



**Sabbagh, Daniel. L'égalité par le droit, les
paradoxes de la discrimination positive aux Etats-
Unis**

Paris, Economica, collection « Etudes Politiques », 2003 [2007], 458 p.

Laure Gillot-Assayag



Éditeur
David Diallo

Édition électronique

URL : <http://rrca.revues.org/799>

ISSN : 2101-048X

Référence électronique

Laure Gillot-Assayag, « Sabbagh, Daniel. L'égalité par le droit, les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis », *Revue de recherche en civilisation américaine* [En ligne], Book review, mis en ligne le 23 janvier 2017, consulté le 23 janvier 2017. URL : <http://rrca.revues.org/799>

Ce document a été généré automatiquement le 23 janvier 2017.

© Tous droits réservés

Sabbagh, Daniel. L'égalité par le droit, les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis

Paris, Economica, collection « Etudes Politiques », 2003 [2007], 458 p.

Laure Gillot-Assayag

RÉFÉRENCE

Sabbagh, Daniel. *L'égalité par le droit, les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*. Paris, Economica, collection « Etudes Politiques », 2003 [2007], 458 p.

- 1 Les débats sur l'*affirmative action* n'ont rien perdu de leur véhémence aux Etats-Unis. En témoigne le très récent procès *Fisher v. University of Texas*. Abigail Fisher, étudiante blanche, avait été refusée à l'entrée de l'université du Texas d'Austin en 2008. Elle avait attaqué l'université car elle considérait être pénalisée par le programme d'*affirmative action*. Selon elle, ce dernier contrevenait au principe d'égalité ancré dans la Constitution. Depuis 1997, le Texas avait en effet créé un *Top Ten Percent Plan* qui garantissait automatiquement une place à l'université du Texas aux élèves classés dans les dix premiers pourcents de leur classe.
- 2 Les arguments présentés au cours du procès par les différentes parties témoignent des oppositions fondamentales entre les tenants de l'*affirmative action* et ses détracteurs. Ainsi, le conservateur Antonin Scalia, juge de la Cour Suprême jusqu'en 2016 et farouche opposant de l'*affirmative action*, avança l'idée que l'*affirmative action* était contre-productive ; elle nuirait, selon lui, à la réussite des minorités en les obligeant à suivre des cours d'un niveau trop élevé dans un environnement compétitif alors que leurs résultats seraient supérieurs dans de moins bonnes écoles à l'atmosphère plus détendue (*mismatch*

theory). L'avocat de l'université du Texas, Gregory Garre, souligna au contraire que la solution n'était pas de réserver aux minorités des écoles d'un niveau inférieur et qu'Abigail ne se trouvait pas dans les dix premiers pourcents de sa classe, comme stipulé par la législation. Il précisa également que de nombreuses études démontraient une réduction de la diversité de fait lorsque les programmes raciaux étaient abandonnés aux Etats-Unis. La Cour donna finalement raison en 2016 au programme d'*affirmative action* de l'université, en assortissant cependant le jugement de précautions oratoires. Le juge Kennedy insista en ce sens sur le besoin d'équilibrer les demandes de diversité avec le traitement égal promis par la Constitution. Ce sont précisément les stratégies discursives favorables ou défavorables à l'*affirmative action* qui sont l'objet du livre de Sabbagh. Comment formuler la nécessité de ces programmes dans une société qui se revendique aveugle aux différences raciales (*colorblind society*) ? Paru il y a quelques années déjà, l'ouvrage a donc conservé toute sa pertinence pour comprendre l'actualité des débats sur l'*affirmative action* aux Etats-Unis.

- 3 A l'époque où Daniel Sabbagh, désormais directeur de recherche du CERI à Sciences Po, publie *L'Egalité par le droit : les paradoxes de la discrimination* (2003), l'action positive (ou *affirmative action*) ne fait pas l'objet d'une investigation scientifique en France. Ce livre, issu de sa thèse de sciences politiques, dépasse le constat simpliste qui chercherait à identifier l'*affirmative action* à une variable institutionnelle du communautarisme. Publié aux éditions *Economica*, dans la collection « études politiques », traduit en anglais en 2007 sous la forme d'une version augmentée, l'essai se trouve au croisement de la sociologie du droit et de l'histoire des idées.
- 4 Sabbagh entreprend d'analyser les facettes de ce phénomène extrêmement paradoxal, dont la date de naissance est traditionnellement fixée dans les années 1960. Pourtant, selon Sabbagh, les politiques d'*affirmative action* sont l'aboutissement d'une longue histoire politique et jurisprudentielle américaine, qui remonte à l'affaire Dred Scott (1857) et au Treizième amendement. Quelle est la généalogie des pratiques et des discours de légitimation de l'*affirmative action* ? Quels sont les facteurs endogènes et exogènes qui expliquent les décisions de justice et la formulation d'une telle politique ? Quel est le rapport entre discrimination positive, migration et multiculturalisme ? Sabbagh cherche à tester la validité de l'hypothèse suivante : l'homogénéisation et l'exigence d'abstraction inhérente à la qualification juridique rend difficile la formulation d'une irréductible singularité liée au désavantage des Noirs ou d'autres minorités. Cette difficulté du droit à dire et statuer sur la discrimination induit des stratégies d'énonciations implicites ou de dissimulation.
- 5 Une introduction permet à Sabbagh de définir ce qu'il entend par *affirmative action*, soit « l'ensemble des dispositions, de nature publique ou privée, adoptées pour la plupart à partir de la fin des années 60 à l'initiative de différents organes de l'appareil administratif fédéral qui octroient aux membres de divers groupes définis suite à un processus d'*assignation identitaire* –et ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire d'ampleur variable- un *traitement préférentiel* dans la répartition de certaines ressources rares, génératrices de gratifications matérielles et symboliques » (p. 2-3). Cette définition générale met en jeu plusieurs notions (traitement préférentiel des individus définis par assignation identitaire discriminatoire) et doit être enrichie par la distinction entre deux types d'*affirmative action* liés à un contexte historique. D'une part, l'*affirmative action* des années 1960 correspondant à une acte antidiscriminatoire visant à augmenter le nombre de candidat noirs dans l'attribution des marchés publics et l'emploi

; d'autre part, la politique d'*affirmative action* des années 1970 qui est la différenciation par un mode de sélection, notamment pour les admissions à l'université. Un état de l'art sur la notion d'*affirmative action* lui permet de placer sa démarche à la fois en continuité et en rupture avec les travaux précédents, classés en plusieurs catégories : les ouvrages descriptifs, sociologiques, les études quantitatives d'économistes, les réflexions spéculatives et normatives à dimension philosophique, et les études comparatives. Son analyse se distingue des études précédentes, dans la mesure où l'objet de son livre est d'analyser les rapports complexes entre le droit, la politique et le monde social, et les répercussions du droit dans l'univers extra-juridique. Sabbagh qualifie lui-même cette méthode comme l'étude de « la juridicisation du politique et la politisation du droit » (p. 7).

- 6 La première partie du livre retrace la genèse de l'*affirmative action*, en suivant son évolution politico-administrative. Sabbagh rappelle brièvement l'ordonnement particulier du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis, comme la tradition de la *common law*, le système de jurisprudence dépendant de la règle du précédent, la multiplicité des instances juridictionnelles, et le rôle de la Cour Suprême. Inversant un récit dominant et canonique, il montre ainsi que le *Civil Rights Act* de 1964 n'est que l'aboutissement d'une longue histoire qui émerge avec le Treizième amendement (1865) qui abolit l'esclavage et les *Civil Rights Cases* (1883), qui interdit la discrimination par les individus et les organisations plutôt que par l'Etat. Ces derniers marquent l'éloignement de la Cour Suprême par rapport aux amendements de la Reconstruction et la réactivation du clivage entre autorités fédérales et fédérées. C'est cependant dans les années 1940 que le pouvoir judiciaire mène une offensive indirecte contre les pratiques discriminatoires. Le principe d'adoption d'une norme antidiscriminatoire applicable au secteur privé est cependant très controversé, dans la mesure où elle va à l'encontre de l'autonomie locale, chère à l'idéologie libérale américaine.
- 7 Ce tournant des années 1940 s'explique par des facteurs endogènes aussi bien qu'externes, le plus massif étant la participation américaine à la Seconde Guerre mondiale. Le combat contre le nazisme conduit en effet le gouvernement à mettre l'accent sur l'idéal démocratique et égalitaire, dont l'effet est visible par la multiplication des *Executive Orders* sur les droits civiques. Pourtant, l'implication américaine dans la guerre n'a pas pour effet de marquer la disparition de l'idée de la supériorité de la race blanche anglo-saxonne – simplement, les processus de discrimination et subordination des afro-américains deviennent un enjeu de politique étrangère jusqu'à la Guerre Froide. Contre une lecture triomphaliste de la prise de conscience des injustices raciales, Sabbagh rappelle que les *Executive orders* (par exemple l'*Executive Order* de 9381 du président Harry S. Truman sur l'abolition de la ségrégation dans les forces armées) procèdent surtout de calculs politiques pragmatiques à court terme – capter les suffrages de l'électorat noir dans les Etats du Nord- et sont souvent adoptés sous la pression des organisations noires.
- 8 Certes le *Civil Rights Act* du président Lyndon D. Johnson (2 juillet 1964) est un événement fondateur, car il interdit aux entreprises de secteur public de refuser d'embaucher ou de licencier en raison de la race, couleur, religion, le sexe ou l'origine nationale, et la loi est étendue en 1972 par l'*Equal Employment Opportunity Act* aux entreprises de 15 à 25 salariés. Cependant, la question afro-américaine n'est pas désignée dans sa spécificité, puisqu'elle est d'emblée mise sur le même plan que la discrimination en fonction du sexe, un amendement ajoutée in extremis par Howard Smith, afin de garantir l'universalité de la formulation du droit.

- 9 Sabbagh donne deux explications possibles pour comprendre la genèse de cet acte et plus globalement des politiques d'*affirmative action* des années 1970 : elles correspondent soit à la logique d'urgence des émeutes raciales américaines (notamment les émeutes de Watts en 1965), et font de l'*affirmative action* un moyen de préservation d'un ordre libéral menacé. Ou bien, elles ont une dimension conservatrice et résulteraient d'un compromis entre les membres de classe moyenne des élites blanches et des dirigeants des organisations noires et hispaniques. Sabbagh préfère la première explication à la seconde, car les émeutes noires dévoilent au contraire le déclin de l'autorité des leaders de ces mouvements. Pour Sabbagh, les innovations de l'*affirmative action* sont donc motivées par la préservation pragmatique de la paix civile.
- 10 Sabbagh analyse ensuite la remise en cause de la politique d'*affirmative action*, qui suit trois phases successives : la première est l'adoption par la Cour Suprême de 2 décisions charnières, *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (1973) et *Washington v. Davis* (1976). La deuxième phase est l'échec des premières offensives sous Ronald Reagan, tandis que la troisième est le démantèlement partiel de la discrimination positive sur les marchés publics et l'admission aux enseignements supérieurs dans les années 1990. Pour les six Etats où la discrimination positive est démantelée (Texas, Mississipi, Louisiane, Californie, Washington, Floride), on assiste systématiquement à un déclin spectaculaire du nombre de noirs et d'hispaniques, une réduction à la fois du taux d'admission et de leur taux d'inscription effective. En ceci, l'*affirmative action* semble avoir des effets positifs, au moins sur le court terme et la suppression des programmes d'*affirmative action* est prise par les minorités comme une manifestation d'hostilité à leur égard.
- 11 Le chapitre 2 retrace alors la généalogie du principe de *colorblindness*, qui est une clef d'explication pour comprendre l'inachèvement des politiques d'*affirmative action*. Le Quatorzième amendement marque le début d'une clause de non prise en compte des catégories raciales. Cependant le maintien de la ségrégation scolaire est parfaitement compatible avec cette clause d'égalité de protection, car la conception dominante est l'idée selon laquelle les races doivent recevoir des modes d'éducation différenciés, étant donné que les facultés sont inégalement réparties selon les races. Le *Freedmen's Bureau* (1865-1872) est un antécédent partiel de l'*affirmative action* : dispositif d'assistance destiné aux esclaves récemment libérés, il permet la création d'établissements d'enseignement à leur intention, et des mesures protectrices justifiées par leur exclusion des noirs du corps électoral dans les Etats de la Confédération. Le Quinzième amendement, garantissant le droit de vote aux anciens esclaves, marque donc logiquement la fin du *Freedmen's Bureau*.
- 12 *Plessy v. Ferguson* (1896) est l'acte de naissance de la *colorblindness* : il est alors déclaré que la Constitution est aveugle à la couleur de peau. La Cour, influencée notamment par le Juge Harlan, rend son jugement sur la base de « *separate but equal* » : les Etats sont autorisés à imposer par la loi des mesures de discrimination raciale, comme l'assignation des passagers noirs à des emplacements isolés. Cet événement conduit pas à pas les organisations noires à adopter un virage argumentatif majeur puisqu'elles passent de la dénonciation des inégalités à la dénonciation de la constitutionnalisation progressive d'une norme de *colorblindness*. Pourtant, Sabbagh remarque avec subtilité la désignation d'éléments fondateurs, présentés comme archétypes de la décision juste, comme le mythe de *Brown v. Board of Education*, déclarant la ségrégation raciale inconstitutionnelle dans les écoles publiques, a un moindre intérêt. En revanche, la réelle question est celle de la détermination du rapport exact entre *Plessy* et *Brown v. Board of Education*. Le fait que la

Cour prenne délibérément le parti de ne pas se prononcer sur la validité originelle de *Plessy* illustre le compromis tacite des juges pour éviter que *Brown* soit perçu comme une condamnation du mode de vie des Blancs du Sud.

- 13 Sabbagh élargit également la perspective de l'*affirmative action* au-delà de la sphère du droit proprement dite. En ceci, il ne fait pas fi du déterminant idéologique, c'est-à-dire la cristallisation du racisme aux Etats-Unis dans la seconde moitié du XIX^e. La compatibilité apparemment paradoxale entre le principe d'égalité civile du Quatorzième amendement et de la ségrégation raciale procède de la conviction que les classifications raciales sont raisonnables. Sabbagh souligne très justement que l'abolition de l'esclavage n'induit pas la destruction de l'idée selon laquelle blancs et noirs sont inégaux. Les dirigeants américains (Jefferson, Grant) ont eux-mêmes poussé à l'émigration des noirs, bien que cette tendance séparatiste soit également présente chez certains leaders noirs dès les années 1850 (Martin Delany, Alexander Crummell, et plus tard le panafricain Marcus Garvey). La racialisation du nativisme en 1880 influence également le domaine de l'immigration et la politique étrangère, notamment lors de la guerre hispano-américaine (avril-août 1898), puisque l'*affirmative action* concerne également les étrangers et les immigrants qui peuvent également profiter de ces programmes destinés au départ à venir en aide aux noirs américains.

Après *Brown*, la déracialisation de l'action publique est laissée délibérément inachevée. Sabbagh nuance son avis, en indiquant que l'inachevé n'est pas synonyme de déficience. En vertu de l'exigence de désingularisation et d'universalité qui définit le juridique, le *colorblindness* met en œuvre une représentation déshistoricisée de la race, conçue comme un élément superficiel, réduite à une apparence. Or, la discordance entre la race comme apparence et race comme statut explique la complexité des discours de justification de l'*affirmative action*, une difficulté explicitée dans le chapitre 3.

- 14 Sabbagh montre à cette occasion comment l'*affirmative action* est présentée comme une compensation restauratrice ou une justice correctrice (*corrective justice*) pour remédier à un défaut de symétrie, de proportionnalité et reconnaître une responsabilité de la société (*accountability*). Pourtant, l'*affirmative action* est conçue comme une mesure transitoire destinée à accélérer l'égalisation des conditions entre noirs et blancs. Au paradigme de la compensation succède le paradigme de la diversité, moins vulnérable à l'objection de l'inéquité de la répartition des avantages, suite aux plaintes des personnes lésées au début des années 1970. Par exemple, lors de *Regents of the University of California v. Bakke*, Allan P. Bakke est refusé d'admission dans une école de médecine. Le juge Lewis F. Powell confirme que l'*affirmative action* est autorisée dans la Constitution et le Civil Rights Act, mais initie la fin des quotas pour les minorités à UC Davis.
- 15 Le chapitre 4 explore les stratégies de légitimation de l'*affirmative action* –sa différence avec le chapitre 3 est cependant peu marquée et peu justifiée. Pour Sabbagh, la difficulté de l'énonciation publique pour les partisans du dispositif est l'exigence de neutralité du discours juridique. L'objectif de déracialisation qui commande à sa mise en place est susceptible d'être entravée par des effets pervers, tels que la stigmatisation des bénéficiaires, l'intériorisation répétée par les minorités des déficiences expliquant l'adoption d'un régime d'exception en leur faveur. L'implicite des stratégies liées à l'*affirmative action* est la dimension antiméritocratique, délibérément peu mentionnée dans les discours en faveur de l'*affirmative action*. Sabbagh recense ensuite les différentes stratégies de soutien argumentatif à l'*affirmative action*.

- 16 La première justification est la thèse de Ronald Dworkin, philosophe et juriste américain, qui propose une approche conséquentialiste et stratégique de l'affirmative action conçue un instrument plus ou moins efficace de déracialisation de la société américaine. La seconde justification pourrait être le versant manipulateur et antilibéral de la thèse de Dworkin : l'*affirmative action* permettrait de modeler les perceptions réciproques des blancs et des noirs, une meilleure régulation des rapports interraciaux et la destruction des stéréotypes. S'il a été prouvé par des études que la mise en contact d'étudiants blancs et noirs entraîne la réduction des stéréotypes raciaux, cette vision utilitariste de la discrimination positive dépersonnalise les individus et en fait des moyens de renforcer une action de l'Etat, selon Sabbagh. La troisième justification est d'ordre psychologique : catalyseur, l'*affirmative action* permettrait de rehausser le niveau d'attente et d'aspiration des Noirs américains, qui peuvent alors évaluer les probabilités d'ascension sociale. Si la justification conséquentialiste a sa préférence, Sabbagh ne cache pas les difficultés de perversion de ce système de justification, autant qu'il montre la difficulté à délimiter exactement une communauté, qu'il s'agisse des bénéficiaires de l'affirmative action, ou de la majorité blanche dont les références souvent accusatoires impliquent nécessairement une simplification réificatrice.
- 17 Comment ménager l'amour propre des bénéficiaires d'un dispositif nécessaire, quand la récurrence des indices socio-économiques indique une précarité certaine des Noirs américains ? Comment allier l'indispensable diversification du curriculum obtenue de haute lutte par les mouvements étudiants minoritaires des années 1960 pour former les *ethnic* et les *women studies* et les remarques sur la fragmentation et la spécialisation induite de l'enseignement ? Dans un dernier temps, Sabbagh souligne l'apport de la pensée de l'historien David Hollinger, qui remet en cause l'extension abusive d'une nomenclature raciale destinée à un domaine civilisationnel trop éloigné. Hollinger interroge également à nouveaux frais la confusion tendancielle entre race et culture, qui suppose une vision réductrice de la culture et obscurcit la logique de l'action antidiscriminatoire. Sabbagh conclut son propos en rappelant les mesures prises pour contrecarrer le déclin du nombre d'étudiants noirs et hispaniques après la jurisprudence *Hopwood v. Texas*, première réussite légale de contestation du système d'affirmative action après *Bakke*. Ainsi, des assemblées, comme au Texas, ont imposé l'obligation de prendre à l'université tous les diplômés de l'enseignement secondaire qui figuraient dans les 10% d'élèves mieux classés à l'échelle de l'établissement d'origine ce qui a accru effectivement le pourcentage d'étudiants noirs et hispaniques.
- 18 L'intérêt du livre de Sabbagh est de replacer les débats de l'*affirmative action* dans la longue durée de l'histoire juridique et politico-administrative, sans tomber dans l'ornière morale de la condamnation ou de l'éloge, un travers courant des discours sur l'*affirmative action*. Sabbagh arrive ainsi à déployer la complexité de ce sujet extrêmement polémique qu'est l'*affirmative action* pour conserver un discours rigoureusement scientifique. Sa connaissance des arrêts et des procès est particulièrement fine et témoigne d'une maîtrise du système juridique américain. Son analyse sur l'injonction paradoxale constituée par la *colorblindness* est particulièrement pertinente et subtile : à partir de textes philosophiques sur la phénoménologie de la conscience de soi, comme ceux de Jon Elster, il montre que l'absence d'intentionnalité revendiquée par le concept de *colorblindness* contredit l'intentionnalité du désir de faire advenir un état aveugle aux différences raciales, semblable en cela à l'« effort attentif d'indifférence » paradoxal dont parle également Erving Goffman (Goffman 1975, p. 57). Le recours à plusieurs méthodes

d'analyses et disciplines (sociologie du droit, études quantitatives, philosophie) lui permet d'élaborer une argumentation extrêmement riche et d'orienter son discours en un sens inédit, c'est-à-dire questionner les tentatives d'occultation juridique de l'*affirmative action*.

- 19 Cependant, il est regrettable que la *colorblindness* soit présentée comme une norme progressivement institutionnalisée par la Constitution, mais que cette affirmation ne soit pas prouvée ou précisée. La *colorblindness* est-elle un terme né dans un discours populaire ou a-t-elle été l'œuvre de juristes ou de spécialistes tels Daniel P. Moynihan, comme Sabbagh semble le suggérer ? Comment et par qui s'est opéré ce passage entre différentes sphères ? Peut-on affirmer avec évidence que la *colorblindness* a une signification similaire entre l'arrêt *Plessy v. Ferguson*, qui est son avènement, et la *colorblindness* de l'époque contemporaine ? D'autre part, les dissensions entre minorités sur l'*affirmative action* (par exemple entre les *Asian Americans* qui considèrent en payer le coût au prix fort et les hispaniques ; entre les femmes blanches de classes moyenne et les hommes blancs, dont la moyenne aux examens d'entrée des universités est majorée pour permettre un ratio homme-femme plus équilibré) ne sont que mentionnées.
- 20 Il apparaît enfin que l'hypothèse initiale est présentée comme un argument, alors qu'elle est selon nous peu convaincante voire contradictoire : le droit américain, ou *common law*, est plus que tout autre système juridique un droit jurisprudentiel, c'est-à-dire qui fait de singularité, par la règle du précédent, une institution normative. En ceci, la distinction opérée par Sabbagh entre jugement sociologique particularisant et exigence formelle d'universalité du discours juridique n'est pas un « obstacle » à la formulation de l'*affirmative action*, mais le fonctionnement même de toute décision juridique. Cette tension entre universalité et singularité du jugement n'est pas une *opposition*, ni même une contradiction logée au cœur du droit comme le sous-entend Sabbagh, mais bien la *condition de possibilité* du rendu d'un jugement. Malgré cette affirmation qui aurait mérité une plus grande précision, le livre de Sabbagh rappelle avec intérêt que le rôle de la politique est la distribution des coûts et des bénéfices sociaux, et confirme l'importance de l'*affirmative action* dans le contexte étatsunien, en dévoilant aussi ses limites et ses non-dits.

BIBLIOGRAPHIE

Goffman, Erving. 1975. *Stigmate : les usages sociaux des handicaps* (Paris: Editions de Minuit)

AUTEURS

LAURE GILLOT-ASSAYAG

Science Po, Ecole Doctorale d'histoire