



# Universités américaines : la fin des préférences raciales ?

---

par Daniel Sabbagh

**d**ans le contexte américain, la « discrimination positive » (*affirmative action*) désigne un ensemble de mesures qui octroient un traitement préférentiel, pour la répartition de certaines ressources rares, aux membres de groupes ayant subi dans le passé un régime juridique discriminatoire : les Noirs, les Hispaniques, les femmes, les descendants des populations autochtones (*Native Americans*) et parfois les Asiatiques. Ses trois domaines d'application sont l'emploi, l'attribution de marchés publics et l'admission dans les universités. La plupart de ces mesures ont été adoptées à partir de la fin des années soixante à l'initiative de différents organes de l'Exécutif fédéral, avec pour objectif de remédier à la sous-représentation statistique des membres de ces groupes parmi les bénéficiaires des ressources considérées. L'expression « traitement préférentiel », employée ici sans aucune intention polémique, se définit comme suit si l'on s'en tient au cas simplifié de l'opposition entre deux groupes : un candidat noir N1 sera 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<sup>1</sup>. En d'autres termes, c'est l'identification raciale<sup>2</sup> qui, pour les acteurs en présence, constitue le facteur déterminant de l'obtention ou de la non-obtention du bien convoité. La caractéristique essentielle du dispositif réside donc dans l'écart qu'il manifeste à la fois par rapport à une norme de non-prise en compte de la « race » (*color-blindness*) et par rapport 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), est perçu comme intrinsèquement juste par une nette majorité de la population américaine<sup>3</sup>. Sans doute cette hostilité constante de l'opinion publique – qui transcende assez largement les clivages politiques traditionnels<sup>4</sup> – constitue-t-elle l'un des facteurs explicatifs de la remise en cause spectaculaire des politiques de discrimination positive au cours des dernières années. Toutefois, du moins dans le cas des universités, cette remise en cause, en dépit de sa radicalité apparente, reflète avant tout une stratégie d'*euphémisation* visant à réduire la *visibilité* de la prise en compte du facteur ethno-racial<sup>5</sup> dans le processus d'admission.

---

### Le démantèlement partiel de l'*affirmative action* dans les années quatre-vingt-dix

Dans un premier temps, c'est la Cour suprême qui va ouvrir la voie, par une décision de mars 1995, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, qui redéfinit dans un sens beaucoup plus restrictif les conditions d'acceptabilité de la discrimination positive en matière de marchés publics<sup>6</sup>. Deux mois plus tard, le 20 juillet 1995, le *Board of Regents* de l'Université de Berkeley – établissement naguère à l'avant-garde du mouvement pour la promotion de la diversité ethno-raciale – interdit désormais « d'utiliser la race, la religion, le sexe, la couleur de peau, l'ethnicité ou l'origine nationale en tant que critère d'admission »<sup>7</sup>. En mars 1996, dans l'arrêt *Hopwood v. State of Texas*, la cour d'appel fédérale du 5<sup>e</sup> Circuit, dans les trois États relevant de sa juridiction (Texas, Mississippi et Louisiane), restreint le champ d'opération de la discrimination positive dans l'accès aux universités publiques aux cas spécifiques (désormais rarissimes) où celle-ci viserait à compenser des pratiques discriminatoires antérieures exercées par l'université elle-même à l'encontre d'individus précisément identifiés<sup>8</sup>. Le 5 novembre 1996, dans le cadre d'un référendum d'initiative populaire habilement baptisé « California Civil Rights Initiative » par ses instigateurs – et à l'issue d'une campagne brillamment menée par l'homme d'affaires noir Ward Connerly, avec le soutien du parti républicain et du gouverneur Pete Wilson (ainsi que celui de nombreuses entreprises et fondations conservatrices) –, 54,6 % des électeurs californiens se prononcent en faveur de la « Proposition 209 », qui prévoit la suppression de l'ensemble des programmes de discrimination posi-

tive en vigueur dans le secteur public au moyen de l'introduction d'un nouvel amendement dans la Constitution de l'État<sup>9</sup>. Deux ans plus tard, en novembre 1998, le référendum similaire organisé dans l'État du Washington aboutira au même

1. Voir Thomas Nagel, « Equal treatment and compensatory discrimination », dans Marshall Cohen, Thomas Nagel et Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, Princeton University Press, 1977, p. 3. On entend par « qualifications » – sans préjuger ici de la validité objective de leurs modalités d'évaluation – l'ensemble des indicateurs de compétence communément admis comme susceptibles de fonder une prévision raisonnable quant aux performances ultérieures du candidat.

2. Dans le discours public aux États-Unis, le terme « race » n'est plus censé faire référence à une classification anthropologique des êtres humains en sous-ensembles génétiquement distincts. Il désigne plutôt, de manière elliptique, les groupes ayant été victimes dans le passé de pratiques discriminatoires particulièrement étendues sur le fondement d'un racisme à préention scientifique, désormais largement discrédité mais dont les effets demeurent perceptibles. Alors que le mot « race » renvoyait précédemment à des traits collectifs présumés essentiels, immuables et profondément déterminants, il se rapporte aujourd'hui, de manière quasiment antithétique, à des identités produites par des comportements sociaux supposés modifiables – et que l'on entreprend, précisément, de modifier. En somme, la « race » tend à ne plus avoir comme définition légitime que celle qui en fait le fondement d'inégalités de traitement elles-mêmes illégitimes et idéalement appelées à disparaître, même si ce glissement sémantique demeure largement implicite.

3. David Miller, « Distributive justice : What the people think », *Ethics*, n° 102, hiver 1991-1992, pp. 558-564. On laissera ici de côté les cas peu fréquents où l'identité raciale d'un candidat pourrait être assimilée à une qualification objective, en raison d'un souci de vraisemblance dans la représentation d'une situation fictionnelle faisant référence aux clivages raciaux (préférence accordée à un acteur noir pour interpréter le rôle d'Othello), ou du fait de la dimension relationnelle inhérente à la fonction à pourvoir, comme dans l'exemple canonique de l'agent secret appelé à infiltrer un gang de malfaiteurs caractérisé par son homogénéité raciale (voir aussi l'arrêt *Wittmer v. Peters*, 87 F. 3d 916 [7<sup>e</sup> Circuit 1996]).

4. Voir Paul Sniderman, Edward Carmines, *Reaching Beyond Race*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1997, pp. 15-58 ; Martin Gilens, Paul Sniderman, James Kuklinski, « Affirmative action and the politics of realignment », *British Journal of Political Science*, vol. 28, n° 1, 1998, pp. 159-184.

5. Les catégories de population prises en compte dans le recensement comportent, outre une série de groupes « raciaux » (Blancs, Noirs, Asiatiques, Amérindiens), la catégorie « Hispanique », au statut spécifique et apparemment plus proche d'un groupe « ethnique » dans l'acception que l'administration fédérale donne à ce terme (qui renvoie en réalité à l'origine nationale) que de celui des différentes « races » préalablement énumérées. Suivant en cela l'historien David Hollinger (*Postethnic America : Beyond Multiculturalism*, New York, Basic Books, 1995, p. 8), on emploiera l'expression « minorités ethnoraciales » pour évoquer les groupes qui, aux côtés des femmes, se trouvent être les principaux bénéficiaires des programmes d'*affirmative action* : les Noirs, les Asiatiques, les Amérindiens et les Hispaniques. Dans le contexte universitaire, les femmes sont moins directement concernées par la suppression éventuelle de la discrimination positive, dans la mesure où l'écart enregistré entre leurs résultats et ceux des hommes aux épreuves qui déterminent en partie l'accès aux établissements les plus sélectifs est soit inexistant, soit considérablement inférieur à celui que l'on peut observer entre ceux des Asiatiques et des Blancs d'une part, des Hispaniques et des Noirs d'autre part.

6. *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 115 Ct. 2097 (1995) ; pour plus de détails, voir James Rutten, « Elasticity in constitutional standards of review : *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* and continuing uncertainty in the Supreme Court's equal protection jurisprudence », *Southern California Law Review*, vol. 70, n° 2, 1997, pp. 591-642.

7. « Resolution of the University of California Board of Regents Adopting a Policy "Ensuring Equal Treatment" of Admissions, 20 July 1995 » (reproduit dans *Representations*, n° 55, 1996, p. 185).

8. *Hopwood v. State of Texas*, 78 F.3d 932 (5<sup>e</sup> Circuit 1996), p. 962.

9. « Aucun individu ni aucun groupe ne fera l'objet d'une discrimination ni ne recevra un traitement préférentiel de la part de l'État à raison de sa race, de son sexe, de sa couleur de peau, de son ethnicité ou de son origine nationale dans les domaines de l'emploi public, de l'enseignement public ou des marchés publics » (article I, section 31(a) de la Constitution de Californie). L'expression *affirmative action* elle-même n'apparaissait pas, sans doute parce qu'elle restait assez positive-ment connotée. L'action en justice engagée par l'American Civil Liberties Union – organisation opposée à la Proposition 209 – en vue de contraindre les rédacteurs de cette dernière à désigner les programmes mis en cause par leur appellation la plus courante s'était soldée par un échec.

résultat à une majorité plus large encore (58 %). Enfin, en Floride, c'est à la suite d'un décret du gouverneur Jeb Bush qu'une grande partie des programmes d'*affirmative action* ont été démantelés en février 2000<sup>10</sup>.

Parce que les événements californiens – l'élimination du dispositif à Berkeley en 1995, le vote de la Proposition 209 l'année suivante – ont joué un rôle décisif dans la constitution de la discrimination positive en objet de mobilisation politique à l'échelle nationale, il convient tout d'abord de revenir sur les conditions spécifiques, d'ordre conjoncturel ou structurel, qui, dans l'État en question, ont favorisé cette politisation initiale.

La plus évidente est sans doute la détérioration de la conjoncture économique au début des années quatre-vingt-dix : entre 1990 et 1993, le quart des suppressions d'emplois observées aux États-Unis frappent la Californie. Dans le secteur de la défense en particulier, la réduction des dépenses militaires consécutive à la fin de la guerre froide entraîne la perte de 250 000 emplois. Le volume annuel des investissements japonais connaît parallèlement une chute spectaculaire : alors qu'il atteignait 3 milliards de dollars en 1990, il n'est plus que de 16 millions en 1994. Le taux de chômage, après avoir frôlé les 10 % en 1993, demeurait encore de 8 % en 1995, soit deux points de plus que la moyenne nationale<sup>11</sup>. Ainsi, alors que les programmes d'*affirmative action* avaient été mis en place dans une période de relative prospérité, la récession des premières années de la décennie 1990 met en évidence le caractère de jeu à somme nulle du dispositif, dont le coût est plus directement ressenti par les salariés blancs.

Bien entendu, ce dernier est aussi proportionnel à la part des minorités ethnoraciales dans la population. La question de l'*affirmative action* et celle du contrôle de l'immigration se trouvent donc étroitement liées, dans la mesure où l'ampleur du coût de la discrimination positive – du point de vue des non-bénéficiaires – est largement déterminée par le nombre et l'origine géographique des nouveaux arrivants. Or la dynamique démographique californienne est précisément caractérisée par une augmentation spectaculaire de la proportion d'Hispaniques et d'Asiatiques : la Californie a désormais supplanté l'État de New York en tant que premier foyer d'immigration sur le territoire américain, en accueillant 35 % des 7,4 millions de nouveaux immigrants (légaux) entre 1980 et 1990 – contre 14 % pour l'ancienne destination principale ; de ce fait, le nombre des Hispaniques résidant sur le territoire de l'État s'est accru de 70 % au cours de la même décennie, et celui des Asiatiques de 127 %<sup>12</sup>. En 1995, ces deux derniers groupes représentaient respectivement 25 % et 10 % de la population californienne, laquelle comprenait également 7 % de Noirs et comptait donc, au total, au moins 42 % de bénéficiaires potentiels des programmes d'*affirmative action*, fraction à laquelle vient encore s'ajouter la composante féminine du groupe racial majoritaire. Dans ce contexte, on comprend mieux la tentation des adversaires de la discrimination

positive de porter la question devant l'électorat, avant que ses « victimes » proclamées ne deviennent encore plus nettement minoritaires au sein de ce dernier<sup>13</sup>.

Toutefois, dans un premier temps, c'est l'immigration clandestine, et elle seule, qui allait se trouver en ligne de mire. Ainsi, le 8 novembre 1994, à l'issue d'un référendum d'initiative populaire, 59 % des électeurs californiens se prononcent en faveur de la « Proposition 187 », qui interdit aux étrangers en situation irrégulière l'accès aux services publics, notamment les soins médicaux (sauf cas d'urgence), les établissements d'enseignement et, de manière générale, l'ensemble des prestations sociales. L'objectif était de réduire le nombre des irréguliers et le coût financier que leur présence faisait subir à l'État de Californie, en modifiant *ex ante* certaines des incitations supposées être à l'origine de leur décision de pénétrer sur le territoire américain. En outre, dans la mesure où c'est Washington qui recevait les deux tiers des contributions fiscales des personnes en question – tandis qu'une proportion légèrement supérieure des aides publiques qui leur étaient accordées émanait, elle, des autorités californiennes –, « le référendum soulevait [...] [également] la question plus générale de la répartition des fonds publics entre l'État fédéral et les États fédérés »<sup>14</sup>, la gestion des bénéficiaires et des charges associés à l'immigration opérant globalement au détriment de ces derniers. Mais cette offensive « nativiste »<sup>15</sup>, à court terme, se solde par un échec : parce que la Proposition 187 entrait notamment en conflit avec un arrêt rendu par la Cour suprême en 1982, *Phylar v. Doe*, dans lequel l'exclusion des enfants d'immigrés clandestins du système d'enseignement public de l'État du Texas avait été jugée contraire au principe d'égalité inscrit dans le Quatorzième Amendement à la Constitution américaine<sup>16</sup>, le dispositif, dans l'immédiat, allait demeurer lettre morte<sup>17</sup>.

10. Sur les déterminants spécifiques de l'institutionnalisation de la discrimination positive dans les entreprises, qui, pour l'heure, demeurent généralement à l'écart du mouvement ici évoqué, voir Alan Wolfe, « Affirmative Action, Inc. », *The New Yorker*, vol. LXXII, n° 365, 25 novembre 1996, pp. 106-115 ; Erin Kelly, Frank Dobbin, « How affirmative action became diversity management », *American Behavioral Scientist*, vol. 41, n° 7, 1998, pp. 960-984.

11. Voir Richard Walker, « California's collision of race and class », *Representations*, n° 55, 1996, p. 167.

12. *Ibid.*, p. 164 ; Marta Tienda, « Immigration, opportunity, and social cohesion », dans Neil Smelser, Jeffrey Alexander (eds.), *Diversity and its Discontents*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 132.

13. La composition ethno-raciale du corps électoral reste toutefois sensiblement différente de celle de la population de l'État dans son ensemble : en 1995, les Noirs, les Hispaniques et les Asiatiques représentaient 45 % de la population californienne, mais seulement 43 % de sa composante adulte, 30 % des *citoyens* en âge de voter, 24 % des inscrits sur les listes électorales et 17 % des électeurs effectifs (R. Walker, art. cité, p. 169).

14. Denis Lacorne, *La crise de l'identité américaine*, Paris, Fayard, 1997, p. 180.

15. Ce terme renvoie à une tradition d'hostilité à l'égard de toute immigration non anglo-saxonne, longtemps dominante dans la culture publique américaine ; voir John Higham, *Strangers in the Land. Patterns of American Nativism, 1860-1925*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1988 [1<sup>ère</sup> éd. 1955].

16. Celui-ci proclame l'obligation pour tout État fédéré de garantir à l'ensemble des personnes soumises à sa juridiction l'« égale protection des lois » (*Equal Protection Clause*).

17. D'après la Cour, d'une part, la non-scolarisation infligerait un dommage irréparable à des enfants qui ne peuvent décemment être tenus pour responsables de la décision d'immigration de leurs parents ; d'autre part, cette privation des ressources éducatives indispensables à leur ascension potentielle dans la hiérarchie socio-économique risquerait bel et bien de (.../...)

Dès lors, dans la mesure où, en Californie, la question de l'immigration et celle de la discrimination positive sont envisagées par une fraction substantielle des électeurs – notamment républicains – comme les deux versants d'un seul et unique enjeu, l'échec subi sur le premier front va rapidement entraîner un déplacement des énergies contestataires vers le second : de même que le mouvement en faveur de la Proposition 187 avait été largement alimenté par les appréhensions que suscitait la possibilité offerte à l'ensemble des Hispaniques de bénéficier de l'*affirmative action* – qu'ils aient ou non acquis le statut de citoyens américains<sup>18</sup> –, l'inefficacité du référendum et le maintien de la pression migratoire à un niveau élevé ont été parmi les principales causes de la mobilisation pour la suppression de la discrimination positive à laquelle on assiste entre 1994 et 1996<sup>19</sup>. *A posteriori*, la recrudescence du nativisme en Californie apparaît donc comme un mouvement précurseur, qui canalise des intérêts et des affects appelés à être ultérieurement réinvestis dans l'offensive contre l'*affirmative action*, laquelle allait aboutir au vote de la « Proposition 209 ».

Toutefois, en dépit des apparences, il faut bien constater que la généralisation et la mise en application effective d'un principe de *color-blindness* dans les différents champs d'opération de la discrimination positive – notamment pour ce qui concerne l'admission aux établissements d'enseignement supérieur – ne sont pas réellement à l'ordre du jour.

---

### L'abstention tactique de la Cour suprême

Tout d'abord, en effet, il semble bien que les juges qui seraient en mesure d'agir le plus directement en ce sens ne soient pas encore résolus à prendre la responsabilité d'une décision aussi lourde de conséquences. Ainsi, en juillet 1996, la Cour suprême s'est abstenue de se prononcer quant à la validité de l'arrêt *Hopwood* évoqué plus haut, au motif que la suspension – déjà effective – du programme d'*affirmative action* de l'Université du Texas rendait le litige sans objet. Or cette déclaration de « caducité » (*mootness*)<sup>20</sup> illustre simplement la tendance récurrente de la Cour à recourir à des artifices procéduraux pour éviter d'avoir à statuer une fois pour toutes sur le sort des programmes universitaires de discrimination positive<sup>21</sup>. En effet, de manière générale, la doctrine de la caducité est appliquée avec la plus grande souplesse : la jurisprudence abonde en exemples de litiges tout aussi « caducs » que celui évoqué dans *Hopwood*, mais sur lesquels les membres de la juridiction suprême ont néanmoins cru bon de prendre position pour des raisons informulées<sup>22</sup>. Quant aux critères énumérés dans le règlement de la Cour en fonction desquels le *certiorari* – ordonnance qui lui permet de se saisir d'un appel afin de vérifier que la norme de référence a été correctement appliquée dans le jugement précédent – pourrait être accordé ou refusé, la Cour les fixe elle-même de

manière discrétionnaire, étant entendu qu'ils ne possèdent de toute façon qu'une valeur indicative<sup>23</sup>. La position adoptée par la majorité des juges quant à l'arrêt *Hopwood* ne résulte donc pas de l'application mécanique d'une règle contraignante, mais bien d'un choix qui s'apparente à un jugement d'opportunité subreptice les conduisant à différer sciemment l'examen de la conformité de la discrimination positive au principe d'égalité inscrit dans le Quatorzième Amendement. Déclarations de caducité et refus de *certiorari* exercent ainsi une « fonction dilatoire »<sup>24</sup>, et la latitude considérable laissée à la Cour suprême pour déterminer les conditions de recevabilité des recours permet au plus éminent des organes judiciaires d'exercer un pouvoir d'appréciation d'ordre proprement *politique*.

En outre, en dehors de l'interprétation traditionnelle selon laquelle le refus de statuer équivaldrait à une approbation tacite du jugement rendu par la juridiction inférieure, d'autres hypothèses méritent sans doute d'être envisagées. Ainsi, concernant l'affaire *Hopwood*, il semblerait que ce soit plutôt la certitude de l'impossibilité pour les membres de la Cour suprême de parvenir à un consensus qui ait joué le rôle le plus déterminant<sup>25</sup>. En effet, pour ce qui est des questions relatives à l'égalité raciale, la recherche de l'unanimité – ou du moins d'une nette majorité – est apparemment de rigueur pour les décisions communément perçues comme les plus importantes, comme en témoigne, entre autres, l'historique de l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), qui avait mis un terme à la ségrégation légale des établissements d'enseignement secondaire<sup>26</sup>. Cette unanimité ne pouvant ici être obtenue – tant s'en faut<sup>27</sup> –, les juges préféreraient vraisemblablement laisser

---

contribuer à la création d'une « caste permanente d'étrangers en situation irrégulière » (*a permanent caste of undocumented resident aliens*), évolution manifestement incompatible avec la fluidité de la structure sociale américaine traditionnellement célébrée, et qu'il conviendrait de préserver : *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), pp. 218-219.

18. Voir plus généralement Hugh Davis Graham, *Collision Course : The Strange Convergence of Affirmative Action and Immigration Policy in America*, New York, Oxford University Press, 2002.

19. C'est ce que montre bien Lydia Chavez dans *The Color Bind : California's Battle to End Affirmative Action*, Berkeley, University of California Press, 1999, pp. 39-76.

20. « Si des éléments de fait ou de droit ont permis, à une étape quelconque de la procédure, de dénouer la situation contentieuse, [...] le cas est caduc (*moot*), c'est-à-dire qu'il ne donne plus matière à un règlement juridictionnel » (Gwénaële Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême : le problème de la discrimination « positive »*, Paris, LGDJ, 1998, p. 131).

21. Pour un précédent fameux, voir l'arrêt *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974), pp. 318-320.

22. Le plus célèbre est sans doute *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), arrêt qui consacre la constitutionnalisation d'un droit à l'avortement.

23. Voir Elisabeth Zoller, « États-Unis : le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, pp. 170-171.

24. Gwénaële Calvès, *op. cit.*, p. 131.

25. Entretien avec Drew Days III, professeur à la Yale Law School et ancien Procureur général, Université Yale, 4 mars 1997.

26. Voir Terri Jennings Peretti, *In Defense of a Political Court*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 155-156.

27. La Cour suprême comprend actuellement quatre juges conservateurs clairement hostiles à la discrimination positive (William Rehnquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas et, sans doute à un degré moindre, Anthony Kennedy), quatre juges « libéraux » globalement favorables au dispositif (John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg et Stephen Breyer) et

au Congrès la responsabilité de la rupture majeure que représenterait l'extension de la portée de la jurisprudence *Hopwood* à l'ensemble du territoire national, comme les y invitent régulièrement des juristes américains parmi les plus renommés<sup>28</sup>. Peut-être une fraction de la Cour estime-t-elle, comme le suggère H.W. Perry, que l'octroi du *certiorari* aboutirait selon toute probabilité à une déclaration d'inconstitutionnalité des politiques de discrimination positive, mais qu'une prolongation délibérée de la période d'indétermination jurisprudentielle permettrait éventuellement à celles-ci – juridiquement problématiques mais encore politiquement indispensables – d'exercer, dans l'intervalle, leurs effets bénéfiques présumés<sup>29</sup>. En tout cas, la confirmation par la Cour suprême de la validité du jugement rendu dans *Hopwood* aurait surtout pour conséquence, en caractérisant l'*affirmative action* comme une violation non seulement de la législation antidiscriminatoire applicable aux universités (en l'espèce, le Titre VI du Civil Rights Act de 1964) mais aussi de la norme *constitutionnelle* qu'est la Clause d'égalité de protection des lois du Quatorzième Amendement, de rendre quasiment définitive la suppression de la discrimination positive dans les établissements d'enseignement supérieur. En effet, le Congrès se verrait alors privé de la possibilité de rétablir l'*affirmative action* par la voie législative, puisqu'il n'est pas habilité à remettre en cause les décisions de la Cour qui engagent l'interprétation de la Constitution elle-même (si ce n'est, de manière indirecte, en empruntant la voie semée d'embûches de l'amendement constitutionnel). À n'en pas douter, la prudence dont font preuve aujourd'hui les juges dans ce domaine tient donc en grande partie à l'irréversibilité probable de leurs décisions éventuelles<sup>30</sup>.

---

### Vers une déracialisation de l'action publique – ou le règne du faux-semblant ?

Cela dit, quand bien même la Cour suprême se résoudrait finalement à sauter le pas, tout donne à penser que l'on assisterait alors simplement à une prolifération de mesures substitutives qui ne se distingueraient de la discrimination positive que par le caractère moins explicite de leur prise en compte du facteur ethno-racial.

En effet, dans la plupart des six États où les politiques d'*affirmative action* sont désormais interdites pour l'admission aux universités (Texas, Mississippi, Louisiane, Californie, Washington et Floride), le nombre de Noirs et d'Hispaniques au sein de la population étudiante des meilleurs établissements a connu une baisse spectaculaire<sup>31</sup>. Ainsi, à Berkeley, sur l'ensemble des programmes de troisième cycle, il n'y avait plus, en 1997<sup>32</sup>, que sept étudiants hispaniques au lieu de vingt-huit en 1996, et un seul étudiant noir au lieu de vingt en 1996. Dans la seule faculté de droit, en 1997, le nombre d'offres d'admission adressées à des candidats appartenant à des « minorités sous-représentées » (Noirs, Hispaniques et Amérindiens) n'était plus que de cinquante-cinq, contre cent soixante-sept, un an plus tôt ; sur ces cin-

quante-cinq offres, sept seulement ont été finalement acceptées par les individus concernés, parmi lesquels ne figurait aucun des quatorze candidats noirs admis<sup>33</sup>. Dans ce cas, l'élimination des programmes d'*affirmative action* entraîne donc à la fois une réduction impressionnante du taux d'admission des candidats noirs et hispaniques et une baisse encore plus prononcée de leur taux d'inscription effective dans les établissements visés ; en effet, ces candidats interprètent apparemment la suppression du dispositif comme une manifestation d'hostilité à leur égard, ce qui les incite à se diriger plutôt vers d'autres universités, nonobstant l'argument rebattu selon lequel la certitude de ne pas avoir bénéficié d'un « traitement de faveur » présenterait au contraire l'avantage, de leur point de vue, de venir renforcer leur « estime de soi » (*self-esteem*) présumée défaillante<sup>34</sup>.

Il est vrai que cette baisse ne frappe que les universités les plus sélectives<sup>35</sup>,

---

un neuvième juge généralement appelé à faire pencher la balance en faveur de l'un des deux camps, Sandra O'Connor, dont les prises de position obéissent à une logique moins aisément déchiffrable et dont dépend sans doute, à court terme, le sort des politiques universitaires d'*affirmative action*.

28. Voir Ronald Dworkin, *Freedom's Law : The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996, pp. 160-161 ; Cass Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999, pp. 120-121.

29. Comme l'a dit l'un des juges – qui a tenu à conserver l'anonymat –, « peut-être sera-t-on parvenu à faire bouger la société d'ici là » : H.W. Perry, *Deciding to Decide : Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991, p. 259, note 30.

30. Cette prudence est d'autant plus remarquable que l'une des principales conditions théoriquement favorables à l'intervention de la Cour suprême – soit le caractère contradictoire des jugements rendus par les juridictions inférieures et l'incertitude qui en découle (voir Sidney Ulmer, « The Supreme Court's certiorari decisions : Conflict as a predictive variable », *American Political Science Review*, vol. 78, n° 4, 1984, pp. 901-911) – est désormais satisfaite. En effet, si l'on considère les événements postérieurs à l'arrêt *Hopwood* alors que, en décembre 2000, le programme d'*affirmative action* en vigueur dans le premier cycle de l'Université du Michigan (*undergraduate level*) avait été validé par un juge fédéral du district de Detroit au nom de l'« intérêt public prépondérant » que constituerait la promotion de la « diversité » de la population étudiante, en mars 2001, celui mis en œuvre par la *Law School* du même établissement – également défendu en référence à cet objectif de « diversité » – a été considéré comme contraire à la Clause d'égalité de protection des lois par un magistrat de même statut que le précédent (alors même que ledit programme prenait en compte le facteur racial à un degré moindre que celui avalisé quelques mois plus tôt). Or en mai 2002, la cour d'appel fédérale du 6<sup>e</sup> Circuit, appelée à trancher entre ces deux options opposées, a finalement prononcé un jugement contraire à celui rendu par son homologue du 5<sup>e</sup> Circuit dans *Hopwood* (*Grutter v. Bollinger*, 2002 FED APP.0170P [6<sup>e</sup> Circuit]). Peut-être la Cour suprême sera-t-elle ainsi amenée à intervenir plus tôt qu'elle ne le souhaite.

31. Parce que, en moyenne, les performances scolaires des Asiatiques sont nettement supérieures à celles des Noirs et des Hispaniques – mais aussi des Blancs –, leur situation à cet égard est très différente, et ils tendraient plutôt à bénéficier de la suppression de l'*affirmative action* dans le contexte universitaire ; voir plus généralement Dana Takagi, *The Retreat from Race. Asian-American Admissions and Racial Politics*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1992.

32. Cette année-là, la réforme n'a concerné que les programmes en question. Ce n'est que l'année suivante qu'elle a été étendue au reste du cursus.

33. *San Francisco Chronicle*, 31 décembre 1997, p. A-15.

34. Voir par exemple Shelby Steele, *The Content of Our Character*, New York, St. Martin's Press, 1990, p. 90, et, du même auteur, *A Dream Deferred : The Second Betrayal of Black Freedom in America*, New York, Harper Collins, 1998.

35. Ainsi, en Californie, si la suppression des programmes de discrimination positive, à l'automne 1997, a immédiatement entraîné une chute du nombre d'étudiants noirs inscrits en première année de 62 % à Berkeley et de 40 % à UCLA, cette réduction a été partiellement compensée par l'augmentation enregistrée simultanément sur les campus de Santa Cruz

(.../...)

dont les exigences, en l'absence de la discrimination positive, ne peuvent aujourd'hui être satisfaites que par une poignée de candidats noirs et hispaniques, qui ont souvent fait aussi acte de candidature auprès d'autres établissements encore plus réputés (Harvard ou Yale par exemple) auxquels ils ont toutes les chances d'accéder. Restait toutefois à déterminer si, même à l'échelle des États en question, la quasi-disparition des membres des deux principales minorités ethno-raciales des universités les plus prestigieuses allait être tenue pour tolérable. Or tel n'est manifestement pas le cas.

Le premier indice qui en témoigne est la place croissante qu'occupe dans le débat public américain le projet consistant à substituer à la discrimination positive telle qu'on l'a définie plus haut un système fondé sur la prise en compte du degré de désavantage « socio-économique » des candidats à l'admission, qui conserverait donc le principe du traitement préférentiel tout en modifiant le critère de catégorisation retenu.

D'après les partisans d'un tel dispositif, celui-ci permettrait tout à la fois de réduire à néant les nombreuses critiques qui ne visent, dans la discrimination positive, que le caractère racial des catégories qu'elle distingue, et de maintenir les Noirs parmi ses principaux bénéficiaires, puisqu'ils sont surreprésentés dans le groupe des plus défavorisés. Mais cela signifierait que seuls les Noirs dont la condition présente témoignerait de la permanence des effets de la discrimination passée tireraient profit de cette « *class-based affirmative action* »<sup>36</sup>. Prenant acte de l'hétérogénéité croissante de la minorité considérée – mise en lumière, dès la fin des années soixante-dix, par le sociologue William Julius Wilson<sup>37</sup> – et du peu de popularité des initiatives destinées à lui venir en aide, la réforme conduirait ainsi à réorienter l'action redistributive des pouvoirs publics au bénéfice de sa fraction la plus démunie. Ses avantages comparatifs comprendraient notamment, au plan politique, le soutien potentiel d'une plus large coalition qui intégrerait une partie de la classe ouvrière blanche et, au plan juridique, l'absence d'obstacle constitutionnel due au fait que la pauvreté – contrairement à l'identité raciale – n'est pas considérée par la Cour suprême comme un critère de classification intrinsèquement « suspect » au regard du principe d'égalité inscrit dans le Quatorzième Amendement<sup>38</sup>.

Cependant, le choix des modalités concrètes d'évaluation du degré de désavantage socio-économique subi par les individus en concurrence soulève des problèmes épineux. Ainsi, dans le cas des admissions universitaires, la prise en compte exclusive d'un indicateur relativement simple comme le revenu conduira – toutes choses égales par ailleurs – à une réduction spectaculaire de la proportion des Noirs dans la population étudiante de l'établissement considéré. En effet, d'une part, les Noirs ne représenteraient plus alors qu'une minorité des personnes appelées à bénéficier de ce traitement préférentiel (la majorité des pauvres ne sont pas noirs) ; d'autre part, à revenu égal, et à tous les niveaux de l'échelle des revenus (y compris, donc, pour le sous-ensemble des étudiants issus de milieux modestes),

il existe toujours actuellement un écart substantiel entre les résultats obtenus aux épreuves de sélection (*Scholastic Assessment Test*, *Law School Admission Test*, etc.) par les candidats blancs et noirs au détriment de ces derniers<sup>39</sup>. La plupart d'entre eux ne bénéficieraient donc pas de ce nouveau type d'*affirmative action*. C'est pourquoi ses partisans envisagent plutôt la construction d'un indice complexe de désavantage socio-économique, qui intégrerait délibérément l'ensemble des paramètres par rapport auxquels les Noirs apparaissent particulièrement mal lotis – outre le revenu, le niveau d'éducation des parents, le lieu de résidence, la valeur du patrimoine familial, etc. –, indice dont l'usage ferait ainsi figure d'équivalent fonctionnel approximatif de la discrimination positive actuellement remise en cause<sup>40</sup>. C'est dire que la *color-blindness* du processus allocatif ne serait qu'apparente, puisque la prise en compte de l'identité raciale des candidats, exclue de la phase de sélection proprement dite, demeurerait présente au stade de l'élaboration de l'indicateur de désavantage socio-économique. Seule sa visibilité s'en trouverait diminuée. L'intérêt que suscite aujourd'hui l'idée d'une *affirmative action* sur critères socio-économiques ne se comprend guère indépendamment de cet effet d'euphémisation.

L'obligation légale, dans les six États susmentionnés, de mettre un terme aux programmes de discrimination positive dans l'enseignement supérieur a déjà conduit les autorités universitaires à des subterfuges plus nets encore – subterfuges qui, pour éviter la réduction trop brutale du nombre d'étudiants noirs et hispaniques, consistent essentiellement à moduler la valeur attribuée aux propriétés des candidats à l'admission en fonction de la distribution de ces propriétés entre les différentes collectivités ethno-raciales. Par exemple, on accordera une plus grande importance aux autoportraits (*essays*) – parfois accompagnés d'une photo ! – qui sont supposés permettre d'apprécier la « sensibilité à la diversité culturelle » (*cultural awareness*) du candidat et sa « capacité à triompher de l'adversité » (*overcoming personal adversity*), qualités censément corrélées à l'appartenance à l'une de ces deux minorités. Dans certains cas, en désespoir de cause, on restreindra tout simplement la place dévolue aux indicateurs quantifiables du « mérite » au sens étroit du terme (notes et résultats des tests) qui restent défavorables aux membres des deux groupes

---

(17 %), Riverside (28 %) et Irvine (29 %). Il y a donc une redistribution des membres de ce groupe au sein du système universitaire californien : Abigail Thernstrom, Stephan Thernstrom, « Reflections on *The Shape of the River* », *UCLA Law Review*, vol. 46, n° 5, 1999, pp. 1626-1627.

36. Voir, de manière générale, Richard Kahlenberg, *The Remedy. Class, Race, and Affirmative Action*, New York, Basic Books, 1996.

37. William Julius Wilson, *The Declining Significance of Race*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978.

38. Voir l'arrêt *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), ainsi que Gwénaële Calvès, *op. cit.*, pp. 191-219.

39. Christopher Jencks, Meredith Phillips (eds.), *The Black-White Test Score Gap*, Washington, Brookings Institution, 1999.

40. Richard Kahlenberg, *op. cit.*, p. 170 ; Richard Fallon, « Affirmative action based on economic disadvantage », *UCLA Law Review*, vol. 43, n° 6, 1996, p. 1927, note 47.

en question (méthode retenue, entre autres, par la *Law School* de l'Université de Berkeley)<sup>41</sup>.

Les pouvoirs publics n'ont pas été en reste. Ainsi, par une loi du 15 avril 1997, l'assemblée législative de l'État du Texas, toujours dans l'espoir de contrecarrer la baisse du nombre d'étudiants noirs et hispaniques consécutive à la jurisprudence *Hopwood*, a imposé aux deux universités publiques les plus sélectives – l'Université du Texas à Austin et Texas A&M University – l'obligation d'admettre en première année tous les diplômés de l'enseignement secondaire qui figureraient parmi les 10 % d'élèves les mieux classés dans leur établissement d'origine. L'État du Washington a pris des mesures analogues, ainsi que le *Board of Regents* de l'Université de Californie<sup>42</sup>. Le même principe a été adopté en Floride, à travers un décret de février 2000 ordonnant l'élimination des politiques d'*affirmative action* mises en œuvre dans les procédures de passation des marchés publics ainsi que dans les universités d'État, tout en garantissant l'accès à l'une de ces dernières aux meilleurs lycéens – toutes « races » confondues<sup>43</sup>.

Ces nouvelles dispositions ont très vite eu pour effet d'accroître substantiellement le pourcentage d'étudiants noirs et hispaniques – en hausse de 17 % à l'Université de Californie un an après leur entrée en vigueur –, du simple fait de l'existence d'un nombre non négligeable de lycées dont la quasi-totalité des élèves appartiennent à l'un ou l'autre des deux groupes en question. Paradoxalement, c'est donc le maintien à un niveau élevé d'une ségrégation de fait du système d'enseignement secondaire qui offre aux autorités publiques la possibilité de mettre en œuvre une autre de ces stratégies de substitution par lesquelles une procédure apparemment neutre est adoptée précisément parce que ses effets secondaires en font l'équivalent fonctionnel approximatif d'une pratique discriminatoire explicite, présumée illégitime aux yeux de l'opinion publique. Dans cette optique, on cherche à faire coïncider au mieux les effets réels des deux types de critères de sélection – officiels et officieux – en évitant toutefois que leur équivalence objective apparaisse trop crûment<sup>44</sup>. Il est clair que, nul n'étant véritablement disposé à faire face à la conséquence prévisible d'une politique d'admission strictement *color-blind* – à savoir la quasi-disparition des étudiants noirs des universités les plus prestigieuses –, l'abandon des programmes d'*affirmative action* va s'accompagner d'une multitude de stratagèmes du même type, dont l'objectif premier est bien de minimiser la *visibilité* de la prise en compte du facteur racial<sup>45</sup>. Il faut néanmoins souligner que cette nouvelle forme de discrimination indirecte intentionnelle, même si elle parvenait à annihiler les conséquences du démantèlement de l'*affirmative action* quant au nombre total de Noirs et d'Hispaniques finalement admis, risque de se traduire par une détérioration de leur niveau moyen de qualification, puisque l'automatisme de la procédure interdit désormais de prendre en compte la qualité variable et le degré d'exigence inégal de leurs lycées d'origine et des enseignements par eux

suivis : le gain symbolique que représenterait la conformité apparente de ces mesures substitutives au principe de *color-blindness* a pour contrepartie un accroissement de l'écart observé par rapport à l'autre principe qui s'oppose à l'*affirmative action*, le principe méritocratique.

Reste à s'interroger sur les déterminants de cette dissimulation stratégique, qui ne relève sans doute pas uniquement des contraintes juridiques nouvelles évoquées plus haut mais doit aussi être mise en relation avec la nature spécifique de la finalité ultime de la discrimination positive : peut-être l'intégration des Noirs dans le *mainstream* de la société américaine et la résorption du stigmate associé à leur identité « raciale » appartiennent-elles à cette catégorie d'états sociaux qui ne peuvent advenir *qu'à la condition de ne pas être visés directement et explicitement*<sup>46</sup>. Il est sans doute des objectifs au regard desquels, en dernière analyse, l'efficacité d'une politique publique est bel et bien fonction de l'opacité qui l'entoure<sup>47</sup>. ■

**Daniel Sabbagh** est chercheur au CERJ, auteur de *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Économica, à paraître en 2002. E-mail : [sabbagh@cerj-sciences-po.org](mailto:sabbagh@cerj-sciences-po.org)

41. Voir Siobhan Gorman, « After affirmative action », *National Journal*, 4 août 2000, pp. 1120 et 1123 ; Peter Schrag, « Muddy waters », *American Prospect*, n° 43, 1999, p. 88.

42. Dans le cas californien, le pourcentage retenu est de 4 % seulement.

43. La proportion des élus est cette fois plus élevée : 20 %.

44. Voir plus généralement Jon Elster, *Local Justice : How Institutions Allocate Goods and Necessary Burdens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 116-120.

45. Sur un sujet connexe, voir également Virginie Guiraudon, « Jeux d'ombre et de lumière : les politiques envers les étrangers en Europe », *Revue française de science politique*, vol. 49, n° 6, 1999, pp. 755-781.

46. Cette hypothèse est explorée dans Daniel Sabbagh, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Économica, à paraître en 2002 (quatrième partie) ; « The judicial uses of subterfuge : On affirmative action in the United States », *Political Science Quarterly*, à paraître en 2003.

47. Je remercie Virginie Guiraudon et Gwénaële Calvès pour leurs commentaires sur une version préliminaire de ce texte.