

RENCONTRES DE L'ORIV

Racisme, discrimination, discrimination positive : éléments pour une comparaison franco-américaine

par Daniel SABBAGH

Synthèse de l'intervention du 10 décembre 2013

Les Rencontres de l'ORIV sont des conférences-débat ouvertes au grand public, portant sur des sujets d'actualité en lien avec les thématiques de travail de l'Observatoire Régional de l'Intégration et de la Ville.

Au deuxième semestre 2013, l'**ORIV** a organisé, en partenariat avec l'**Institut Supérieur Social de Mulhouse** (ISSM), un cycle de trois rencontres autour de la notion d'Égalité. Cette notion est au cœur de nombreuses politiques publiques actuelles sans pour autant que soit expliqué le sens et les enjeux qu'elle recouvre.

Le 10 décembre 2013, l'Observatoire, a invité **Daniel SABBAGH** pour une intervention sur la notion d'« affirmative action ». Ce modèle américain est souvent cité en exemple. Mais que recouvre-t-il réellement ? Quels en sont les atouts et les limites ? Et comment l'analyse comparée des deux approches (française et américaine) peut-elle être utile à l'action ?

Daniel Sabbagh est directeur de recherche au CERI (Centre d'études et de recherches internationales), unité mixte de recherche Sciences Po - CNRS. Ses domaines de recherche comprennent l'analyse comparative des politiques de discrimination positive, la question raciale aux États-Unis, les théories de la justice et de l'égalité et le droit public américain.



Racisme, discrimination, discrimination positive : éléments pour une comparaison franco-américaine

Avant d'engager la comparaison susmentionnée, il convient de se demander quelles sont les *conditions de possibilité* de la discrimination, c'est-à-dire les conditions en l'absence desquelles la notion même de discrimination ne pourrait pas apparaître en tant qu'élément du débat public. Il me semble qu'il y en a au moins trois.

- 1) Tout d'abord, l'*égalité*, quelle que soit la conception qu'on en ait, doit être érigée en *valeur*, en principe politico-juridique censé régir le domaine considéré. Dans la mesure où la discrimination apparaît comme une différence illégitime, c'est bien en référence à telle ou telle forme d'égalité communément acceptée que cette illégitimité pourra être établie. En d'autres termes, comme l'écrit la juriste Gwénaële Calvès, « la discrimination ne se conçoit que sur fond d'égalité des droits ; elle ne prend sens que dans un cadre où des biens et des positions recherchées ont été déclarés accessibles à tous, selon une procédure de type concurrentiel »¹.
- 2) Ces biens et ces positions doivent être rares, « appropriables par une seule personne à la fois mais convoités par plusieurs d'entre elles. Le cadre conceptuel dans lequel la discrimination s'inscrit est celui d'un jeu à somme nulle, où ce qui est gagné par l'un est perdu par l'autre » (*ibid*).
- 3) Enfin, poursuit l'auteure, « pour évaluer le caractère discriminatoire des conditions d'octroi d'un bien rare, il faut pouvoir les comparer aux conditions « normales » – juridiquement objectivées et protégées – de son allocation. Cette condition préalable est une condition nécessaire : je sais bien que si celui que j'aime en aime une autre, je ne pourrai pas me dire victime de « discrimination ». Il m'est en effet impossible d'invoquer l'illégalité du critère de sélection (aucun texte ne régit la matière...), non plus que son illégitimité (au regard de quel principe de justice ?), son absurdité (au regard de quel principe d'efficience ?) » (*ibid*).

Une fois identifiées ces conditions de possibilité du concept de discrimination, reste à proposer une définition de ce dernier. J'adopterai ici la définition suivante : la discrimination est *un comportement ayant une incidence sur l'allocation de ressources rares et préjudiciable à des individus identifiés à raison d'un critère de distinction prohibé ou qui devrait l'être*. Dans cette perspective, on ne saurait parler de discrimination à propos d'une idéologie (le « racisme »), ou d'une simple attitude, en ce qu'une attitude peut éventuellement être surmontée et ne pas se traduire en acte (par crainte de s'exposer à une sanction lorsque la discrimination est interdite par la loi, ou bien parce que l'individu en question désapprouve l'attitude qui est la sienne et s'efforce de ne pas lui donner libre cours, avec succès).

Une première classification

On peut tout d'abord distinguer *discrimination directe* et *discrimination indirecte*.

De manière générale, la « **discrimination directe** » renvoie à une *différence de traitement* opérant au détriment des membres d'un groupe identifié à raison d'un critère légalement prohibé ou qui devrait l'être, différence dont l'existence ne peut donc être établie qu'à l'issue d'une comparaison. Contrairement à une idée répandue, la discrimination directe peut être aussi bien intentionnelle que non-intentionnelle. Plus précisément, en droit français, la discrimination directe désigne une « situation dans laquelle, sur le fondement de son

¹ Gwénaële Calvès, « Discrimination », in Sylvie Mesure et Patrick Savidan (dir.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, 2006.

appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable »². Que le décideur, au moment de sa décision, ait eu ou non la volonté qu'il en soit ainsi, qu'il ait ou non été conscient du rôle joué par le critère prohibé dans son processus décisionnel, son comportement, dès lors qu'il est la cause du désavantage relatif susmentionné, constitue bien une discrimination. Notons aussi que la liste des critères prohibés est en expansion constante. Les textes les plus récents consacrent ainsi solennellement l'interdiction de la discrimination à raison non seulement de « la race ou de la couleur, du sexe, de la religion et de l'origine nationale », comme c'est le cas aux États-Unis (Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964), mais aussi de l'âge, du handicap (également définis comme des critères de discrimination prohibés outre-Atlantique en vertu de lois ultérieures), de l'orientation sexuelle, de l'état de santé, du patrimoine génétique, ou même (mais il s'agit d'une singularité française) de l'apparence physique et du patronyme.

La « **discrimination indirecte** », elle, fait référence à « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner (...) un désavantage particulier pour des personnes [identifiées à raison d'un critère prohibé] par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés »³. Plus précisément, la notion de *discrimination indirecte* fait référence à l'ensemble des pratiques qui, bien qu'elles ne fassent intervenir aucun des critères dont la prise en compte est explicitement prohibée par le droit antidiscriminatoire, d'une part, sont susceptibles d'avoir ou se révèlent avoir un *impact négatif disproportionné* sur les membres des groupes définis à raison de ces mêmes critères et ayant pour point commun d'avoir été – ou d'être encore – victimes de discrimination au sens premier du terme, d'autre part, ne sont pas nécessaires à l'accomplissement d'un objectif légitime, et ce indépendamment de l'intention des promoteurs de ces pratiques. Si ces deux conditions sont remplies, l'*effet discriminatoire* suffit à faire tomber la pratique en question sous le coup de la loi. L'intention des promoteurs de la mesure considérée n'entre pas en ligne de compte. On pourra parler de « discrimination indirecte » dans les cas où l'on sera parvenu à identifier la pratique (procédure, règle, etc.) à l'origine du désavantage susmentionné (désavantage qui, considéré isolément, ne constitue qu'un *indice* de l'occurrence d'un comportement prohibé) ; de discrimination « systémique » lorsque ce désavantage est le produit du fonctionnement d'un système considéré dans sa globalité – le système scolaire, par exemple –, sans que l'on soit en mesure d'évaluer précisément le rôle joué à cet égard par ses différentes composantes. En France, aujourd'hui, la discrimination indirecte est légalement prohibée ; la discrimination « systémique » ne l'est pas.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si une pratique est oui ou non « susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes [identifiées à raison d'un critère prohibé] par rapport à d'autres personnes », deux cas de figure se présentent. Dans le premier, point n'est besoin de recourir à l'instrument statistique, car le lien entre le critère décisionnel retenu et la base de discrimination prohibée apparaît d'emblée suffisamment étroit pour que la question puisse être tranchée a priori, en amont de toute mise à l'épreuve. Ainsi, pour reconnaître que l'inclusion dans une offre d'emploi d'une condition exigeant la maîtrise du dialecte alsacien est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les candidats d'origine étrangère, il suffit de déterminer que, en pratique, étant donné le statut *résiduel* qui est celui de l'alsacien, la probabilité que des personnes d'origine non alsacienne puissent la satisfaire est quasi nulle. Dans le second cas de figure, cependant, ce n'est qu'a posteriori, sur le fondement d'une analyse comparative des données relatives à l'*impact* de telle ou telle pratique sur les différentes collectivités définies en fonction de l'un des critères de

² LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, article premier.

³ *Ibid.*

discrimination prohibés que l'on pourra valablement se prononcer quant à l'existence et l'ampleur du désavantage singulier que les membres de l'une ou l'autre d'entre elles subiraient en conséquence de son usage. Ainsi, dans le cas du litige qui a donné lieu à l'émergence de la notion de discrimination indirecte dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis⁴, s'il n'était certes pas *imprévisible*, dans le contexte d'un État anciennement ségrégationniste (la Caroline du Nord), que la fixation d'un score minimal à un test d'aptitude mécanique comme condition d'accès à un programme de formation ait un impact négatif disproportionné sur les candidats noirs (issus d'écoles et de lycées sous-financés auxquels eux et eux seuls se trouvaient autoritairement affectés), l'écart observé n'était pas *inéluçtable* au point de pouvoir être postulé par avance, en l'absence de toute observation empirique. Mais pour qu'il y ait observation empirique, il fallait bien que les données à comparer – en l'espèce, les taux d'échec des candidats blancs et noirs au test en question – soient disponibles.

Or dans le cas de la France – comme dans celui de la totalité des pays d'Europe occidentale, Royaume-Uni excepté –, pour ce qui concerne le critère ethnique ou racial, les données statistiques a priori nécessaires au repérage et à la mesure des discriminations indirectes ne sont pas disponibles. Il est peu probable qu'elles le deviennent à brève échéance, pour toute une série de raisons convergentes : le droit européen tend à l'encourager, mais n'a pas rendu formellement obligatoire une telle évolution, laissant aux États une marge d'appréciation à cet égard ; l'établissement d'un « référentiel » ethnoracial – logiquement requis afin de pouvoir rapporter les mesures locales effectuées par les différents opérateurs à des « données de cadrage » relatives à la population de référence et normalement issues du recensement – a été rejeté par le Conseil constitutionnel et n'est soutenu ni par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), ni par feu la *Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité* (HALDE), ni par la plupart des associations antiracistes et de défense des droits de l'homme ; à supposer même que ces obstacles puissent être surmontés, d'après une étude exploratoire, près du tiers des enquêtés d'origine « arabe ou kabyle » manifestent leurs réticences à s'auto-identifier en ces termes⁵, ce qui augure d'un taux de non-réponses élevé dans l'hypothèse où une nomenclature incluant de telles catégories serait finalement mise en place.

Enfin, il importe de souligner que, de même que la discrimination directe, la discrimination indirecte peut-être aussi bien intentionnelle que non intentionnelle. Des exemples de discrimination directe intentionnelle empruntés à l'histoire des États-Unis incluraient les lois contre le vagabondage promulguées dans plusieurs États du Sud à l'issue de la Guerre de Sécession, qui définissaient comme « vagabond » la quasi-totalité des adultes inemployés et prévoyaient que lesdits vagabonds puissent être condamnés à du travail forcé au service de particuliers, et ce dans un contexte où l'on pouvait s'attendre à ce que les esclaves récemment émancipés soient surreprésentés au sein de la population des vagabonds ainsi définie ; le test d'alphabétisation comme condition de l'accès au territoire américain pour les immigrants potentiels à partir de 1917, dans un contexte où l'on anticipait que les immigrants juifs et catholiques issus d'Europe orientale et méridionale seraient surreprésentés au sein de l'ensemble de ceux qui ne seraient pas en mesure de le franchir avec succès ; ou encore les décisions prises dans les années 1920 et 1930 par plusieurs des universités privées américaines les plus prestigieuses de réduire le montant des bourses, d'introduire des préférences pour les enfants d'anciens élèves et de valoriser la diversité des lieux de résidence originels des futurs étudiants, en raison de l'impact négatif disproportionné que ne manquerait pas d'avoir l'usage de ces trois critères sur les candidats juifs (concentrés dans un petit nombre d'États du Nord-Est, plus souvent nécessiteux et ayant moins souvent des parents ayant eux-mêmes fréquenté les établissements en question). Sans doute

⁴ *Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424 (1971).

⁵ Simon, Patrick et Clément, Martin (2006). *Rapport de l'enquête « Mesure de la diversité » : une enquête expérimentale pour caractériser l'origine*, INED, Document de travail, n° 139 : http://www.ined.fr/fichier/t_publication/1206/publi_pdf1_139.pdf

parviendrait-on à identifier des exemples analogues de discrimination indirecte mais intentionnelle en France également.

Racisme et discrimination

Le **racisme**, on l'a dit, n'est pas un *comportement*. Il peut être défini, de manière plus ou moins restrictive, comme une *idéologie* ou comme une attitude. Si l'on opte pour une définition du racisme en tant qu'*idéologie*, on peut sans doute retenir celle de l'anthropologue Claude Lévi-Strauss, qui y voit « un corpus doctrinal constitué à partir des quatre propositions suivantes : « 1) Une corrélation existe entre la constitution biologique [le patrimoine génétique], d'une part, les aptitudes intellectuelles et les dispositions morales d'autre part ; 2) Cette constitution biologique [ce patrimoine génétique], dont dépendent ces aptitudes et ces dispositions, est commune à tous les membres de certains groupements humains ; 3) Ces groupements appelés « races » peuvent être hiérarchisés en fonction de la qualité de leur patrimoine génétique ; 4) Ces différences autorisent les « races » dites supérieures à commander, exploiter les autres, éventuellement à les détruire »⁶. Si l'on définit le racisme comme une *attitude*, il s'agit d'une attitude d'hostilité ou d'indifférence à l'égard des intérêts légitimes d'autrui du fait de l'identification de la personne en question à un groupe racial, et ce que le raciste considère ou non que cette identification *justifie* son attitude.

Le problème est que, dans la plupart des pays occidentaux, la délégitimation de l'expression d'opinions ou d'attitudes racistes s'est avérée nettement plus prononcée que la baisse de la fréquence des comportements discriminatoires, dont certains persistent alors même que leur base idéologique semble avoir été érodée. Pour comprendre ce décalage, il nous faut introduire une autre notion, issue de la science économique : la **discrimination probabiliste** (*statistical discrimination*). Celle-ci repose sur le postulat suivant : les comportements discriminatoires étant désormais partiellement dissociés d'une croyance subjective en l'infériorité morale de leurs victimes, leur intelligibilité relève aussi d'un certain type de *calculs* et non seulement de l'extériorisation des *valeurs* des acteurs discriminants. Plus précisément, telle que conceptualisée par des économistes comme Edmund Phelps et Kenneth Arrow, la discrimination probabiliste désigne l'ensemble des décisions opérant au détriment des membres d'un groupe déterminé qui seraient principalement motivées non par une animosité à leur égard ou l'adhésion à une idéologie justifiant leur oppression, mais par l'existence d'une corrélation statistique empiriquement attestée entre l'appartenance au groupe en question *et une caractéristique objectivement indésirable au regard d'une visée du décideur communément tenue pour légitime*. Cette discrimination présenterait donc un caractère partiellement *rationnel*.

À partir de là, deux cas de figure peuvent être distingués :

- La corrélation en question n'est pas elle-même être le produit d'une discrimination antérieure : il en va ainsi de la corrélation physiologique entre le sexe des individus et leur espérance de vie, laquelle constitue *a priori* une donnée informative pertinente du point de vue des compagnies d'assurance – éventuellement génératrice de pratiques discriminatoires.

- La corrélation est vraisemblablement le produit d'une discrimination antérieure. Un exemple emprunté au contexte américain concerne l'insécurité. Qu'on le veuille ou non, dans ce domaine, le phénotype peut apparaître comme un vecteur d'informations potentiellement précieuses, étant donné la surreprésentation statistique des membres de certains groupes définis sur une base ethno-raciale parmi les auteurs de certaines infractions. Ainsi, en 2013, alors que les Noirs représentaient 15% de la population américaine, ils faisaient néanmoins l'objet de

⁶ Claude Lévi-Strauss, Didier Eribon, *De près et de loin*, Paris, Odile Jacob, 1988, p. 208.

38% des arrestations pour attaque à main armée et de 59% des arrestations pour vol. Même en tenant compte de la distorsion induite par la tendance probable des policiers à procéder plus facilement à une arrestation lorsque le suspect est identifié comme « Noir », l'ampleur de la disproportion demeure considérable. Il est donc assez peu surprenant que les individus particulièrement vulnérables à ce type de dangers du fait de la profession qu'ils exercent aient tendance à intégrer systématiquement le facteur racial à leur évaluation du risque encouru dans le cadre de leur activité. Tel est bien ce que suggèrent, par exemple, les résultats de l'enquête réalisée en 1994 à l'initiative du *Lawyers' Committee for Civil Rights*, d'après lesquels environ un tiers des chauffeurs de taxi de la ville de Washington auraient pour habitude de ne pas s'arrêter au signal d'un homme noir d'allure relativement jeune, et ce indépendamment de leur propre couleur de peau.

Cela dit, le caractère partiellement « rationnel » de la discrimination probabiliste, qui conduit à établir entre elle et d'autres types de comportements discriminatoires une distinction sociologiquement pertinente, ne signifie pas pour autant qu'il faille la considérer comme moralement justifiable – ni, a fortiori, comme légale. En effet, cette discrimination demeure profondément injuste envers l'immense majorité des membres du groupe stigmatisé, qui, en l'espèce, ne présentent évidemment pas le trait stéréotypiquement associé à la propriété immuable qui les réunit indépendamment de leur volonté. Toutefois, il faut bien admettre que la prohibition de la discrimination probabiliste, en définitive, ne peut se fonder que sur un jugement *politique* affirmant l'inadmissibilité intrinsèque de ce type de prise en compte du facteur racial par les pouvoirs publics au regard de la nécessité de préserver le niveau de cohésion sociale indispensable à la stabilité d'une société démocratique, *en dépit de sa possible efficacité dans le domaine considéré.*

La discrimination positive: essai de typologie

Dans son acception la plus large, la **discrimination positive** (en anglais, *affirmative action*) désigne l'ensemble des politiques de répartition des biens sociaux – emplois, marchés publics, admissions dans les établissements d'enseignement supérieur à caractère sélectif, droits de propriété foncière, licences d'exploitation, etc. – prenant en compte l'appartenance à un groupe désigné afin d'accroître la proportion des membres de ce groupe dans la population de référence, où ledit groupe se trouve statistiquement sous-représenté en partie du fait de la discrimination antérieure et/ou actuelle exercée à son encontre. Présentes dans un grand nombre de pays (États-Unis, mais également Canada, Royaume-Uni, Inde, Nigéria, Malaisie, Afrique du Sud, Brésil...), les mesures en question peuvent être distinguées les unes des autres suivant *l'identité de leurs bénéficiaires présumés* (collectivités définies par un critère ethno-racial, d'origine nationale, de religion ou de caste lui-même corrélé à un relatif désavantage de nature socio-économique, femmes, handicapés...); leur *forme* plus ou moins contraignante – soit le degré de rigidité des instruments utilisés (quotas ou simples « objectifs assortis d'un échéancier »); leur *fondement juridique* (constitutionnel, législatif, jurisprudentiel...); leur *champ d'application* (limité ou non au secteur public); enfin, et au-delà de leur objectif immédiat d'accroissement de la proportion des membres des groupes marginalisés dans l'ensemble des détenteurs de certaines positions valorisées, leur *finalité ultime* – plus ou moins étroitement associée à un idéal d'intégration sociétale –, telle qu'inférable de l'observation de leurs modalités comme des justifications formulées à leur propos. Dans tous les cas, elles ont toutefois pour point commun de contrecarrer des pratiques profondément ancrées dans le tissu social qui contribuent à la reproduction des inégalités même en l'absence d'une discrimination intentionnelle. Elles se caractérisent également par le fait que les groupes qui en bénéficient sont ceux dont l'existence est indépendante de la volonté des individus qu'ils rassemblent et dont *l'image publique* exerce sur l'expérience sociale et l'identité subjective de ces derniers l'influence la plus forte. Mais les programmes en question varient également suivant l'étendue et le caractère plus ou

moins explicite de la prise en compte du facteur racial. À cet égard, trois formes d'*affirmative action* peuvent être distinguées:

- 1) **L'action positive**, soit l'ensemble des dispositions spécifiquement destinées à susciter une augmentation du nombre de *candidats* issus des groupes visés à une position donnée (diffusion d'offres d'emploi dans les organes de presse dont ils constituent la majorité du lectorat, mise en place de programmes de formation professionnelle à leur intention, effort de recrutement accru dans les zones géographiques où ils se trouvent concentrés), la prise en considération du facteur ethno-racial (par exemple) par l'autorité décisionnelle intervenant uniquement, de manière ponctuelle et localisée, à l'étape antérieure à celle de la sélection proprement dite.
- 2) La **discrimination positive** au sens strict, soit l'ensemble des dispositions accordant aux membres des groupes visés un avantage dans la répartition de biens rares à l'étape de la sélection elle-même dans des domaines comme l'emploi, l'attribution de marchés publics et l'admission dans les établissements d'enseignement supérieur à caractère sélectif. Dans ce cas, c'est (par exemple) l'*identification raciale* 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 par rapport à une éventuelle norme de non-prise en compte des catégories raciales, d'une part, au principe méritocratique, d'autre part, alors même que ce dernier, censé être en vigueur dans deux des trois domaines susmentionnés (emploi et admission à l'université), demeure perçu comme intrinsèquement juste par une nette majorité de la population de la plupart des États occidentaux.
- 3) La **discrimination positive indirecte**, soit l'ensemble des mesures formellement neutres mais en réalité conçues pour opérer à l'avantage des membres des groupes visés, c'est-à-dire adoptées en raison de l'anticipation par le décideur de leur impact positif disproportionné sur ces derniers. Ces mesures pourraient être qualifiées de discrimination indirecte si la distribution de leurs effets sur les différents groupes en présence était l'inverse de ce qu'elle est. On a donc affaire à une *stratégie de substitution* selon laquelle une procédure de répartition formellement neutre sous l'angle considéré – celui de l'égalité entre groupes définis sur une base ethno-raciale – mais dont les conséquences ne le sont pas a été choisie au moins pour partie en raison de ses conséquences anticipées, dans un contexte où la visée directe et ostensible desdites conséquences est tenue pour illégale et/ou illégitime et présente donc aux yeux du décideur un caractère excessivement risqué. Dans ce cas, ce qui se donne à voir comme un *effet dérivé* de l'utilisation du critère d'allocation retenu constitue en fait la ou l'une des raisons véritables de son adoption par l'instance décisionnaire.

Une fois cette typologie posée, l'hypothèse que je serais tenté de soutenir est que l'on observe aujourd'hui une convergence entre les trajectoires françaises et américaines, convergence qui s'opère notamment autour de la diffusion de formes de discrimination positive indirecte.

Au premier abord, cette convergence présente un caractère paradoxal. La tendance dominante du discours public des deux côtés de l'Atlantique – mais en France tout particulièrement – consiste en effet à réaffirmer inlassablement l'opposition entre le « modèle républicain », qui serait caractéristique de la conception française de la citoyenneté, et le soi-disant « communautarisme » états-unien, voire « anglo-saxon », dont il est toujours tentant et souvent efficace de brandir le spectre à des fins rhétoriques. De fait, cette opposition n'est évidemment pas dénuée de fondement. Il existe des différences objectives de grande

importance entre les modèles américain et français, notamment pour ce qui concerne la légitimité et la légalité de l'usage de classifications ethnoraciales par les pouvoirs publics et, plus généralement, la validité de la « race » en tant que catégorie descriptive.

Sur le plan juridique en particulier, le contraste est on ne peut plus tranché. Aux États-Unis, le texte du Quatorzième Amendement à la Constitution adopté en 1868 consacre le principe d'égalité sans trancher la question de l'admissibilité des classifications raciales. En revanche, en France, l'article premier de la Constitution 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* ». Est donc d'emblée illégale toute forme de discrimination positive qui serait ouvertement fondée sur l'identité ethnoraciale de ses bénéficiaires – comme l'est l'*affirmative action* américaine.

Par ailleurs, à cette limite imposée à l'*action* des pouvoirs publics correspond le fait que, dans le *discours* commun, la délégitimation du racisme a entraîné en France une disqualification de la « race » en tant que catégorie descriptive. Ce n'est nullement le cas aux États-Unis, où le terme « race » est toujours employé aujourd'hui, même si son sens a évolué : dans la plupart des cas, il ne renvoie plus à une classification des êtres humains en sous-ensembles biologiquement distincts et hiérarchiquement ordonnés dont la validité serait communément admise ; il désigne plutôt, de manière elliptique, les groupes qui ont été victimes dans le passé de la discrimination la plus systématique sur le fondement d'un racisme à prétention scientifique qui désormais est largement discrédité mais dont les effets demeurent perceptibles. En France, en revanche, parce que la notion de « race » n'a pas été détachée de ses connotations biologisantes, appliqué à des groupes humains, le terme n'est utilisé que dans des contextes particuliers et très peu nombreux : il l'est occasionnellement par la frange la plus radicale de l'extrême-droite, par les spécialistes de l'histoire et de la sociologie du racisme et, à l'occasion, par le constituant ou par le législateur – mais uniquement pour interdire toute distinction sur cette base. Le résultat est que l'imbrication entre le rejet des *discriminations* et l'hostilité ou la méfiance envers le principe même de la *classification* raciale des individus par les pouvoirs publics – quelle que soient ses finalités –, cette imbrication demeure nettement plus prononcée en France qu'outre-Atlantique. Bref, mon propos ici n'est pas de nier ou de relativiser les différences entre les conceptions du social et du politique qui sous-tendent en partie les pratiques observées aux États-Unis et en France, mais plutôt de souligner et éventuellement d'interpréter l'existence d'une convergence sectorielle observable en dépit de ces différences, du moins pour ce qui concerne l'accès aux établissements d'enseignement supérieur d'élite. Plus précisément, la convergence la plus manifeste est la convergence des *discours de justification* des dispositifs, où désormais l'invocation des vertus de la « diversité » prédomine de part et d'autre de l'Atlantique. Mais l'on observe aussi une convergence *au niveau de la structure même des dispositifs*. Dans les deux cas, *de manière plus ou moins explicite*, le facteur territorial est pris en compte en vue de réduire les inégalités entre des groupes définis sur une base ethno-raciale, dans une perspective qui relève au moins pour partie de la discrimination positive indirecte.

Cette logique substitutive est particulièrement nette dans le cas du Texas. Dans cet État, l'élimination des programmes d'*affirmative action* et le déclin de la proportion d'étudiants noirs et hispaniques dans les meilleures universités qui en a résulté dans la seconde moitié des années 1990 ont immédiatement été suivies de *mesures palliatives* imposant aux établissements d'enseignement supérieur public l'obligation d'admettre en première année tous les diplômés de l'enseignement secondaire les mieux classés à l'échelle de leur lycée d'origine. En pratique, la relation de *substitution* était rendue possible par la ségrégation de fait du système d'enseignement secondaire. Au Texas, cette ségrégation – qui est le reflet de la ségrégation résidentielle – est suffisamment forte pour que subsiste un nombre important de lycées dont pratiquement *tous* les élèves sont noirs ou hispaniques, y compris

donc les meilleurs d'entre eux, qui se voient alors automatiquement admis à l'université bien que leurs résultats aux épreuves de sélection en vigueur soient globalement inférieurs à ceux de leurs concurrents directs issus de lycées mieux dotés. Cette nouvelle forme de discrimination positive est *indirecte*, puisque la procédure, qui, *ex post*, se trouve avoir un effet globalement positif sur les Noirs et les Hispaniques, réserve pourtant un traitement strictement identique aux membres des différents groupes définis sur une base ethnoraciale. Mais elle est aussi *intentionnelle*, dans la mesure où cet effet prévisible du dispositif constituait bien, en réalité, la raison principale de son adoption: à l'évidence – et de manière quelque peu paradoxale –, l'objectif poursuivi était de faire remonter la proportion d'étudiants noirs et hispaniques dans les universités publiques les plus sélectives tout en minimisant la visibilité de la prise en compte du facteur racial. L'objectif a été largement atteint, d'autant que ce dispositif indirect s'est doublé d'une redéfinition du « mérite » globalement favorable aux candidats noirs et hispaniques non admissibles en vertu du quota des 10%, puisque le mérite est désormais censé être évalué à la lumière de l'ampleur des désavantages surmontés par les postulants, lesquels désavantages sont eux-mêmes définis par des indicateurs assez étroitement corrélés à l'identité raciale.

Côté français, comme on l'a vu, l'interdiction de toute différence de traitement en fonction du critère racial est beaucoup plus ancienne, et elle a pour conséquence que les problèmes qualifiés d'« ethniques » par la sociologie américaine sont généralement abordés à travers le prisme territorial. La discrimination positive « à la française » ne redistribue pas les avantages selon la « race » ou l'origine mais selon le lieu de résidence : les habitants d'une zone classée comme désavantagée, telles les Zones d'éducation prioritaires (ZEP), sont supposés tirer profit du surcroît de financement public accordé à cette zone. Or l'un des principaux « critères d'ordre social et démographique » utilisés pour définir les ZEP est la proportion d'élèves de nationalité étrangère, ce qui suggère que la discrimination positive officiellement fondée sur le classement des territoires vise *partiellement, indirectement et implicitement* des groupes qui, aux États-Unis, seraient répertoriés comme des minorités « ethniques » ou « raciales », à commencer par les personnes issues de l'immigration extra-européenne. Dans le cas de Sciences Po, l'existence d'une telle stratégie de substitution semble confirmée par le profil des bénéficiaires de la filière d'admission parallèle instituée en 2001 pour « diversifier » et « démocratiser » la population étudiante. Si le recrutement cible officiellement tous les élèves de lycées partenaires classés en ZEP, en 2012, le fait est que plus des deux tiers des étudiants admis par cette voie avaient au moins un parent immigré et né au Maghreb ou en Afrique subsaharienne.

Conclusion

En guise de conclusion, je voudrais souligner qu'une différence de taille subsiste entre les deux cas ici examinés. En France, la discrimination positive indirecte reste généralement implicite et inavouée. Aux États-Unis, en revanche, même si les tribunaux du Texas ont prohibé l'*affirmative action* de 1996 à 2003 en interdisant l'usage du critère racial pour l'admission ou le rejet des candidats, selon la formule de l'économiste Glenn Loury, ils n'ont pas interdit pour autant « l'utilisation intentionnelle d'un substitut approximatif de la race *publiquement* adopté dans le but d'atteindre un résultat similaire ... ». Dans ce cas, les stratégies de substitution sont ouvertement reconnues comme telles. En France, le détour opéré tend lui-même à faire l'objet d'une dissimulation, parce que ce qui est sujet à controverse, ce ne sont pas seulement les modalités de réalisation de l'objectif de promotion de la diversité ethnique; c'est l'existence même de cet objectif. C'est là certainement l'une des principales limites de la convergence observée.