configuration française

Dans le cas de la France, il est vrai que le poids de ces déterminants *internes* de l'euphémisation de la discrimination positive est lui-même dissimulé par le fait que d'autres facteurs spécifiques et convergents, d'ordre politique, historique et juridique, jouent simultanément dans le même sens. Politiquement, la tradition républicaine française veut que les critères d'appartenance à la communauté nationale soient définis indépendamment de la « race », de l'ethnicité ou de la religion (Weil, 2002) et privilégie une conception atomistique de la citoyenneté comme vecteur de transcendance de l'ensemble des particularismes à

¹² Voir Grove, 1986.

¹³ *Employment Equity Act* de 1998, sections 13 (1) et 13 (2).

¹⁴ *Employment Equity Act* de 1998, section 15 (3).

¹⁵ Sur ce point, voir Laure Bereni et Éléonore Lépinard, « 'Les femmes ne sont pas une catégorie': les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, 54 (1), 2004, p. 71-98.

l'intérieur d'un *espace public* délibérément aveugle aux différences de ce type. Historiquement, l'illégitimité de toute politique publique qui classerait les individus selon leurs origines ethniques a encore été renforcée par le souvenir de l'arrestation et de la déportation des Juifs par le régime de Vichy durant la Seconde Guerre mondiale (Chi-hye Suk, 2007). Juridiquement, enfin, alors qu'aux États-Unis le texte de la Clause d'Égale Protection du Quatorzième Amendement adopté en 1868 consacre simplement le principe d'égalité sans trancher la question de l'admissibilité des classifications raciales¹⁶, l'article premier de la Constitution française de 1958 précise que « la République [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, *sans distinction d'origine, de race ou de religion* », ce qui, entre autres, condamne par avance toute forme de discrimination positive ouvertement fondée sur l'identité ethnoraciale de ses bénéficiaires.

À cette limite imposée à l'*action* des pouvoirs publics correspond le fait que, dans le *discours* commun, la délégitimation du racisme a entraîné une disqualification de la « race » en tant que catégorie descriptive. Si, aux États-Unis, le terme continue à être employé non plus principalement en référence à une classification anthropologique des êtres humains en sous-ensembles génétiquement distincts et hiérarchiquement ordonnés mais plutôt pour désigner les groupes ayant été victimes dans le passé de la discrimination officielle la plus systématique sur le fondement d'un racisme à prétention scientifique désormais largement discrédité mais dont les effets demeurent perceptibles (Hollinger, 2006, pp. 19-50), dans le contexte français ce mot n'est utilisé que par la frange la plus radicale de l'extrême-droite, les spécialistes de l'histoire et de la sociologie du racisme et, à l'occasion, le législateur – mais uniquement pour interdire toute distinction sur cette base. Plus généralement, et bien que la tendance à accentuer exagérément ce contraste soit elle aussi présente, il semble bien que l'imbrication entre le rejet des discriminations et l'hostilité ou la méfiance envers le principe même de la classification raciale des individus demeure nettement plus prononcée en France qu'outre-Atlantique¹⁷.

Ainsi, il n'est guère surprenant que prédominent dans le contexte français des formes de *discrimination positive indirecte* par lesquelles des problèmes que la sociologie américaine qualifie d'« ethniques » (Glazer, 1983) sont abordés à travers le prisme territorial. Les dispositifs en vigueur en France demeurent en effet caractérisés par une approche socio-spatiale de la correction des inégalités dans laquelle les populations « issues de l'immigration » n'apparaissent que comme les principaux destinataires *de fait* des mesures adoptées, de par leur surreprésentation statistique dans les espaces défavorisés. Le principal critère opérationnel pour identifier les bénéficiaires immédiats de la discrimination positive à la française n'est pas l'origine, mais le lieu de résidence : les habitants d'une zone désavantagée sur le plan économique sont supposés tirer profit des financements publics supplémentaires accordés à cette zone dans son ensemble.

Toutefois, étant donné que l'un des principaux critères utilisés pour définir, par exemple, les zones d'éducation prioritaires – le taux d'échec scolaire dans l'enseignement secondaire – est lui-même corrélé à la proportion d'enfants dont les parents sont étrangers, cette forme de discrimination positive, officiellement fondée sur l'emplacement territorial, peut aussi s'interpréter comme visant *indirectement et implicitement* des groupes qui, aux

¹⁶ Plus précisément, l'obligation ainsi imposée à chaque État fédéré de garantir à l'ensemble des personnes soumises à sa juridiction l'« égale protection des lois » s'est accompagnée d'un rejet *délibéré* de l'inscription dans la Constitution d'une norme de « cécité à la couleur de peau » (*color-blindness*), le juge se trouvant dès lors investi de la responsabilité de statuer au cas par cas quant à la constitutionnalité des mesures législatives comportant des distinctions raciales : voir Kull 1992, pp. 67-87.

¹⁷ C'est notamment ce qui ressort de la lecture croisée de la thèse récente d'Ann Morning (Morning 2004), côté américain, et de l'étude réalisée par Patrick Simon et Martin Clément, côté français (Simon et Clément (2006)).

États-Unis, seraient considérés comme « ethniques » ou « raciaux », en particulier celui de la « deuxième génération » d'immigrés originaires du Maghreb et d'Afrique subsaharienne (Calvès, 1998, Calvès, 2001). Dans cette perspective, un dispositif formellement « aveugle » aux différences ethnoraciales participerait en réalité d'une politique d'intégration (à peine) déguisée des enfants d'immigrés au moyen d'une *stratégie de substitution*¹⁸. De même, les programmes de développement urbain connus sous le nom de « politique de la ville » (Donzelot, 2003, Estèbe, 2004, De Maillard, 2004), dans la mesure où les populations issues de l'immigration se trouvent concentrées dans ces zones elles-mêmes délimitées en fonction de critères socio-économiques (taux de chômage, pourcentage de résidents de moins de 25 ans...), constitueraient donc, de manière vraisemblablement délibérée, un équivalent fonctionnel (très) approximatif de la discrimination positive ethnoraciale en vigueur aux États-Unis. Le fait que la même expression « discrimination positive » soit employée à la fois comme traduction de l'*affirmative action* américaine et pour désigner des politiques non officiellement – mais peut-être officieusement – fondées sur la prise en compte d'une identité collective aurait dès lors une valeur emblématique¹⁹.

La configuration américaine

Aux États-Unis, l'*affirmative action* désigne aujourd'hui principalement un ensemble de dispositions, de nature publique ou privée, adoptées pour la plupart à partir de la fin des années soixante à l'initiative de différents organes de l'appareil administratif fédéral, qui octroient aux membres de 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. Les groupes en question sont les Noirs, les « Hispaniques »²⁰, 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 opérant une sélection à l'entrée. 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*

¹⁸ Selon Jon Elster (Elster 1992, pp. 116-120), on peut parler de « stratégie de substitution » lorsqu'un effet discriminant (apparemment) secondaire de l'adoption d'un critère de répartition des ressources formellement neutre sous l'angle considéré est en réalité la raison même de l'adoption de ce critère, la substitution s'expliquant par l'illégalité de l'objectif véritable ou son illégitimité aux yeux de l'opinion publique telle que perçue par les décideurs eux-mêmes. Dans cette optique, il importe que la *zone de congruence* entre les effets induits par l'usage des deux critères d'allocation – officiel et officieux – soit la plus étendue possible, sans toutefois dépasser le seuil au-delà duquel l'équivalence objective entre eux deviendrait suffisamment flagrante pour que soit dévoilée l'intention discriminatoire ayant présidé au choix du critère de substitution.

¹⁹ Sur la tension structurelle, voire la contradiction manifeste perceptible en France entre cet usage implicite de la variable territoriale comme substitut de l'ethnicité dans le cadre de la discrimination positive indirecte mise en œuvre dans les domaines de l'éducation et de l'emploi et l'objectif de « mixité sociale » simultanément affiché dans le domaine du logement qui, dans la mesure où il recouvre un objectif tacite de mixité *ethnique*, conduirait au contraire à lutter – toujours implicitement – contre la ségrégation résidentielle et donc à saper les fondements empiriques de la stratégie de substitution par ailleurs adoptée, voir Kirszbaum 2004.

²⁰ Est ainsi désigné l'ensemble des personnes d'origine mexicaine, portoricaine, cubaine, centraméricaine ou sud-américaine, indépendamment de leur rattachement à l'une ou l'autre des catégories « raciales » par ailleurs énumérées dans le formulaire du recensement décennal (Blanc, Noir, Amérindien, Asiatique, « Hawaiiens de souche et autres habitants des îles du Pacifique », « Autre race »).

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, p. 3). 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.

En l'absence d'un principe constitutionnel de *color-blindness* similaire à celui consacré par l'article 1 de la Constitution de la Cinquième République, on aurait pu s'attendre à ce que les politiques de discrimination positive ethnoraciale mises en œuvre aux États-Unis le soient dans une relative transparence. En réalité, tel n'est pas le cas.

Tout d'abord, et contrairement à l'idée reçue qui voudrait que ce pays soit, par excellence, la terre d'élection des quotas de toute sorte, un observateur un tant soit peu attentif des débats américains sur la discrimination positive ne peut que constater que la dénonciation des quotas comme de tout proportionnalisme racial érigé au rang de *principe de répartition* – ainsi que la dénégation de l'existence desdits quotas, parfois au mépris de toute vraisemblance – constituent pratiquement une figure imposée des argumentaires à ce propos, et ce de manière presque aussi nette qu'en France²¹.

Mais surtout, l'examen de la jurisprudence de la Cour suprême relative aux programmes universitaires d'*affirmative action* fait apparaître en filigrane, dans certains arrêts particulièrement déterminants, une tendance *a priori* paradoxale à faire de la dissimulation du degré auquel le facteur racial se trouve pris en compte par les instances décisionnelles une condition de la validité *juridique* des politiques de discrimination positive. Ainsi, dans la décision *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), les quotas raciaux ont été déclarés inconstitutionnels, mais les jurys d'admission se sont vus autoriser à prendre en compte, *de manière ponctuelle et individualisée*, les caractéristiques raciales des candidats en tant qu'élément susceptible de contribuer à la « diversité » de la population étudiante. Or, dans la grande majorité des programmes supposément flexibles ainsi avalisés par la Cour, bien que, en théorie, la « race » n'ait été considérée que comme un *vecteur de diversification* parmi d'autres, non justiciable d'un traitement privilégié, en réalité, elle seule **donnait lieu à** une supervision systématique et à la définition par les autorités universitaires d'un *ordre de grandeur* en matière de représentation des groupes sous-représentés dont il convenait de ne pas trop s'écarter. La différence entre quotas et programmes « flexibles » réside donc essentiellement non dans la dimension de l'avantage accordé mais dans le fait que, comme l'ont du reste reconnu une partie des juges, les programmes flexibles « ne rend[ent] pas publique l'étendue de la préférence qu'il[s] octroie[nt] et laisse[nt] dans l'ombre le fonctionnement précis du système mis en place... »²². De même, en 2003, la Cour suprême, en décidant simultanément d'avaliser un programme d'*affirmative action* qui se donnait pour objectif l'admission d'une « masse critique » d'étudiants appartenant aux groupes sous-représentés – sans autre précision²³ – et d'invalider un dispositif qui, sans fixer de quotas à proprement parler, accordait systématiquement 20 des 100 points nécessaires à l'admission à tous les membres de certaines minorités ethno-raciales²⁴, est venue confirmer le rôle prépondérant de *l'implicite* et de *l'informel* comme critère de constitutionnalité – du reste attesté par quantité d'autres exemples (Sabbagh, 2003a). À ce qu'il semble, l'admissibilité juridique de la discrimination positive demeure bien fonction de l'opacité qui l'entoure. Qui

²¹ Dans le champ académique également, il est véritablement rarissime que les défenseurs de l'*affirmative action* prennent ouvertement fait et cause pour sa forme la plus rigide ; pour une exception – dûment présentée comme telle –, voir Strauss (1991).

²² *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), p. 379 (opinion des juges Brennan, Marshall, White et Blackmun).

²³ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

²⁴ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

plus est, cette *contrainte d'occultation* ne se comprend véritablement qu'en référence à la finalité même du dispositif.

Comme l'a suggéré le philosophe et juriste Ronald Dworkin (1985, 294-315), au-delà des justifications fallacieuses qui font de l'*affirmative action* un instrument de justice compensatoire ou de promotion de la diversité culturelle (Sabbagh, 2003b, 201-251), cette finalité consiste en effet en l'éradication du désavantage spécifique et persistant induit par les phénomènes d'auto et d'hétéro-identification raciale dans la société américaine, désavantage issu d'un ensemble d'anticipations négatives largement fondées sur l'existence objective d'une corrélation entre la « race » et la position occupée dans la stratification socio-économique, et affectant, à des degrés divers, l'ensemble des individus noirs. Dans cette perspective, la discrimination positive aurait d'abord vocation à réduire ladite corrélation, dans l'espoir que de cette réduction résulte une forme de *déracialisation*, de *décatégorisation raciale* telle que, de par l'accroissement planifié de la diversité socio-économique interne au groupe des Noirs, ce dernier cesse d'apparaître comme « un bloc homogène séparé »²⁵ aux composantes duquel il serait possible d'attribuer un certain nombre de ressemblances *autres* que le trait constitutif du « bloc » en question. L'hypothèse sous-jacente est ici que la saillance des catégories raciales procède aujourd'hui, dans une large mesure, de la *valeur informative* que conserve la couleur de peau dans la société américaine, valeur elle-même liée à l'inégalité empiriquement observable dans la répartition des ressources entre Blancs et Noirs. Dès lors, l'*affirmative action*, en venant atténuer la corrélation existante entre l'appartenance raciale et la position occupée dans la hiérarchie professionnelle, permettrait, à terme, de réduire la *fonctionnalité* des stéréotypes péjoratifs auxquels l'identité noire demeure associée, stéréotypes dont l'élimination exigerait en premier lieu que puisse être constatée l'érosion de leur base empirique. L'amélioration de la position relative des Noirs dans la hiérarchie susmentionnée conduirait alors à remettre en question la fiabilité de la couleur de peau comme indicateur de statut. Ainsi pourrait-on espérer en finir avec ce « système de transactions dans lequel les Blancs utilisent la race comme un substitut fonctionnel de l'accès immédiat à des données personnalisées relatives aux aptitudes spécifiques des individus auxquels ils se trouvent confrontés » (Ackerman, 1980, p. 265).

Outre le paradoxe inhérent à l'énonciation publique d'un argument présentant comme la finalité ultime de l'*affirmative action* un état social déracialisé qui ne peut vraisemblablement advenir que comme un *effet secondaire* – si du moins l'on admet qu'il est pragmatiquement contradictoire d'afficher l'*intention* de promouvoir par une politique spécifique un état d'indifférence aux distinctions raciales précisément caractérisé par son absence de toute *intentionnalité* à cet égard²⁶ –, la réalisation de cet objectif de déracialisation de la société américaine est toutefois susceptible d'être entravée par certains effets pervers éventuellement induits par la *visibilité* de la discrimination positive. Le plus préoccupant d'entre eux – si l'on en croit les travaux de psychologie sociale qui leur sont consacrés (Hamilton Krieger, 1995) – est la stigmatisation *supplémentaire* des bénéficiaires présumés de l'*affirmative action*. En effet, dans la mesure où celle-ci suppose d'admettre que les récipiendaires de la « préférence » octroyée 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 ledit soupçon constituait justement l'un des facteurs ayant rendu nécessaire la mise en place de ces programmes? Ne serait-il pas imprudent d'écarter *a priori* la possibilité que la différenciation des candidats opérée par la discrimination positive soit interprétée par les acteurs concernés comme une confirmation du *bien-fondé* des préjugés

²⁵ La formule est de Talcott Parsons ; elle est citée dans Birnbaum 1996, p. 79.

²⁶ Notre réflexion s'inscrit ici dans le prolongement de celle de Jon Elster : voir Elster 1986, pp. 17-25 ; Elster 1990, pp. 76-92.

relatifs aux capacités de ses bénéficiaires, préjugés qui paraîtraient ainsi faire l'objet d'une validation implicite de la part des pouvoirs publics ? Pour que l'ascension des membres des groupes-cibles dans la hiérarchie socio-économique soit effectivement perçue comme la preuve concrète de l'inexactitude des stéréotypes négatifs qui, de fait, leur sont communément associés, encore faut-il qu'elle ne puisse pas être immédiatement désignée comme le produit exclusif d'un mécanisme dérogatoire à caractère antiméritocratique. La visée essentielle de l'*affirmative action* qu'est la diminution de la saillance des catégories raciales dans la société américaine tend ainsi à faire apparaître comme rationnelle l'occultation de ses modalités : pour atteindre son objectif de réduction des stéréotypes raciaux, la discrimination positive devrait idéalement pouvoir passer inaperçue. L'exigence de dissimulation implicitement formulée au niveau jurisprudentiel, de ce point de vue, constitue vraisemblablement un pas dans la bonne direction.

Il est vrai que, aux États-Unis également, l'impératif de minimisation de la visibilité de la prise en compte du facteur ethnoracial dans les politiques redistributives n'est – logiquement – jamais aussi puissant que lorsque celle-ci, comme en France, fait l'objet d'une interdiction formelle. C'est ce que l'on a pu constater au Texas, en Californie et en Floride, États où la suppression de l'*affirmative action* dans les universités publiques dans la seconde moitié des années 1990 a immédiatement conduit à l'adoption de dispositifs de substitution consistant à réserver aux meilleurs élèves de chaque lycée – toutes « races » confondues – des places dans lesdites universités. Vu l'ampleur de la ségrégation scolaire, le nombre de lycées dont pratiquement tous les élèves – y compris les meilleurs – sont noirs ou hispaniques était en effet suffisamment élevé pour que l'on puisse ainsi enrayer le déclin de la proportion d'étudiants issus de ces deux groupes, déclin lui-même consécutif à la disparition de la discrimination positive²⁷. Tel était bien, du reste, l'objectif poursuivi par les promoteurs de ces « programmes par pourcentages »²⁸ (*percent plans*), ouvertement défendus en tant qu'équivalent fonctionnel de l'*affirmative action* désormais prohibée. On voit donc là un autre exemple de la *discrimination positive indirecte* évoquée plus haut à propos du cas français, avec cette différence que, dans les États en question, « si l'usage explicite du critère racial dans le calcul préalable à la décision d'admission ou de non-admission est interdit, l'utilisation intentionnelle d'un substitut approximatif (*proxy*) de la race *publiquement* adopté dans le but d'atteindre un résultat similaire est, elle, autorisée » (Loury, 2002, p. 134)²⁹. Il ne s'agit toutefois que du point de visibilité maximale d'une dynamique d'euphémisation non exclusivement déterminée par l'état du droit et la culture politique ambiante. Quand bien même le « tabou français » – puisque l'expression est à la mode (Body-Gendrot et Wihtol de Wenden, 2003) – à l'endroit des classifications raciales des individus par les pouvoirs publics serait miraculeusement rompu, il n'en subsisterait pas moins une tension profonde entre la discrimination positive comme instrument d'intégration et de désactivation des stéréotypes et l'exigence de transparence censément caractéristique des régimes démocratiques. Cette tension ne se résorbe, semble-t-il, que lorsque le caractère majoritaire des groupes bénéficiaires atténue la contrainte de légitimation qui pèse sur le dispositif ou lorsque ce dernier, en réalité, poursuit un objectif moins ambitieux – et peut-être moins utopique.

²⁷ Et ce étant donné la persistance d'une corrélation – décroissante mais, en l'espèce, déterminante – entre performances scolaires et identité ethnoraciale ; voir Alexander, Entwisle et Bedinger 1994.

²⁸ Les pourcentages en question renvoient à la proportion d'élèves de chaque lycée qui se verraient ainsi garantir l'accès à l'enseignement supérieur : 4% en Californie, 10% au Texas et 20% en Floride.

²⁹ La différence réside dans l'élément souligné par nous, soit *le caractère transparent de la quête d'un tel substitut elle-même*, différence dont les partisans français de la transposition du dispositif texan dans l'Hexagone s'abstiennent – et pour cause – de souligner l'existence : voir Weil 2005, pp. 94-97. Pour un premier bilan des *percentage plans*, voir, par exemple, Tienda, à paraître, ainsi que Tienda, 2007.

BIBLIOGRAPHIE

- Ackerman Bruce, 1980, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press.
- Alexander Karl, Entwisle Doris et Bedinger Samuel, 1994, « When Expectations Work: Race and Socioeconomic Differences in School Performance », *Social Psychology Quarterly*, 57 (4), pp. 283-299.
- Birnbaum Pierre, 1996, « Sur la citoyenneté », *L'Année sociologique*, 46 (1), pp. 57-85.
- Body-Gendrot Sophie et Wihtol de Wenden Catherine, 2003, *Police et discriminations raciales: le tabou français*, Paris, Éditions de l'Atelier.
- Brown David, 1994, *The State and Ethnic Politics in Southeast Asia*, London, Routledge.
- Calvès Gwénaële, 2006, « Discrimination », dans Sylvie Mesure et Patrick Savidan (dir.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, pp. 284-286.
- Calvès Gwénaële, 2001, « Fin d'une hypocrisie ? Quelques remarques sur la discrimination positive "à la française" », dans M. Wieviorka et J. Ohana (dir.), *La Différence culturelle : une reformulation des débats*, Paris, Balland, pp. 461-468.
- Calvès Gwénaële, 1998, « Affirmative Action in French Law », *Revue Tocqueville/The Tocqueville Review*, XIX (2), pp. 174-175.
- Cédiey Eric, 2002, « Comment l'affirmative action vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, 17, pp. 145-158.
- Chi-hye Suk Julie, 2007 « Equal by Comparison: Unsettling Assumptions of French Antidiscrimination Law », *American Journal of Comparative Law*, 55 (2).
- Dirks Nicholas, 1997, « Différence et discrimination: la politique des castes dans l'Inde post coloniale », *Annales HSS*, 3, mai-juin, pp. 593-619.
- Donzelot Jacques, 2003, *Faire société : la politique de la ville aux États-Unis et en France*, Paris, Ed. du Seuil.
- Dworkin Ronald, 1985, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Elster Jon, 1992, *Local Justice: How Institutions Allocate Goods and Necessary Burdens*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Elster Jon, 1990, *Psychologie politique (Veyne, Zinoviev, Tocqueville)*, Paris, Éd. de Minuit.
- Elster Jon, 1986, *Le Ouvrier et ses enfants : deux essais sur les limites de la rationalité*, Paris, Éd. de Minuit.
- Estèbe Philippe, 2004, *L'Usage des quartiers : géographie et action publique dans la politique de la ville, 1982-1999*, Paris, L'Harmattan.
- Galanter Marc, 1984, *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*, Berkeley, University of California Press.
- Ghosh Archana et Tawa Lama-Rewal Stéphanie, 2005, *Democratization in Progress: Women and Local Politics in Urban India*, New Delhi, Tulika Books.
- Glazer Nathan, 1983, *Ethnic Dilemmas, 1964-1982*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Gomez Edmund Terence (ed.), 2004, *The State of Malaysia: Ethnicity, Equity, and Reform*, Londres, Routledge.
- Grove D. John, 1986, « Restructuring the Cultural Division of Labor in Malaysia and Sri Lanka », *Comparative Political Studies*, 19 (2), pp. 179-199.
- Hamilton Krieger Linda, 1995, « The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach on Discrimination and Equal Employment Opportunity », *Stanford Law Review*, 47 (6), pp. 1161-1248.

- Hollinger David, 2006 [1995], *Postethnic America: Beyond Multiculturalism*, New York (NY), Basic Books.
- Htun, Mala, 2004, « From Racial Democracy to Affirmative Action: Changing State Policy on Race in Brazil », *Latin American Research Review*, 39 (1), pp. 60-89.
- Jaffrelot Christophe, 2002, « Inde: l'avènement politique de la caste », *Critique internationale*, 17, pp. 131-144.
- Jaffrelot Christophe, 2005, *Inde: la démocratie par la caste. Histoire d'une mutation sociopolitique (1885-2005)*, Paris, Fayard.
- Jain Harisch, Sloane Peter et Horwitz Frank (eds), 2003, *Employment Equity and Affirmative Action: An International Comparison*, Armonk, M.E. Sharpe.
- Kirszbaum Thomas, 2004, « La Discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine », *Pouvoirs*, 111, pp. 101-118.
- Kull Andrew, 1992, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Lascoumes Pierre et Le Galès Patrick (dir.), 2004, *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po.
- Lim Mah Hui, 1985, « Affirmative Action, Ethnicity, and Integration: The Case of Malaysia », *Ethnic and Racial Studies*, 8 (2), pp. 250-277.
- Loury Glenn, 2002, *The Anatomy of Racial Inequality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- De Maillard Jacques, 2004, *Réformer l'action publique: la politique de la ville et les banlieues*, Paris, LGDJ.
- Morning Ann, 2004, *The Nature of Race: Teaching and Learning about Human Difference*, thèse, département de sociologie, Princeton University.
- Nagel Thomas, 1977, « Equal Treatment and Compensatory Discrimination », dans M. Cohen, T. Nagel et T. Scanlon (eds), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, NJ, Princeton University Press, pp. 3-17.
- Nesiah Devanesan, 1997, *Discrimination with Reason? The Policy of Reservations in the United States, India, and Malaysia*, New Delhi, Oxford University Press.
- Sabbagh Daniel, 2003a, « Judicial Uses of Subterfuge: Affirmative Action Reconsidered », *Political Science Quarterly*, 18 (3), pp. 411-436.
- Sabbagh Daniel, 2003b, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, coll. « Études politiques ».
- Simon Patrick et Clément Martin, 2006, *Rapport de l'enquête « Mesurer la diversité » : une enquête expérimentale pour caractériser l'origine*, INED, Document de travail n° 139, accessible à l'adresse http://www.ined.fr/fichier/t_publication/1206/publi_pdf1_139.
- Strauss David, 1991, « The Law and Economics of Racial Discrimination in Employment: The Case for Numerical Standards », *Georgetown Law Review*, 79 (6), pp. 1619-1657.
- Teles Steven, 2001, « Positive Action or Affirmative Action? The Persistence of Britain's Antidiscrimination Regime », dans John David Skrentny (ed.), *Color Lines: Affirmative Action, Immigration, and Civil Rights Options for America*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 241-269.
- Telles Edward, 2004, *Race in Another America: The Significance of Skin Color in Brasil*, Princeton, Princeton University Press.
- Tienda Marta, à paraître, « The Promise and Peril of the Texas Uniform Admission Law » (manuscrit en la possession de l'auteur).
- Tienda Marta, 2007, « Diversity, Opportunity, and the Shifting Meritocracy in Higher Education », *American Sociological Review*, 72, août, pp. 487-511.
- Van Amersfoort Hans, 1978, « "Minority" as a Sociological Concept », *Ethnic and Racial Studies*, 1 (2), pp. 218-234.

- Weil Patrick, *La République et sa diversité: immigration, intégration, discriminations*, Paris, Ed. du Seuil.
- Weil Patrick, 2002, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset.
- Wirth Louis, 1945, « The Problem of Minority Groups », dans Ralph Linton (ed.), *The Science of Man in World Crisis*, New York, Columbia University Press, pp. 347-372.
- Wyman Michael (ed.), 1990, *The Political Economy of Ethnic Discrimination and Affirmative Action: A Comparative Perspective*, Westport, Praeger.