



GROUPE DES BELLES FEUILLES

Atelier débat du 25 novembre 2007

## LA DISCRIMINATION POSITIVE

**Gwenaëlle Calvès et Daniel Sabbagh**

Les invités :

**Gwénéle Calvès** est professeur de droit public à l'université de Cergy-Pontoise. Elle co-anime avec Daniel Sabbagh le groupe de recherche « politiques antidiscriminatoires » dans le cadre du Centre d'Etudes et de recherches internationales. Elle a publié, notamment, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis* (LGDJ, 1998), *Les politiques de discrimination positive* (La Documentation française, 1999) et *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration* (La documentation française, 2005). Elle est également directrice scientifique du Centre d'analyse stratégique.

**Daniel Sabbagh** est chargé de recherches au Centre d'études et de recherches internationales (CERI- Science-Po), enseignant associé à l'Institut d'études politiques de Paris et à l'Université Paris I, co-rédacteur en chef de *Critique internationale* et co-animateur des groupes de recherches « Politiques antidiscriminatoires » et « Recherches et études sur la société américaine contemporaine ». Il est l'auteur de *L'Egalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis* (Paris, Economica, 2003, Prix François Furet 2004)

*La notion de discrimination positive occupe actuellement une place inédite dans le débat politique français. Elle se pose tant dans le cadre de l'école et plus précisément pour l'accès des personnes issues de l'immigration ou de classes sociales défavorisées aux grandes écoles, que dans celui du monde du travail. Pourtant, elle demeure souvent trop vague. Quelque soit sa forme, son principe serait, si on reprend la définition de Jeannette Bougrab, « un traitement juridique différencié à titre temporaire en vue de favoriser une catégorie de la population, au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante ». Cette première définition pourtant ne permet pas de savoir si la discrimination positive, empruntée au modèle américain serait transposable en France, qui possède une culture politique et un passé très différent, ni sous quelles modalités adopter la discrimination*

*positive : en vue de rectifier des inégalités, faut-il s'appuyer sur un critère ethnique ou sur un critère social et spatial, qui inspire en partie le principe des ZEP ?*

### **Gwenaële Calvès**

La définition proposée par Jeannette Bougrab qui reprend une première définition esquissée en 1995 quand peu d'ouvrages se penchaient sur la question, est très large. Depuis, les questions se sont déplacées.

- *Une définition en mutation*

Dans son sens le plus strict, la discrimination positive apparaît comme l'opposé de la discrimination sanctionnée par le code pénal et le code du travail. Cette discrimination intervient, le plus souvent, lors de la distribution de biens (travail, logement...) et s'opère soit selon des critères perçus comme justes, objectivés en terme de droits, soit au contraire, selon un critère non pertinent et arbitraire dans le champ juridique, (vieux / jeune, noir/ blanc etc.). La discrimination positive suppose d'inverser cette logique en posant le critère discriminant comme condition d'obtention d'un bien. La parité introduite il y a dix ans en France, qui se fonde sur le critère du genre, est, en ce sens est exemplaire. Lors de sa mise en place, personne ne soutenait que le genre ait un lien avec la capacité de représenter la nation. Pourtant, en imposant un quota de 50%, on a tenté en s'appuyant sur le critère du sexe de corriger un désavantage.

Cette définition préalablement posée permet d'envisager les enjeux d'une telle politique en France et de s'interroger sur la pertinence d'un constat d'une discrimination fortement ancrée, insurmontable sans intervention juridique, comme l'ont fait les Etats-Unis, ou l'Afrique du Sud et sur son résultat. N'y a-t-il pas d'autres solutions sachant que ces politiques laissent des traces profondes dans la société, propageant ce processus à d'autres institutions et à d'autres groupes ? Ces décisions lourdes ont des conséquences importantes pour le futur, le sentiment de droit acquis devenant très souvent un trait structurel du monde social.

- *Une politique contraignante juridiquement*

La mise en place d'une telle politique suppose, en outre, la définition préalable de catégories et d'instruments opératoires que le flou du terme de minorités par exemple ne peut satisfaire. Il conviendrait ainsi définir juridiquement les groupes qui bénéficieraient de cette politique en veillant à la clause de *l'opting out* issue des droits de l'homme européens, qui offre à chaque personne la possibilité de sortir d'une catégorie. Une telle politique suppose donc un haut degré de technicité du droit et une circonscription précise des frontières qui rendraient le pilotage d'un tel système très complexe.

Par ailleurs, la discrimination positive induit un remodelage profond de la notion de représentation politique, progressivement remplacée par celle de représentativité, de reflet transparent d'une société. S'il est vrai que dans les états binationaux, la répartition proportionnelle des postes est de mise, dans de nombreux pays, le principe du reflet comme figure de la légalité tend à s'imposer alors qu'elle suppose une adaptation et un affinage constants, sources potentielles et intarissables de conflits.

Ceci étant, le droit communautaire en constante mutation, limite la mise en place d'une telle politique qui exige un examen précis des cas individuels. En outre, l'Europe (précisément la Cour de Justice des Communautés Européennes) a signifié que les préférences ne pouvaient jouer qu'à qualification égale, un principe qui rompt avec la discrimination positive mise en place dans certains pays.

## Daniel Sabbagh

La complexité du débat repose sur la polysémie et l'ambiguïté du terme de discrimination positive, à la fois traduction de l'*affirmative action* et d'Etat providence en France, deux domaines pourtant disjoints aux Etats-Unis.

- *Les politiques de discrimination positive : bref panorama*

De nombreux états dans le monde ont déjà adopté ce type de politique : les Etats-Unis, l'Afrique du Sud, l'Inde, le Nigeria ou encore la Malaisie. Ces initiatives visent le plus souvent une politique de répartition des biens rares (propriété, accès aux marchés publics..) destinée à des individus en fonction de leur appartenance à un groupe de référence.

Très diverses, tant par la définition juridique des groupes concernés, par leurs formes –lois ordinaires ou initiatives individuelles que par leurs finalités (compensation ou promotion de la diversité), ces politiques ont cependant pour point commun de combattre la sous-représentation, héritée d'un processus historique, du groupe de référence dans la société.

Dans un premier cas, les groupes désavantagés, numériquement majoritaires, ont été l'objet d'une politique en Afrique du Sud, en Malaisie (Malais/ Chinois) ou encore en Inde où la politique était destinée dans un premier temps aux intouchables, bénéficiaires minoritaires, avant d'être étendue aux basses castes soit 50% de la population environ. Dans ces derniers cas, la légitimité des programmes est fermement établie par la situation majoritaire des populations concernées.

- *Le cas français versus le cas américain*

Pour les cas français et américains, en revanche, il est plus difficile d'asseoir la légitimité de ces formes de discriminations positive quand les groupes se trouvent dans une situation minoritaire. Plus particulièrement en France, le recours fréquent aux euphémisations des termes dans le débat, a pour conséquence, sinon vocation, brouiller la situation que les obstacles constitutionnels et la pesanteur de l'épisode Vichy complexifient davantage.

La seconde différence qui sépare les deux pays tient à la délégitimation du racisme en France qui interdit d'utiliser la catégorie de race (employée uniquement par l'extrême droite, le sociologue ou le législateur pour la condamner) qui aux Etats-Unis sert à décrire une réalité politique et sociale. S'il existe en France des formes de discriminations positives, ces dernières demeurent indirectes, elles empruntent la voie territoriale comme les ZEP à l'intérieur desquelles des individus appartenant à des minorités ethniques sont surreprésentés. Toutefois, les autres pays ayant adopté une discrimination positive explicite n'offrent pas de dispositifs transparents. Aux Etats-Unis, on observe les mêmes formes de dissimulation ou d'euphémisation. Ces dernières ne sont pas de nature juridique, mais constituent un instrument interne de ces politiques. Exemplaires à cet égard sont les deux arrêts de la cour suprême de 1978, refusant les quotas raciaux dans les universités, mais réservant la possibilité de prendre le facteur racial de manière individualisée dans le recrutement des candidatures, en vue d'une promotion de la diversité. De la même façon en 2003, la cour suprême revient sur la question des quotas, demandant de ne pas donner un nombre de points prédéterminé à un groupe pour entrer à l'université. Pourtant, parallèlement, elle validait un autre programme soulignant la nécessité d'une « masse critique » de noirs et de latinos. Le dispositif laisse donc une grande part à l'informalité.

Celle-ci participe de l'objectif même de la discrimination positive, recherché par certains pays, celui de modifier les représentations sociales sur les identités. Le peu de visibilité et de rigidité du dispositif législatif vise ainsi à éviter le marquage des frontières raciales qui renforcerait les discriminations. Paradoxalement, l'opacité garantit l'efficacité de ces stratégies.

