

Les enjeux de la discrimination positive

La discrimination positive recouvre des réalités diverses : affirmative action, lutte contre la discrimination, politique de diversité, sélection. Le développement de recours contentieux aux Etats-Unis, patrie fondatrice de ces programmes d'affirmative action, fragilise aujourd'hui cette politique, et c'est à une véritable remise en question de la discrimination positive que certains juristes américains appellent aujourd'hui. Cette tradition américaine ne semble en effet plus adaptée aux évolutions de la société moderne et ils en contestent l'efficacité comme la légitimité. Tandis qu'en France le débat a été relancé par les récentes déclarations de responsables politiques, il est important, au regard de l'exemple américain, et compte tenu de l'avancée de la réflexion sur ce point au niveau européen, de préciser les enjeux de cette question centrale pour l'avenir de notre société.

L'exemple américain

La discrimination positive se définit comme un ensemble de mesures, mises en œuvre aux EU à partir de la fin des années 60 par les agences fédérales, qui accordent un traitement préférentiel à des groupes minoritaires. Ses domaines d'application sont au nombre de trois : le travail, la passation de marchés publics et l'admission dans des établissements d'enseignement supérieur.

Le traitement préférentiel consiste à choisir un candidat appartenant à un groupe minoritaire alors qu'au moins un membre appartenant à un groupe non minoritaire avait un niveau de qualification supérieur. Les groupes minoritaires sont définis sur un critère de non représentativité sociale et non sur un critère religieux comme cela est évoqué en France ; les groupes minoritaires sont donc ceux qui, bien que représentant une part importante de la population ne sont pas représentés proportionnellement au niveau des instances économiques et sociales. Ils sont définis aux EU à partir de critères ethniques (Noirs, Hispaniques, Asiatiques) et de genre (les femmes).

Le traitement préférentiel s'oppose donc fondamentalement à deux normes que sont la norme méritocratique et la norme de 'coloured blindness' (que l'on peut maladroitement traduire par 'cécité à la couleur de la peau').

Les programmes d'affirmative action peuvent avoir des périmètres d'action très variables ; publier des annonces d'offres d'emploi dans des journaux majoritairement lus par des Noirs est une forme douce d'affirmative action tandis que le traitement préférentiel en est la version la plus 'hard'.

Quel est l'objectif premier des programmes d'affirmative action américains ? 'déracialiser' la société américaine c'est-à-dire faire que la race ne soit plus un concept pertinent pour inférer telles ou telles caractéristiques d'un individu. Ces programmes cherchent donc à réduire voire à éliminer le degré d'identification raciale des individus, pour que la couleur de la peau, à l'instar de celle des yeux, soit socialement invisible. Or ce sont les inégalités sociales objectivement mesurables entre groupes qui sont à l'origine de cette identification raciale : c'est parce que les informations données par la couleur de la peau sont presque toujours exactes qu'il est rationnel de déduire de la couleur de la peau d'un individu certaines caractéristiques¹. Pour réussir il faut donc briser cette corrélation entre identification raciale et sociale et le seul moyen d'y parvenir est de faire accéder des individus de ces groupes

¹ A rapprocher de la discrimination statistique.

minoritaires à des positions sociales ascendantes et le traitement préférentiel a semblé être une solution efficace pour atteindre cet objectif. Quand la société américaine aura vraiment atteint la diversité sociale indépendamment de la diversité de genre ou de race alors les programmes d'affirmative action pourront prendre fin car ils auront atteint leur objectif initial.

En fait, quel a été le principal résultat et effet pervers de ces programmes d'affirmative action ? créer un phénomène de stigmatisation **supplémentaire** à l'égard des bénéficiaires de ces programmes en accréditant l'idée que sans ces programmes ces individus n'auraient pas les qualifications pour accéder à ces postes. Censée lutter contre ce stéréotype initialement, la discrimination positive l'a au contraire renforcé. Elle a de même conduit à une dévalorisation des diplômes obtenus par les groupes minoritaires grâce au traitement préférentiel.

D. Sabbagh et J. Rosen expliquent ces effets pervers par la visibilité de ces dispositifs d'affirmative action ; ils estiment en effet qu'il est rationnel, eu égard aux objectifs recherchés, de dissimuler les politiques d'affirmative pour ne pas renforcer les stéréotypes répandus dans le public et censés être combattus par ces programmes. Cette stratégie de dissimulation viserait in fine à crédibiliser les programmes d'affirmative action en les rendant opaques au plus grand nombre ; l'idée est que si les individus des groupes majoritaires n'ont pas l'impression que la promotion des groupes minoritaires est due à des programmes de traitement préférentiel mais à leur propre mérite alors ils accepteront d'autant mieux cette évolution. L'affirmative action serait donc légitimée si sa singularité était minimisée voire cachée.

Les derniers arrêts de la Cour suprême de juin 2003 sur cette question visent à valider cette stratégie de dissimulation des programmes d'affirmative action ; elle a d'une part refusé un programme accordant 20 points de plus aux étudiants issus de minorités lors de leur accession aux universités, et a d'autre part validé un programme prévoyant une 'masse critique' d'étudiants Noirs et Hispaniques sans aucune définition précise et quantification de cette masse.

Il semble donc que l'avenir de l'affirmative action aux EU réside davantage dans des programmes flous et imprécis que dans des programmes avec quotas et mesures statistiques des effets de l'affirmative action.

La position européenne

L'affirmative action est associée à la notion de **discrimination à rebours** ; celle-ci consiste en une différence de traitement qui inverse le mécanisme d'une discrimination antérieure. La Cour européenne de justice de Luxembourg a estimé dans un arrêt rendu le 17 octobre 1995 que la directive européenne de 1976 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes imposait des limites à l'action positive ; cette directive ne devait pas, selon la Cour, entraîner de discrimination à rebours². La justification de cette décision repose sur la directive de 1976 qui impose « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe », soit directement, soit indirectement a estimé la Cour. La Cour européenne traduit dans sa jurisprudence la difficulté pour les juristes d'appréhender la discrimination positive ; le droit européen estime que le droit peut générer des discriminations à condition que celles-ci soient considérées comme « positives », à savoir qu'elles permettent de compenser des situations de faits discriminatoires. La directive européenne du 9 février 1976 sur l'égalité hommes/femmes constitue à cet égard une remise en cause des textes nationaux, inefficaces dans leur

² Le Monde, 19 octobre 1995

application et basés sur des logiques révolues³ ; les décisions de la Cour reflètent la difficulté pour les juristes de trancher entre la logique égalitariste, inefficace mais perçue comme juste, et les mesures de discrimination positive analysées comme un mal nécessaire.

Spécificités de la situation française

Le débat a été récemment relancé par N. Sarkozy qui a estimé que la discrimination positive était un 'moyen de rétablir l'égalité des chances' ; la nouveauté dans ce débat déjà ouvert en France est la référence à une discrimination positive fondée sur le critère religieux : en proposant la nomination d'un préfet musulman, N. Sarkozy a ouvert la voie à la prise en considération de la question religieuse dans ce débat. Le Conseil Constitutionnel a maintes fois réaffirmé son refus de toute différenciation fondée sur des critères prohibés par la Constitution or la loi constitutionnelle interdit tout recensement démographique et études sociologiques fondées sur des critères ethniques ou religieux. Il a notamment noté que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». Pourtant, face au poids croissant du principe de réalité, des exceptions sont apparues et la France a elle aussi développé des politiques de discrimination positive. P. Simon⁴ souligne cependant que les politiques de discrimination positive mises en place en France se sont fondées uniquement sur un critère territorial, contrairement à leurs homologues américaines. Leur forme la plus connue sont les zones d'éducation prioritaire (ZEP) qui, depuis 1981, instaurent des politiques éducatives compensatoires dans les espaces peu favorisés. La discrimination positive s'opère ici sur des critères de niveau de réussite des élèves et non sur des critères culturels mais les enfants d'origine étrangère étant en moyenne plus défavorisés, ils sont sur représentés dans les ZEP⁵. Autre exemple de discrimination territoriale : avec la loi du 14 Novembre 1996 relative à « la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville », le gouvernement a instauré une discrimination positive territoriale à travers la définition de Zones urbaines sensibles (ZUS). En effet, cette loi crée ou modifie un ensemble de dispositions dérogatoires pour encourager l'activité économique, lutter contre le chômage et plus largement introduire plus de mixité urbaine dans 44 zones franches urbaines (ZFU) et 416 zones de redynamisation urbaine (ZRU) comprises dans les ZUS. La question de la parité constitue également une avancée notable ; en modifiant la Constitution afin d'y introduire la notion de parité en juillet 1999, le gouvernement Jospin a voulu lutter contre la sous représentation des femmes sur l'échiquier politique. Désormais, il y a obligation de retenir sur les listes électorales une moitié de femmes aux élections municipales, régionales, européennes et sénatoriales. Les expériences de parrainage menées à travers la France par les associations, le plus souvent avec le soutien des pouvoirs publics, constituent également des pratiques de discrimination positive. Plus récemment, l'accès hors concours des élèves issus de lycées situés en ZEP à Sciences-Politiques constitue un exemple de discrimination positive à la française puisqu'il s'agit de les faire bénéficier d'un traitement particulier au moment de l'admission, et ce afin de réduire les inégalités objectives de ces individus en termes de dotations de départ (souvent liées à une réalité sociale et d'origine), dans une optique d'équité, pour les faire ensuite bénéficier d'un traitement non pas préférentiel mais égalitaire, identique à tous les autres élèves au cours de leur scolarité.

Il s'agit peut-être d'une voie de réflexion à développer : appliquer, dans des domaines précis, les principes de la discrimination positive uniquement pour réduire les inégalités de départ

³ R. Bouhmedi, J.-M. Lattes, J.-M. Plassard, Discrimination et marché du travail : une approche interdisciplinaire, Notes Lirhe 2000.

⁴ P. Simon, op. cit.

⁵ Alternatives économiques, octobre 2001.

entre individus (ce que les économistes appellent leurs dotations initiales) pour ensuite rétablir la norme méritocratique : cette vision s'inscrit davantage dans une optique d'équité que d'égalité.

Les termes du débat

Ces politiques font l'objet d'un débat très animé entre défenseurs des principes républicains et partisans d'un multiculturalisme laissant une place au communautarisme en France. Pour A.-M. Le Pourhiet⁶, professeur de droit public, ces discriminations juridiques ne pourraient être que temporaires et disparaître une fois atteint l'objectif visé, du fait de l'accoutumance au passe-droit et à l'irresponsabilité qu'elles produisent. Elle recense un certain nombre de risques inhérents à la mise en place de politiques de discrimination positive, des risques pour les bénéficiaires et pour l'intérêt général :

- **le risque de l'accoutumance à l'assistance** : développement d'une mentalité d'assistés par les bénéficiaires de ces politiques et incitation à faire moins.
- **des effets négatifs sur l'égalité des chances** : en effet, en écartant la méritocratie au profit de critères tirés de l'origine et donc, dans certains territoires, de l'ethnie ou de la race, les discriminations positives ont pour effet de retarder voire de rendre définitivement impossible l'égalité des chances. Le paradoxe de ces politiques c'est que toute discrimination positive constitue ipso facto une discrimination négative à l'égard de quelqu'un d'autre. Une discrimination apparaîtra d'autant plus injuste qu'elle porte sur une différence non choisie. Elle risque alors de renforcer la ségrégation et les stéréotypes.
- ces politiques peuvent, en identifiant les groupes défavorisés, en renforcer la précarité. Un effet pervers qualifié d'« **effet boomerang** » peut alors s'observer, à savoir que ces politiques génèrent un sentiment d'exaspération chez les dominants au vu des privilèges accordés aux dominés.
- les politiques de discrimination positive risquent d'entraîner **un sentiment d'irresponsabilité** car on voit souvent se développer des circuits parallèles chargés de profiter du système préférentiel mis en place (cf. cas de la Corse et des territoires d'Outre-mer).

Les termes du débat sont en fait souvent mal définis ; D. Sabbagh⁷ préconise de distinguer la problématique de l'égalité dont relève initialement l'affirmative action, et les questions relatives à la gestion de la pluralité des cultures au sein d'un Etat donné. Car il note que la confusion souvent faite entre politiques de discriminations positives et multiculturalisme est lourde de conséquences.

Trois thèses s'affrontent finalement en matière de politiques de discrimination positive :

- la première consiste à poser qu'on ne transige pas avec les valeurs et principes de la République et qu'ils doivent primer sur toute considération de fait. Aucune fin ne justifie ici les moyens.
- une deuxième thèse accepte que ces mêmes principes républicains soient suspendus lorsque la situation l'exige : la discrimination positive est ici pensée sur le mode de la dérogation.
- la troisième prône le dépassement du modèle républicain et la discrimination positive doit s'analyser comme un changement de paradigme : elle ouvre la voie à une redéfinition du pacte social sur la base du principe d'équité et non plus d'égalité. Elle est la première étape de la reconnaissance d'une société multiculturelle.

⁶ A.-M. Le Pourhiet, Discriminations positives ou injustices ?, Revue française de droit administratif, Paris, mai-juin 1998, pp.521-523.

⁷ D. Sabbagh, Les représentations françaises de l'affirmative action, La Documentation française, 1999.

Eléments d'appréciation des actions de discrimination positive menées en France

« Il importe de renforcer les zones d'éducation prioritaire », plaident les auteurs d'un rapport intitulé " Ségrégation urbaine et intégration sociale " remis au Conseil d'analyse économique. « Nous tenons d'abord à souligner l'utilité des zones d'éducation prioritaire, qu'il importe de renforcer encore. Il paraît ainsi nécessaire de concentrer davantage de moyens sur les secteurs géographiques où les populations sont les plus démunies, ce qui suppose le développement d'incitations fortes pour y attirer les enseignants les plus chevronnés, mais aussi l'augmentation des dotations en auxiliaires d'éducation. ». C'est l'une des recommandations formulées par Jean-Paul Fitoussi et Eloi Laurent de l'OFCE (Observatoire français des conjonctures économiques) et Joël Maurice du CERAS (Centre d'enseignement et de recherche en analyse socio-économique), dans leur rapport rendu public le 5 novembre 2003.

Ce rapport dresse, entre autres, un bilan rapide des différents dispositifs de discrimination positive menés en France depuis une vingtaine d'années et formule un certain nombre de préconisations pour l'avenir.

Concernant les ZUS, l'étude de Choffel et Delattre (2002)⁸ mentionnée dans le rapport, précise que le fait de résider en ZUS a, toutes choses égales par ailleurs, un impact globalement défavorable en ce qu'il réduit la probabilité de trouver un emploi dans les 18 mois et augmente de 9.2% la durée du chômage par rapport à la durée moyenne de la cohorte. Un rapport du député André en juillet 2002 a formulé une appréciation d'ensemble très positive concernant les ZFU, notant que le nombre d'entreprises présentes dans les ZFU avait pratiquement doublé en 3 ans d'existence. Il faut cependant nuancer ces résultats au regard des effets d'aubaine entraînés par ce type de mesures.

Les travaux d'évaluation des ZEP sont peu nombreux et le bilan dressé est plutôt mitigé ; l'un des principal objectif de ces dispositifs est de faire bénéficier ces élèves défavorisés de moyens pédagogiques éducatifs et culturels afin d'enrayer la stratification socio-spatiale de l'école dans certains quartiers. Les faire bénéficier d'externalités positives grâce à un niveau suffisant d'hétérogénéité des classes entre élèves de niveaux scolaires divers et d'origines sociales différentes or cet objectif n'est pas tenu du fait de la non mixité sociale existant dans les quartiers créant des effets de « ghettos ».

⁸ Ph. Choffel, E. Delattre, Effets locaux et urbains sur les parcours de chômage, Miméo, Février 2002.